

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Se distribuye además, en Argentina, Perú,
Colombia, Chile, México y España.
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Tel. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook** y **twitter** 

Coordinación General: Ximena Guzman Pinilla

xgpinilla@gmail.com

xgpinilla@revistabolivianadederecho.org

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez

c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México).
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

El presente número de la revista se enmarca en el Proyecto de Investigación “La protección del derecho a la propia imagen frente a los medios de comunicación y las nuevas amenazas tecnológicas” (DER2009-14519-C05-05), concedido por el Ministerio Español de Ciencia e Innovación y dirigido por el Profesor J.R. de Verda y Beamonte.

SUMARIO

15

- 01/ DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y DE EXPRESIÓN. José R. De Verda y Beamonte **(España)**
 - 02/ EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO. Orlando Parada Vaca **(Bolivia)**
 - 03/ IMAGEN Y PROPIEDAD INTELECTUAL. María J. Reyes López
 - 04/ EL USO DE LA VÍDEO-CÁMARA EN EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN. Pedro Chaparro Matamoros **(España)**
 - 05/ LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA FRENTE A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL. Gema García Hernández. **(España)**
 - 06/ PROTECCIÓN POST MORTEM DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. REFLEXIONANDO SOBRE LA CUESTIÓN. María E. Cobas Cobiella **(España)**
 - 07/ IMAGEN Y CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE DATOS Alfonso Ortega Giménez **(España)**
 - 08/ EL DERECHO A LA IMAGEN DE LOS FAMOSOS: EL CASO ELSAPATAKY. Enric Bataller Ruiz. **(España)**
 - 09/ LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO EN LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ART. 197 CP ANTEPROYECTO DE OCTUBRE DE 2012. Asunción Colás Turégano. **(España)**
 - 10/ LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN EN EL DERECHO ITALIANO. Gabriele Carapezza Figlia. **(Italia)**
 - 11/ IMÁGENES Y BIENES. Andrea Federico. **(España)**
 - 12/ INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS E INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. María L. Atienza Navarro. **(España)**
 - 13/ EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO, LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. Juan A. Tamayo Carmona. **(España)**
 - 13/ LAS INTROMISIONES EN EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ÁMBITO LABORAL. Pedro Chaparro / Eduardo E. Talens. **(España)**
- INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Director:

Orlando Parada Vaca
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Consejo Editorial

Alex Parada Mendía
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Claudia Parada Algarañaz
Universidad Católica Boliviana (Bolivia)

Jerjes Justiniano Atalá
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

José Ramón de Verda y Beamonte
Universidad de Valencia (España)

Pedro Talavera
Universidad de Valencia (España)

Rosa Moliner Navarro
Universidad de Valencia (España)

Virginia Pardo Iranzo
Universidad de Valencia (España)



FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

COBERTURA TEMÁTICA:

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.

Dentro de los derechos fundamentales de la personalidad, el derecho a la propia imagen, entendido como el poder de la persona para autorizar o excluir la representación gráfica de su figura o de los rasgos físicos que la individualizan, es, sin duda, uno de los que más interés suscita desde un punto de vista práctico.

Varias son las razones de este interés práctico, que da lugar a un elevado número de litigios, razones que están estrechamente conectadas entre sí.

En primer lugar, las crecientes intromisiones de los medios de comunicación en orden a la obtención de imágenes para ilustrar sus reportajes y noticias, los cuales, a veces, incurren en excesos y desproporciones que desbordan lo que es su cometido como protagonistas privilegiados del ejercicio de la libertad de información, a través de la cual se forma la opinión pública libre, sin la cual no puede existir un Estado democrático. Un ejemplo de ello podría encontrarse en el uso de cámaras ocultas en el llamado periodismo de investigación.

Ni que decir tiene que el jurista ha de proponer pautas que armonicen el interés general a la libertad de la información con el derecho de la persona a su propia imagen, reflejo de su dignidad como ser humano, determinando las condiciones en que este último debe, excepcionalmente, ceder frente a aquélla. Así, se han de precisar, por ejemplo, los casos en que es posible captar o difundir la imagen de un personaje con proyección social sin su autorización, por así exigirlo el interés público, y diferenciarlos de aquellos otros, en que ha de prohibirse la intromisión, que ha de considerarse ilícita, por responder a un puro interés morboso de ciertas capas de la sociedad en conocer aspectos de la vida personal de los famosos.

En segundo lugar, el desarrollo de las nuevas tecnologías hace posible la captación y circulación de imágenes a través de la red, así como su tratamiento informático, con una intensidad que hasta hace unos años parecía inimaginable. Se da, así, pie a toda clase de abusos, frente a los cuales hay que reaccionar, reforzando el control de la persona sobre los actos de captación, reproducción y publicación de su imagen, determinando en qué condiciones su consentimiento puede eliminar el carácter ilegítimo de la intromisión; y, en cuáles no.

En particular, esta necesidad se impone, cuando se trata de la imagen de menores, los cuales pueden ser objeto de abusos por parte de personas mayores sin escrúpulos, que tratan de explotar su inexperiencia, incurriendo, a veces, en conductas que repugnan a una sana conciencia, como es el caso de la pornografía infantil, contra la cual la sociedad ha de luchar con determinación y energía.

En tercer lugar, se observa una progresiva banalización del uso de la imagen, sobre todo, entre los jóvenes, cuya imagen, a veces, sin su consentimiento o con un consentimiento no suficientemente medido, circula por foros, blogs o redes sociales en actitudes despreocupadas o mostrando aspectos de su vida privada, cuya huella permanecerá de manera indeleble y podrá ser rastreada posteriormente por curiosos o empresarios, cuando, ya adultos, vayan a solicitar un puesto de trabajo. Es, pues, necesaria una labor de concienciación social sobre los riesgos que pueda comportar esta circulación en masa, fruto de decisiones no suficientemente medidas.

Estos problemas que se han descrito y otros muchos, a los que aquí, por brevedad expositiva, no podemos hacer referencia, se plantean, por igual, en todas las sociedades modernas, y afectan a diversos sectores del ordenamiento jurídico.

Es, por ello, que nos ha parecido oportuno dedicar este número de la Revista Boliviana de Derecho a ofrecer un tratamiento monográfico del derecho a la propia imagen, teniendo en cuenta la legislación de diversos ordenamientos jurídicos; y, lo que es más importante, contemplándolos desde un punto de vista integral.

Con frecuencia, los estudiosos del Derecho analizan las cuestiones jurídicas de manera sesgada, a través del tamiz de su propia disciplina, en la que son especialistas. Sin embargo, el Derecho, en cuanto instrumento de resolución de conflictos, no puede ser fragmentado en compartimentos estancos, por lo que los problemas jurídicos deben ser examinados de un modo integral. Esto es lo que hemos pretendido en este número, en el que se ha intentado realizar un estudio interdisciplinar del derecho a la propia imagen, tratándolo desde todos los puntos de vista (civil, penal, laboral, internacional). El lector juzgará los resultados.

El Director



DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LIBERTADES DE
INFORMACIÓN Y DE EXPRESIÓN

*RIGHT TO OWN IMAGE AND FREEDOM OF INFORMATION
AND EXPRESSION*

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 10-29



José R.
DEVERDA y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: En el trabajo se expone la posición constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución española, analizándose los supuestos en que es posible una injerencia en la misma, no consentida por el titular del derecho, con el fin de proteger el interés general a la libertad de información y de expresión. Se analiza, así, la posibilidad de captar o publicar imágenes de personajes con proyección social en lugares públicos o imágenes de personas carentes de notoriedad, cuando sean accesorias de un acontecimiento principal de interés público.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen, libertad de información, libertad de expresión, conflicto de derechos, caricatura.

ABSTRACT: The paper describes the constitutional position of personal image rights in the Spanish Constitution, which is examined for possible interference in the same, without the consent of the holder of the right, in order to protect the general interest of the freedom of information and expression. An analysis is made of the possibility of making or publishing images of people of no celebrity, who are simply accessories to a main event of public interest.

KEY WORDS: Personal image right, freedom of information, freedom of expression, rights conflict, caricature.

SUMARIO.- I. La posición del derecho fundamental a la propia imagen en la Constitución española.- II. La facultad del titular del derecho para consentir intromisiones de terceros en su propia imagen.- III. Las intromisiones en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley en aras de la libertad de información.- 1. Imágenes de personajes públicos captadas en un acto público o en lugares abiertos al público.- 2. La utilización de imágenes accesorias de un reportaje de interés público.- IV. Las intromisiones en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley en aras de la libertad de expresión: el uso de la caricatura.

I. LA POSICIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

El art. 18 de la Constitución española contiene un expreso reconocimiento del derecho fundamental a la propia imagen¹, posición que contrasta, con la de otros textos constitucionales, donde no existe un específico reconocimiento del referido derecho (el proyecto de Constitución europea es buena muestra de ello), por lo que la protección constitucional de la figura humana sólo es posible, considerando ésta una específica manifestación de la vida privada de la persona y, como tal, objeto de tutela a través del derecho a la intimidad².

En el Derecho español no cabe duda de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen, respecto de los otros derechos que se regulan en el art. 18 CE, ya que éstos protegen bienes jurídicos distintos (el buen nombre de la persona o el ámbito de la vida, personal o familiar; que un individuo se reserva como propio y ajeno al conocimiento de los demás), sin perjuicio de que, en ocasiones, una intromisión en la propia imagen pueda suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad de la persona, cuya figura se representa.

En estos casos, como afirma la STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 2º, "la apreciación de la vulneración del derecho a la intimidad o al honor no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones que a través de la imagen hayan podido causar; pues, desde la perspectiva constitucional el desvalor de la acción no es el

1 En el mismo sentido, por ejemplo, el art. 26 de la Constitución portuguesa, el art. 2 de la Constitución peruana y el art. 5 de la Constitución brasileña.

2 En el Derecho francés, ni siquiera existe un reconocimiento constitucional expreso del derecho a la intimidad. Sin embargo, el Consejo Constitucional, por ejemplo, en la decisión de 23 de julio de 1999 (D 2000, Somm., 265), ha considerado que el derecho a la vida privada debe entenderse comprendido en la libertad, proclamada por el art. 2 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 3 de mayo de 1879.

• **José Ramón de Verda y Beamonte** es Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Valencia, encontrándose en posesión de los Premios Extraordinarios de Licenciatura y de Doctorado de esta Universidad. Es también Doctor por la Universidad de Bolonia y colegial del Real Colegio de España de dicha ciudad italiana. Ha escrito diversas monografías, decenas de artículos, coordinado múltiples obras colectivas e impartido conferencias en distintas universidades, europeas y americanas. En la actualidad dirige un proyecto de investigación financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación Tecnológica, que lleva por título "La protección del derecho a la imagen frente a los medios de comunicación y las nuevas amenazas tecnológicas".

mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor, a la intimidad o a ambos". Y este desigual reproche de la acción, desde la perspectiva constitucional, también habrá que mantenerlo en el orden civil, de modo que la lesión de dos o más bienes de la personalidad implicará una mayor gravedad de la infracción y por ende una mayor cuantía de la indemnización³.

Es, así, posible que, mediante la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere el honor de una persona, si se la representa en alguna actitud vejatoria o degradante, que pueda hacer desmerecer su buen nombre, su propia estima o su consideración ante la sociedad, o si a la fotografía se le añade un comentario injurioso. Es también posible que, a través de la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere la intimidad de una persona, si se la representa en algún momento de la vida privada, si se reproducen partes íntimas de su cuerpo, como sucede, cuando aparece desnuda, o si la fotografía va acompañada de comentarios sobre aspectos de su vida privada.

Ahora bien, cabe que, mediante una fotografía, se vulnere el derecho a la propia imagen de una persona, pero, en cambio, no su honor, ni su intimidad. Sería, por ejemplo, el caso de una fotografía de una persona, que no menoscabe su buen nombre, ni revele ningún aspecto de su vida íntima, pero que haya sido captada, reproducida o publicada sin su consentimiento, lo que, en sí mismo, constituirá una intromisión ilegítima en el derecho que le asiste a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos personales (a no ser que concurra una autorización legal para tal intromisión en aras de la libertad de información).

El bien protegido por el derecho a la propia imagen es la figura humana, en sí misma considerada, que es un atributo de la personalidad, en cuanto elemento básico para la identificación del ser humano, y, de ahí, que se tenga la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, sin su consentimiento, con independencia de que dichas intromisiones, supongan, o no, la divulgación de aspectos de la vida privada, lo que tendrá especial trascendencia respecto de las fotografías tomadas en lugares públicos⁴.

3 En este sentido se pronuncia la más reciente jurisprudencia francesa, plasmada en la Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 12 de diciembre de 2000 (D 2001, 2434), que afirma que los atentados contra el derecho a la vida privada y el derecho a la propia imagen son fuentes de perjuicios distintos y, por lo tanto, dan lugar a reparaciones diversas, afirmación ésta, que es especialmente interesante, en la medida en que en la legislación francesa, a diferencia de la española, no existe un reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen, separado del derecho a la intimidad.

4 HASSLER, T.H.: "La liberté de l'image et la jurisprudence récent de la Cour de cassation", D 2004, Chr., 1611-1614, plantea, muy certeramente, los términos de la cuestión, al observar que, si el derecho a la imagen es autónomo, ello significa que la sola difusión de la imagen de una persona constituye, en sí misma, un atentado contra los derechos de la personalidad. Por el contrario, si no es autónomo, es posible difundir la imagen de cualquier persona, célebre o no, que se pasee por la calle o en otro lugar público, sin necesidad de su consentimiento, sin tener que justificar el interés público a la libertad de información. Bastará con que la fotografía no haya sido tomada en un lugar privado.

La autonomía del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad aparece con toda claridad en la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵.

La STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º, tras poner de relieve la vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, señala que no obstante, “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, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que 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”. En el caso concreto, se enjuiciaba la legitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen, ocasionada por cinco fotografías, publicadas en la revista “Diez Minutos”, hechas durante un viaje que un conocido hombre de negocios había realizado con una mujer famosa, con la que públicamente mantenía una relación sentimental, y en las que ambos aparecían en una reserva de caza en Kenia. El Tribunal Constitucional apreció la existencia de una vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente, pero no una vulneración de su derecho a la intimidad, vulneración ésta, que no se había alegado en ningún momento, ya que las fotografías no revelaban nada que no fuera conocido socialmente, porque la relación de afectividad era pública. La ilicitud estribaba, pues, en la pura reproducción de la figura de una persona, sin su consentimiento, lo que, “per se”, constituyó una intromisión legítima en un bien de la personalidad, su imagen. En este sentido hay que interpretar la afirmación, contenida en la sentencia, FJ 5º, de que lo que se pretende con el derecho a la propia imagen “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 privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”⁶.

La protección constitucional del derecho a la propia imagen, que resulta de su consagración como derecho fundamental en el art. 18 CE, se traduce en que sólo podrá ser regulado por ley orgánica, que deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE); y, así mismo, en que los actos de los poderes públicos, que lo vulneren,

5 Que ha despejado algunas dudas, como, por ejemplo, las planteadas por la STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4º, en la cual se afirma que los derechos a la intimidad y a la propia imagen salvaguardan “un espacio de intimidad personal y familiar que queda substraído a intromisiones extrañas. Y en ese ámbito de intimidad, reviste singular importancia la 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”.

6 La misma doctrina, de la autonomía del derecho a la imagen respecto del derecho a la intimidad, se contiene en otros fallos, en los que, sin embargo, se aprecia una lesión conjunta de los derechos a la propia imagen y a la intimidad. V. en este sentido SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 2º, y 83/2002, de 24 de abril, FJ 4º.

podrán ser objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE y art. 41.2 de su ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre).

Junto a la protección constitucional del derecho fundamental a la propia imagen se halla la protección civil, que resulta de la LO 1/1982, de 5 de mayo, la cual se dicta en desarrollo del art. 18 CE, estableciendo (entre otras medidas de tutela) la reparación del daño moral resultante de la intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad que regula, esto es, si nos atenemos al propio título de la norma, los derechos al honor; a la intimidad, personal y familiar; y a la propia imagen.

Concretamente, en el número quinto, del art. 7 LO 1/1982, se califican como intromisiones ilegítimas, “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”, que, como veremos en su momento, excepcionalmente, autoriza intromisiones en la imagen, no consentidas por el titular del derecho, en aras de la libertad de información y de expresión; y en el número sexto del mismo precepto, se contempla, como intromisión ilegítima, “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.

II. LA FACULTAD DEL TITULAR DEL DERECHO PARA CONSENTIR INTROMISIONES DE TERCEROS EN SU PROPIA IMAGEN.

El art. 2.2 LO 1/1982 contempla la posibilidad de que el titular consienta la intromisión de un tercero en un derecho de la personalidad ajeno.

Este consentimiento, aunque sea expresión de un acto de autonomía de la persona, no puede ser considerado como fuente de una obligación contractual, sino que opera como causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse dicho consentimiento, sería antijurídica y, en consecuencia, generaría una obligación de resarcir el daño moral causado.

Los bienes de la personalidad no pueden ser objeto de tráfico jurídico. De ahí, que el art. 2.1 LO afirme que los derechos al honor, intimidad y propia imagen sean indisponibles.

Cabe, ciertamente, que una persona preste su consentimiento a la intromisión de un tercero en su imagen y que, por ello, reciba una compensación económica. Sin embargo, en estricto sentido jurídico, dicha compensación no es una contraprestación a cambio de permitir la captación, reproducción o publicación de su figura: la imagen, en cuanto bien de la personalidad, está fuera del comercio, por lo que, técnicamente,

no cabe, respecto de ella, un acto de disposición. Esta idea debe ser tenida en cuenta al interpretar todos los aspectos implicados en la regulación del consentimiento a la intromisión y, en especial, el de su revocación⁷.

El art. 2.2 LO 1/1982 exige que el consentimiento a la intromisión sea “expreso”, lo que constituye una garantía de que efectivamente el titular está de acuerdo con la intromisión de un tercero en un bien de la personalidad propio.

Ahora bien, cabe preguntarse qué es lo que aquí debe entenderse por consentimiento “expreso”. Pudiera pensarse que el carácter expreso del consentimiento se predica respecto de la forma de manifestarlo, lo que impediría prestar el consentimiento tácitamente o deducirlo de hechos concluyentes (como, por ejemplo, el pago de una cantidad de dinero por parte de quien capta, reproduce o publica la imagen), lo que no parece correcto. De hecho, no es ésta la posición mantenida por la jurisprudencia, la cual afirma que “el consentimiento exigido por el art. 2.2 LO 1/1982 no es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas⁸

Creo que hay que considerar que el carácter expreso del consentimiento no se refiere tanto a la forma de prestarlo, como a cada uno de los posibles usos de la imagen (captación, reproducción o publicación), los cuales deberán ser específicamente autorizados.

De ello derivan las siguientes consecuencias, que encuentran apoyo en la práctica jurisprudencial:

a) El hecho de que una persona haya consentido ser fotografiada no autoriza a deducir que implícitamente haya dado también su autorización para la publicación de las fotografías⁹.

b) La autorización para publicar una imagen en un concreto medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la imagen sea publicada en medios distintos a aquél al que se concedió la autorización¹⁰.

c) El medio de comunicación autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho¹¹: por ejemplo, aquél, a quien se concede autorización para publicar una

7 VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 84, pone de manifiesto la evidente conexión entre el carácter indisponible de los derechos de la personalidad y la posibilidad de revocación del consentimiento inicialmente prestado a la intromisión ajena.

8 V. en tal sentido SSTS 25 enero 2002 (RJ 2002, 21) y 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 10274).

9 V. en este sentido SSTS 16 mayo 2002 (RJ 2002, 6746) y 22 febrero 2006 (RJ 2006, 830).

10 V. en este sentido SSTS 18 julio 1998 (RJ 1998, 6278), 24 abril 2000 (RJ 2000, 2673) y 24 diciembre 2004 (RJ 2004, 138).

11 V. en este sentido SSTS 18 octubre 2004 (RJ 2004, 5907), 3 diciembre 2008 (RJ 2008, 6942) y 2 junio 2010 (RJ 2010, 311).

fotografía para ilustrar un reportaje periodístico no puede utilizar dicha fotografía para insertarla en un anuncio publicitario; e, igualmente, el consentimiento dado a un fotógrafo para que exponga un retrato en un escaparate no autoriza para que pueda reproducirlo en postales.

El art. 2.2 LO 1/1982 permite a la persona que haya prestado su consentimiento para la captación, reproducción o publicación de su imagen revocarlo, en cualquier momento. Esta facultad de revocación sólo se entiende si se tiene en cuenta que el consentimiento prestado para la intromisión no tiene carácter contractual y no da lugar a un acto de disposición del derecho a la propia imagen, que es siempre conservado por su titular:

La posibilidad de revocar se explica porque se proyecta sobre un bien de la personalidad, respecto del cual las intromisiones de terceros sólo son posibles, si media un consentimiento actual de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica; de ahí, que su ejercicio sea un acto de libertad, que no requiere ser justificado o motivado: basta el mero cambio de voluntad del titular; y ello, aunque dicha revocación cause daño a quien, en principio, fue autorizado a captar, reproducir o publicar la imagen, por ejemplo, la revista a quien se autorizó a publicar determinadas fotografías. No obstante, en tal caso, el art. 2.3 LO 1/1982 prevé que se le indemnicen daños y perjuicios, incluyendo las expectativas justificadas, esto es, el lucro cesante, por ejemplo, el importe de las revistas que se hayan dejado de vender, por no publicarse las fotografías cedidas.

III. LAS INTROMISIONES EN EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN AUTORIZADAS POR LA LEY EN ARAS DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

La tutela de los derechos de la personalidad no es, desde luego, absoluta, sino que debe ceder en aquellos casos en que, desde una óptica constitucional, exista un interés general superior; que justifique una intromisión, ya sea por parte de los poderes públicos, en el ejercicio de sus funciones, ya sea por parte de terceros, en el desempeño de una labor socialmente valiosa. El art. 8.1 LO 1/1982 dice, así, que “No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”. Se trata de unas indicaciones genéricas, a diferencia de las previstas en el segundo de los números del precepto, las cuales se refieren, específicamente, al derecho a la propia imagen, pero que también resultan aplicables a este último derecho.

Sin embargo, nos centraremos aquí en los supuestos previstos en el art. 8.2 LO 1/1982, en los que se autoriza, específicamente, la captación, reproducción y publicación de la imagen de una persona, prescindiéndose de su consentimiento. La razón de esta autorización estriba en la consideración de que, en tales casos, existe

un interés general que justifica la intromisión, el cual debe prevalecer sobre el interés particular de la persona a evitar la reproducción de su figura. Se trata de la necesidad de que en una sociedad democrática pueda existir una opinión pública, libremente formada mediante el acceso a informaciones veraces y a través del contraste de opiniones, ideas y valoraciones plurales, sobre asuntos de interés público¹².

I. Imágenes de personajes públicos captadas en un acto público o en lugares abiertos al público.

El art. 8.2.a) LO 1/1982 permite la captación, reproducción o publicación, “por cualquier medio”, “cuando se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en un lugar abierto al público”.

Esta previsión legal descansa en la presunción de que, en tales casos, la intromisión en la imagen estará al servicio de la libertad de información protegida por el art. 20.1.d) CE, la cual satisface un interés general de la sociedad, que debe prevalecer sobre el interés puramente particular de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica.

a) El primero de los elementos del supuesto de hecho contemplado en art. 8.2.a) LO 1/1982 es que estemos ante un personaje público, lo cual es coherente con la finalidad del precepto, que es posibilitar el ejercicio de la libertad de información.

La jurisprudencia realiza una interpretación flexible del precepto, entendiendo la que “la referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio”¹³. La noción de “cargo público” no se limita a personas con elevadas responsabilidades institucionales, como por ejemplo, un ministro del gobierno. Por ello, se han considerado personajes públicos, por ejemplo, a deportistas de élite¹⁴, a personas del mundo de las finanzas¹⁵ o, incluso a los habituales de la denominada prensa rosa¹⁶.

b) El art. 8.2.a) LO autoriza la captación, reproducción o publicación de la imagen, sin el consentimiento de su titular, exclusivamente, cuando la misma haya sido captada con ocasión de un acto público o en un lugar abierto al público, por

12 Así, la STC 132/1995, de 11 de septiembre, FJ 4º, observa que “Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión, ocupan una especial posición en nuestro ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”, precisando lógicamente, que “su correcto ejercicio exige que verse sobre hechos de trascendencia pública”.

13 V. en este sentido STS 1 julio 2004 (RJ 2004, 4844).

14 V. en este sentido STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 3169).

15 V. en este sentido STS 8 julio 2004 (RJ 2004, 5112).

16 V. en este sentido STS 15 enero 2009 (RJ 2009, 1354).

ejemplo, en la calle¹⁷ o en la terraza de un hotel¹⁸; no si se capta en lugares o momentos de su vida privada (cfr. art. 7.5º), lo que está estrechamente ligado a la tutela del derecho a la intimidad, pues también las personas con proyección pública tienen derecho a salvaguardar una cierta esfera de privacidad; además de que, por lo común, la captación, reproducción o publicación de imágenes de personajes públicos en lugares o momentos de su vida privada, carecerán de interés público, por lo que la autorización legal para la intromisión perderá su razón de ser:

Es, pues, ilegítima la captación, reproducción o publicación de imágenes, no consentidas, tomadas en un domicilio particular¹⁹. Ahora bien, el domicilio no es el único espacio que debe quedar inmune a intromisiones en el derecho a la propia imagen. En general, la Ley no autoriza la publicación de fotografías que provoquen una "clara y osada invasión en lo que conforma el espacio vital de la persona"²⁰.

La STS 22 marzo 2001 (RJ 2001, 4751) consideró ilegítima la publicación en una revista de la fotografía de una mujer, con proyección pública, en bikini, obtenida en el probador de un establecimiento comercial, sin el consentimiento de la interesada. El Tribunal Supremo distingue, aquí, entre la publicación de una imagen, que "representa utilidad general informativa", y la que, simplemente, "sólo se presenta como comercial, por no darse la circunstancia de responder a suceso público alguno, y sólo obedece a obtener una mayor difusión de la revista presentando a los lectores actividades íntimas de las personas, que sólo atraen la atención de una audiencia, que se alinea con la publicación, al ser aficionada a las noticias morbosas, sin otra motivación que la curiosidad malsana por el prójimo, lo que no se puede en manera alguna fomentar".

Me parece dudosa la solución a la que llegó la STS 8 julio 2004 (RJ 2004, 5112), que consideró que no constituía intromisión ilegítima la publicación de la fotografía de un conocido personaje del mundo de las finanzas, que estaba preso en prisión preventiva, comiendo un bocadillo tras las rejas de su celda, en la que convivía con otros tres reclusos. El Tribunal Supremo estimó que no podía equipararse el domicilio, "sede física en que se desarrolla la vida privada, y la habitación destinada a celda, además compartida con otras personas". Más adelante, afirmó que "la captación de la imagen física no se produjo en un espacio respecto del cual el demandante dispusiera de un derecho de impedir la entrada y su reproducción, que permitía verle detrás de una ventana enrejada en el acto de comer; no descubriría actos de su vida privada".

17 V. en este sentido STS 15 enero 2009 (RJ 2009, 1354).

18 V. en este sentido STS 16 noviembre 2009 (RJ 2010, 660).

19 V. en este sentido STS 24 abril 2000 (RJ 2000, 2673) y 12 julio 2002 (RJ 2002, 8251).

20 V. en este sentido la STS 22 marzo 2001 (RJ 2001, 4751).

A mi parecer, desde el punto de vista de la tutela del derecho a la imagen, cabe, si no equiparar, por lo menos, asimilar el domicilio a una celda, porque el hecho de que ésta sea compartida y que sea posible ver a los reclusos en el interior de la misma desde el exterior, no impide afirmar que ésta constituya un reducto de intimidad, al ser el espacio físico, en el que se desarrolla su vida y los momentos de su vida privada, como es el comer:

El interior de un coche puede llegar a ser considerado como un lugar privado. En este sentido se pronunció la STS 13 noviembre 2008 (RJ 2009, 40), la cual entendió que se había producido una vulneración del derecho a la imagen, como consecuencia de las fotografías tomadas con cámara de infrarrojos de una pareja de famosos, manteniendo un encuentro sexual en el interior de su vehículo, “no sin antes asegurarse (la pareja) de estacionarlo en un lugar de la vía pública que a esas horas era prácticamente ajeno al tránsito de peatones, de visibilidad nula o muy reducida, que sólo en la manera en que procedió el fotógrafo (acercándose hasta la altura de una de las ventanillas del coche), y con los medios técnicos que empleó (con una cámara con infrarrojos) daría lugar a que pudieran ser descubiertos”.

La habitación de un hotel es, claramente, un lugar privado. Así lo afirmó la STS 16 noviembre 2009 (RJ 2010, 2761), respecto de un caso en el que un ministro del gobierno fue filmado, junto a su mujer en sus vacaciones en Lanzarote, en diferentes estancias del hotel. En este caso, el Tribunal entendió que “las imágenes tomadas en las habitaciones de los hoteles puede constituir domicilio para sus huéspedes, ya que en principio, son lugares idóneos para que en las mismas se desarrolle su vida privada; pero no lo son cuando se utilizan para otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza”. En cambio, consideró que “no pueden llegar a englobarse bajo el concepto de domicilio las instalaciones reservadas a la generalidad de huéspedes de un establecimiento hotelero”.

El fundamento del art. 8.1.a) LO 1/1982, se ha dicho ya, es la presunción de que, concurriendo los requisitos en él previstos, la captación, reproducción o publicación de la imagen, será de interés público, por hallarse al servicio de la libertad de información.

Ahora bien, en los casos en que, a pesar de tratarse de la imagen de un personaje público y haber sido ésta captada en un lugar abierto al público, no exista un interés general en su captación, reproducción o publicación, la autorización a la intromisión pierde su razón de ser, y, en consecuencia, debe ser considerada ilegítima; y ello, a pesar de que la misma encaje en el tenor literal del precepto, ya que, en este caso, no habrá ejercicio de la libertad de información, sino que la intromisión obedecerá al mero propósito, por parte del medio, de obtener unos beneficios económicos, mediante la satisfacción de la curiosidad ajena por aspectos de la vida privada de los personajes famosos, puestos de manifiesto por la imagen.

A este respecto hay que hacer referencia a dos conocidos casos, en los que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo mantuvieron distintos criterios.

El primero de los casos es el resuelto por la STC 139/2001, de 18 de junio. En el origen del litigio se hallaba la publicación en una revista de las imágenes de Alberto Cortina y una conocida mujer, obtenidas en una reserva de caza en Kenia, durante sus vacaciones en aquel país. El Tribunal Supremo había considerado que la intromisión en la imagen de Alberto Cortina estaba autorizada por el art. 8.1.a) de la Ley Orgánica 1/1982, dado que el demandante era persona muy conocida en el ámbito financiero y social y que una reserva de caza era un lugar abierto al público. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto por Alberto Cortina, por entender que las fotografías en cuestión eran “un documento personal de carácter estrictamente privado y familiar” (FJ 5º).

El segundo de los casos es el contemplado por la STC 83/2002, de 24 de abril. Aquí se trataba de unas fotografías, en las que Alberto Alcocer aparecía, besándose en una playa con una mujer. El Tribunal Supremo, como en el caso anterior, había considerado que la intromisión era legítima, por entrar en el ámbito de aplicación del art. 8.1.a) de la Ley Orgánica 1/1982, al ser la playa un lugar abierto al público y ser Alberto Alcocer, un personaje público, por ser un conocido hombre de negocios. No obstante, el Tribunal Constitucional volvió a estimar el recurso de amparo, al entender que las fotografías constituían “un documento personal de carácter estrictamente privado y familiar, que se insertan en el ámbito propio y reservado de lo que es la esfera personal de los afectados” (FJ 4ª).

2. La utilización de imágenes accesorias de un reportaje de interés público.

El art. 8.2.c) LO 1/1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá “la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesorio”.

El precepto permite, así, la representación gráfica de la imagen de personas, carentes de proyección pública, pero con una condición, que la misma sea “meramente accesorio” (expresión ésta, que indica, bien a las claras, que la autorización ha de ser interpretada con carácter restrictivo) de un “suceso o acontecimiento público”; y ello, porque, en este caso, la intromisión se justificará en el ejercicio de la libertad de información²¹.

21 La STS 27 marzo 1999 (RJ 1999, 2370) consideró accesorio la imagen del demandante, una persona, que no tenía ninguna proyección pública, el cual aparecía en una fotografía, tomada en la calle y publicada en un periódico, junto a personajes, que sí la tenían, concretamente, el entonces Vicepresidente del Gobierno, Alfonso Guerra, y su hermano, Juan Guerra, conocido por un caso de tráfico de influencias en el que estuvo implicado, utilizando, a este efecto, un despacho de la Delegación del Gobierno en Sevilla.

El carácter accesorio de la imagen significa que ésta debe estar siempre en relación de subordinación, con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser “el objeto principal de la noticia o reportaje”²². Dicho de otro modo, imagen accesorio es la que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria y al servicio de aquél²³.

Por lo tanto, la representación gráfica debe ser realizada de tal modo, que no acabe convirtiendo a una persona, que no tiene proyección pública (ni por sus circunstancias personales, ni por no tener ningún tipo de relación con asuntos de interés general), en el objeto principal de la información²⁴.

a) Al efecto de enjuiciar el carácter accesorio de la imagen, habrá que ponderar su tamaño, en relación con el de la página en la que aparece publicada, tratándose de medios de comunicación impresos, o en relación con el de la pantalla, si aparece reproducida en televisión.

La STS 14 julio 2005 (RJ 2005, 9232) consideró que no era accesorio la imagen de la actora, aparecida en un reportaje, emitido en un programa de televisión sobre mujeres maltratadas, porque aparecía sola en la pantalla, con la mención siguiente: “con la mujer aislada y a su merced llega la primera paliza”. En este caso, el Supremo entendió que existía, además, intromisión ilegítima en el honor de la demandante, ya que la difusión de su imagen en un programa de esas características “tiene un evidente eco o impacto social que somete a la persona afectada a los rumores y comentarios públicos, y especialmente de sus círculos de amistades y vecinos, con el consiguiente agobio y disminución de la autoestima por la situación personal y familiar que se difunde, todo lo que implica un menoscabo de la propia y ajena consideración”.

La STS 20 noviembre 2008 (RJ 2008, 6057) estimó también que no era accesorio la imagen de una persona, publicada en un reportaje periodístico, la cual había sido captada mientras estaba siendo atendida en su casa, por los servicios de urgencia, al haber sufrido un infarto de miocardio. El Tribunal Supremo afirma que “en el presente caso no se trata de una imagen accesorio de una información gráfica, sino de la imagen que, como principal, acompaña a un reportaje escrito”; y precisa que

Afirma el Supremo: “que la información gráfica transmitida se refería a personajes de naturaleza pública [...] habiendo sido tomada la fotografía en vía pública; siendo éste el objeto de la información, la reproducción de la imagen del recurrente aparece como accesorio en relación con la totalidad de la fotografía, cuya finalidad no es otra que mostrar la calidez de las relaciones existentes entre los hermanos [...] Prevalece así el derecho a la información sobre el individual a la propia imagen del actor-recurrente”.

22 V. en este sentido SSTS 19 octubre 1992 (RJ 1992, 8079), 14 marzo 2003 (RJ 2003, 2586) y 1 julio 2004 (RJ 2004, 4844).

23 V. en este sentido, claramente, STS 20 noviembre 2008 (RJ 2008, 6057).

24 La STS 23 febrero 2010 (RJ 2010, 1292) observa que hay intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, cuando su publicación “no viene justificada en relación a la noticia principal sino a colación de una noticia accesorio totalmente desvinculada de la primera”.

“La imagen accesoria es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal”.

b) Junto al criterio anteriormente expuesto, la jurisprudencia tiene en cuenta el plano desde el que se capta la imagen publicada.

En tal sentido se orienta la STS 3 noviembre 1988 (RJ 1988, 8408), como también, la STS 28 mayo 2002 (RJ 2002, 7253), que entendió que no era accesoria la imagen de un hombre desnudo, cuya fotografía, tomada a corta distancia, se había incluido en un reportaje sobre playas nudistas, porque dicha fotografía, a diferencia de otras tres que se incluían en el reportaje, mostraba al demandante “totalmente desnudo y en posición frontal, por lo cual resulta el mismo identificable y se da publicidad a sus características física más íntimas”.

La STS 23 mayo 2003 (RJ 2003, 3593) estimó existir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, al emitirse en un programa de televisión un vídeo, en el que se grabó la intervención de los bomberos para rescatar a un automovilista accidentado, que había quedado tendido en la calzada y aprisionado por su vehículo en una lenta agonía, que acabaría con su vida, tres días después. El programa de televisión tuvo una duración de una hora y quince minutos y la duración del video en él emitido fue de tres minutos y veintitrés segundos. En el vídeo se reflejaba la labor desarrollada por los bomberos y los servicios de atención médica, salvo en dos precisos momentos (de unos cinco segundos de duración, cada uno de ellos), en los que aparecía un plano del rostro de la persona accidentada, cuando ésta se encontraba aprisionada por el coche.

La cadena demandada sostuvo que las imágenes contenidas en el vídeo tenían carácter accesorio respecto del reportaje, argumento, que no fue acogido por el Tribunal Supremo, porque “Se trata de primeros planos que ocupan todo el espacio de la pantalla al ser proyectados y en los que, además del accidentado, sólo aparece la parte inferior de una pierna de una persona que se encuentra de pie; en estos planos no parece que se estuviera prestando asistencia alguna directamente al accidentado independientemente de la labor que se llevaba a cabo para liberarle de entre los restos de sus automóvil, por lo que, en esos fotogramas, el accidentado adquiere total protagonismo en la noticia filmada”.

IV. LAS INTROMISIONES EN EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN AUTORIZADAS POR LA LEY EN ARAS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: EL USO DE LA CARICATURA.

El art. 8.2.b) LO 1/1982 considera legítima “la utilización de la caricatura de personajes públicos, de acuerdo con el uso social”. El precepto autoriza, pues,

exclusivamente, el uso de la caricatura de personas con proyección pública, pero no, el de las caricaturas de personas en las que no concurra esta condición.

La primera de las cuestiones que el precepto plantea es la de determinar el concepto de caricatura. A mi parecer, lo que define la caricatura es el ser una representación gráfica, no necesariamente un dibujo, o, en general, artística (creo que una marioneta lo es), en el que, de modo exagerado, se deforma la imagen de una persona, en clave humorística, y con carácter crítico, en uso de la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1.a) de la Constitución, entendida ésta, como dice la STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 5, "en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones". Por lo tanto, no habrá caricatura cuando estemos ante una reproducción gráfica en la que la figura de la persona no aparezca deformada o la deformación no sea fácilmente reconocible.

La segunda de las cuestiones que la norma suscita viene provocada porque la remisión al uso social como criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad del uso de la caricatura tiene sus riesgos; y ello, por el creciente proceso de intromisión en los bienes de la personalidad de los personajes públicos, que tiene lugar en algunos medios de comunicación, lo que provoca que socialmente comiencen a verse normales conductas que, en ningún modo, pueden verse amparadas por el Derecho.

Por ello, no puede perderse de vista que la autorización legal para usar la caricatura se fundamenta en la libertad de expresión²⁵, derecho fundamental que posibilita, tanto la crítica política y social, como el desarrollo de la personalidad, jugando un papel fundamental en la formación de la opinión pública, entendida como la suma de los plurales y diversos puntos de vista que existen y se exteriorizan en una sociedad sobre cualquier tema.

Lo constata la STC 23/2010, de 27 de abril, la cual, afirma que "En los casos en los que la caricatura se elabora mediante la distorsión de la imagen fotográfica de una persona, resulta evidente que se viene a afectar al derecho a la propia imagen de la persona representada, si bien tal afección puede venir justificada por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión [...] o, incluso, de la libertad de creación artística" (FJ 5). Esta afirmación, que se explica por el concreto supuesto de hecho de que se trata (un fotomontaje), es, obviamente predicable respecto de todo tipo de caricaturas.

De lo dicho se deduce que hay una serie de casos en los que el uso de la caricatura de los personajes públicos carece de justificación:

25 EDELMAN, B.: "Nota a la Sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación, de 2 de abril de 1997", D 1997, Jur., p. 411, considera, así, indudable que la caricatura es una manifestación de la libertad de expresión y que en esta medida es permitido su uso.

a) En primer lugar, la utilización de la caricatura dejará de estar autorizada cuando la crítica que se realiza a través de ella no tenga interés público, ya que, en este caso, no podrá ser considerada una forma legítima de ejercicio de la libertad de expresión al servicio de la formación de una opinión pública plural, que justifique el sacrificio del derecho a la imagen de la persona caricaturizada.

Así, la STC 23/2010, de 27 de abril, consideró ilegítimo el fotomontaje, que combinaba una persona, con proyección pública, y el cuerpo de otra mujer distinta, en taparrabos y mostrando unos pechos prominentes, que formaba parte de un concurso, en el que se valoraba el tamaño de los pechos de la demandante y recurrida. Confirmó, así, la sentencia recurrida, que había estimado la demanda de protección del derecho a la imagen de la actora, cuantificando el daño moral en cinco millones de pesetas.

Observa el Tribunal Constitucional, con carácter general, en relación a la caricatura, 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 [...] y cuando así suceda, el uso manipulativo de la imagen ajena podrá constituir un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión en cuanto contribuya al mantenimiento de una opinión pública crítica y plural”. Pero añade: “Sin embargo, el valor que para la formación de la opinión pública y la libre circulación de ideas puedan tener determinadas caricaturas, no implica que ésta sea la única finalidad imaginable de tales creaciones. De ese modo, también resulta evidente que en ocasiones la manipulación satírica de una fotografía puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente para justificar la afectación del derecho [a la imagen] por venir desvinculadas de los objetivos democráticos reseñados [...] En estos casos -concluye, la ausencia de un interés público constitucionalmente defendible priva de justificación a la intromisión en el derecho a la propia imagen, de tal modo que si se usa ésta sin consentimiento de su titular puede resultar lesionado el citado derecho fundamental” (FJ 5).

En relación con el caso concreto enjuiciado, observa que “el fotomontaje tenía como única finalidad la de divertir al lector mediante la exhibición de un cuerpo femenino semidesnudo al que se le había añadido el rostro [de la demandante] Cabe concluir, por tanto, que 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”; y añade que “Difícilmente puede apreciarse interés público alguno en este uso de la imagen desvinculado de cualquier finalidad legítima de crítica política o social, de modo que la publicación de

la fotografía manipulada en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre”.

b) En segundo lugar, el derecho a la libertad de expresión, en su modalidad de humorismo gráfico, tiene que ser cohonestado con la protección del derecho al honor, por lo que no puede justificar el empleo de caricaturas, inequívocamente vejatorias o injuriosas, que, objetivamente, provoquen el descrédito de la persona a quien se refieren, ya que el art. 20.1.a) CE no garantiza el derecho al insulto²⁶.

La STS 14 abril 2000 (RJ 2000, 2565) estimó ilegítima la publicación de la caricatura de un político, que había simultaneado responsabilidades políticas con la condición de miembro del Consejo de Administración de una empresa privada, en la que se le calificaba de “ladrón”. Afirmó el Supremo que, “por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el personaje objeto de burla”. Consideró, así, que la expresión “ladrón” era “inequívocamente insultante”, y tenía “una rotundidad vejatoria innecesaria para la crítica social del personaje”.

La STS 2 julio 2004 (RJ 2004, 5339) afirma que no puede utilizarse la libertad de expresión para incluir en ella “palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificadoras de las personas”, precisando que “se puede discrepar, censurar y criticar con toda la fuerza necesaria, pero no insultar”. No obstante, no consideró intromisión ilegítima la publicación de la caricatura de un alcalde, que había sido objeto de diversas condenas penales. Éste aparecía, tras su aseo personal, mostrando un preservativo en su mano derecha, en el momento de introducirse en la cama, en la cual había un ejemplar de la Constitución. La viñeta iba acompañada de un texto, en el que se proponía a los lectores de la revista la siguiente pregunta: “¿Deber ser X un violador?” Frente al argumento del recurrente, de que las viñetas lo representaban “en forma vejatoria, insultante y ofensiva”, el Tribunal Supremo entendió que la caricatura se había utilizado “en un entorno de enfrentamiento político”, que la expresión “violador” era utilizada en un sentido diverso, “al que normalmente se asocia con las agresiones sexuales”, y que la frase en la que se contenía no era afirmativa, sino interrogativa.

c) En tercer y último lugar, hay que tener en cuenta que, dado que el fundamento de la autorización de la norma estriba en el ejercicio de la libertad de expresión, es evidente que la misma no legitima el uso de la caricatura, cuando su utilización

26 Como afirma la STS 9 febrero 1998 (RJ 1998, 607), la libertad de expresión no permite referirse a personas “con expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias para las mismas y para su dignidad personal y conceptualización social”. En este sentido existe una consolidada jurisprudencia, de la que, por ejemplo, es manifestación la STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 5, según la cual “el ejercicio del derecho de crítica no permite emplear expresiones formalmente injuriosas”.

responde a un interés esencialmente crematístico, centrado en la explotación mercantil de la notoriedad de un personaje público.

Es verdad que la publicación de una caricatura en un periódico o revista no está totalmente desligada de una finalidad económica, ya que los periódicos y revistas se editan para ser vendidos. Ahora bien, a través la caricatura, se ejercita en ellos la libertad de expresión, que contribuye a la formación de una opinión pública libre, por lo que, desde el punto de vista del interés general, no se puede decir que se trate de una actividad puramente comercial, lo que, en cambio, sí acontecía en los dos casos expuestos.

En otro orden de cosas, creo que las imitaciones realizadas por artistas con fines humorísticos, a través de caracterizaciones, con las que logran sugerir al público una identificación con personajes públicos, han de ser incluidas dentro del ámbito de aplicación del art. 8.2.b) LO 1/1982, porque pueden ser consideradas como caricaturas en un sentido amplio.

Para ello, lógicamente, tendrán que ser imitaciones, que no induzcan a confusión, en el sentido de que quien las contemple sea consciente de que se trata de una parodia de un personaje famoso, y no del personaje mismo (se cumpliría, así el requisito, característico de la caricatura, al que antes nos hemos referido, de la deformación de la imagen); y, así mismo, que, con ellas, no se persiga una explotación comercial de la notoriedad de dicho personaje (por ejemplo, la publicidad de una marca comercial), sino una finalidad artística o de crítica, pues, en caso contrario, no se trataría de un mero ejercicio de la libertad de creación artística y de expresión.

En este sentido se ha orientado la SAP Madrid 16 febrero 2007 (JUR 2007, 152650), que, revocando la sentencia recurrida, estimó, en parte, la demanda interpuesta por un presentador de programas de televisión, denominado “Cachas”, al que un conocido imitador había parodiado en un programa televisivo, valorando las prestaciones de un automóvil que se anunciaba, introduciéndose en el maletero del mismo y diciendo, textualmente, que era “extraordinariamente amplio, cabe la cabeza de Cachas”. La sentencia recurrida consideró que no había existido una intromisión en el derecho a la propia imagen del actor; “pues no se llegó a crear confusión alguna con el personaje a quien se imitaba, ya que todos los espectadores conocían que no era Cachas quien aparecía en ese momento en televisión, sino el cómico”.

Sin embargo, la Audiencia –creo que, con buen sentido- no excluye la licitud de una imitación de un personaje público, por el mero hecho de que la misma no cree una confusión entre la identidad del imitador e imitado, sino que entiende que la legitimidad de la parodia se supedita a que mediante ella no se persiga una finalidad estrictamente publicitaria, como sucedió en el caso que nos ocupa. Dice, así, que “Es

indudable que cuando el imitador no es conocido y pretende, incluso a veces con éxito, confundir a los destinatarios del anuncio de la verdadera persona que participa en el anuncio no existe duda alguna que la conducta debería considerarse como una intromisión ilegítima, mientras que si el imitador es conocido o por el modo en que se difunde o por otras circunstancias, desde un principio, el destinatario del anuncio conoce que no es realmente el imitado quien aparece en el anuncio, la cuestión podría ser objeto de discusión, pero si tenemos en cuenta que el imitador se sirve de aquel en el anuncio y toma su figura para hacerlo más atractivo, no vemos motivo para no concederle la protección que le concede la ley, pues se está utilizando su imagen a efectos publicitarios”.

Más adelante añade: “Es evidente que, de acuerdo a los usos sociales, se ha admitido la caricaturización de personajes en ámbitos culturales o artísticas o en espectáculos, lo que legitima la actuación de los humoristas que realizan imitaciones, pero ello no puede llevarnos a extender tal permisibilidad a otros contextos, sobre todo cuando la imitación, aunque en tono humorístico, se hace dentro de un espacio reservado a la publicidad, pues en tal caso adquiere preponderancia este último aspecto y con ello el respeto al derecho a la propia imagen. En definitiva la capacidad de una persona para imitar a otro no le permite apropiarse de su imagen de un modo ilimitado y para cualquier actividad”²⁷.

Al igual que lo dicho respecto de las imitaciones, tampoco creo que deba haber dudas respecto del uso de dobles de personajes públicos en parodias de carácter artístico o satírico, siempre –claro está– que quien los vea no tenga duda de que no es la persona que aparenta.

Más dudosa es la cuestión de si es legítima la utilización de esos dobles con fines publicitarios. En este caso, entra en colisión, de un lado, el derecho del doble a consentir el uso de su imagen y, de otro lado, el derecho de la persona pública, a que no se comercie con la suya, derecho éste último, que, me parece que debe prevalecer, cuando la imagen del doble sea un puro reclamo publicitario de bajo coste económico, para asociar la figura de la persona a quien se asemeja con un producto, y, así, promover su venta.

Ahora bien, creo que, en este punto, a diferencia de lo dicho respecto a las imitaciones, la ilegitimidad de la intromisión en la imagen se subordina a que quien contempla al doble no pueda percatarse de que efectivamente lo es, lo cual sucederá, cuando el parecido entre éste y el personaje conocido, con cuya apariencia exterior sea asociado, sea tan grande, que pueda inducir a confusión a una persona de comprensión media.

27 La sentencia ha sido confirmada por el ATS 8 septiembre 2008 (JUR 2008, 313432).

La confusión no tendrá lugar, cuando el medio en el que aparezca la imagen del doble advierta claramente que no se trata de la persona pública a quien se asemeja. Sin embargo, parece que esta advertencia no excluirá la existencia de una intromisión ilegítima, si ésta se produce o solamente se puede captar, cuando ya se haya obtenido el resultado querido, esto es, la identificación del producto que se anuncia con la imagen del personaje famoso, con el que el doble guarda semejanza.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO BOLIVIANO

THE RIGHT TO OWN IMAGE IN THE BOLIVIAN LEGAL SYSTEM

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 30-49



Orlando
PARADA
VACA

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: En el trabajo se expone la regulación del derecho a la propia imagen en Bolivia, proponiéndose una enumeración de conductas constitutivas de intromisiones ilegítimas en la misma, analizándose, tanto la tutela inhibitoria como la resarcitoria de los daños causados por ellas, incluyendo las que tienen lugar en el caso de ataques a la memoria de los fallecidos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la imagen, intromisión ilegítima, acción de cesación, acción de resarcimiento; daño moral.

ABSTRACT: The paper describes the regulation of the right to self-image in Bolivia, proposing a list of behaviors that constitute illegal interference in the same, analyzing both inhibitory as protection for damages for any damage caused by them, including those occur in the case of attacks on the memory of the deceased.

KEY WORDS: Image rights, trespass, injunction, action for damages, moral damages.

SUMARIO: I. Fuentes legales de la regulación del derecho a la propia imagen.- II. La noción del “derecho a la imagen”.- III. Tipificación de las conductas que suponen una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen.- 1. La cuestión de la ilicitud de la mera captación o reproducción de la imagen.- 2. El grado de identificación de la persona cuya imagen se capta, reproduce o difunde.- IV. La tutela civil frente a las intromisiones ilegítimas.- 1. La acción de cesación.- 2. La acción de responsabilidad por el daño moral.- V. La tutela “post mortem” del derecho a la imagen.- 1. La acción de cesación.- 2. La acción de responsabilidad por el daño moral.

I. FUENTES LEGALES DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

El art. 16 CC boliviano, bajo la rúbrica “Derecho a la imagen”, contiene dos párrafos.

El primero de ellos afirma 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”.

El segundo párrafo de la norma dispone que “Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona”.

Así mismo, hay que colocar el art. 16, en relación con el art. 23 del mismo Código, conforme al cual, “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”.

A esta regulación civil, que no contempla el derecho a la imagen como un derecho de la personalidad autónoma del derecho al honor, hay que añadir en la actualidad, la constitucional, que, por el contrario, sí lo hace, siguiendo la tendencia de las legislaciones más modernas sobre la materia.

En efecto, el art. 21 de la Constitución Boliviana reconoce, explícitamente, el derecho a la propia imagen, junto al derecho a la intimidad y al honor. Si tenemos en cuenta que el artículo 109.I de la Carta Magna boliviana afirma que “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables”, y que, según el art. 113.I de la misma, su vulneración “concede a las víctimas el derecho

• Orlando Parada Vaca

Director de la Fundación Iuris Tantum y de la Revista Boliviana de Derecho. Lic. en Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Especialidad y Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la U.A.G.R.M. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”, es evidente que se impone una reforma del CC, que permita y viabilice mayor efectividad al derecho a la imagen, constitucionalmente reconocido como un derecho autónomo.

Me conformaré aquí, una vez aceptada esta idea, con esbozar una serie de reflexiones sobre el tema.

II. LA NOCIÓN DEL “DERECHO A LA IMAGEN”.

El art. 21 de la Constitución boliviana no define el derecho a la propia imagen, como tampoco hace el art. 18 CE.

El diccionario de la Real Academia de la lengua española define la “imagen” como “figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa”; y, así mismo, como “reproducción de la figura de un objeto”.

Por lo que a la persona atañe, podemos tomar dos acepciones de la “imagen”: de un lado, la “imagen” como “figura”; de otro lado, la “imagen” como “reproducción” de dicha figura por cualquier procedimiento gráfico, técnico o artístico que la haga perceptible por el sentido de la vista: fotografía, dibujo, pintura, grabado, escultura, televisión, proyección cinematográfica, etc.¹

La “imagen” como “figura” es un bien de la personalidad, un atributo inherente a la persona, consistente en su aspecto exterior físico, que contribuye a individualizarla y a identificarla ante la sociedad. La “imagen” como “reproducción” es un objeto exterior a la propia persona, esto es, el concreto procedimiento a través del cual se representa la figura humana de modo reconocible por la sociedad. El derecho a la propia imagen sería entonces el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura, o dicho de otro modo, la facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no.

Por lo tanto, desde el punto de vista constitucional o civil, la “imagen” es la figura humana, esto es, el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un

¹ V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho a la propia imagen”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador José Ramón de Verda y Beamonte), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 145.

El art. 7.5° LO 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 tipificar las conductas ilícitas, se refiere a “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona”.

bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se la tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona).

La imagen ha de ser protegida, concediendo a la persona el derecho a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos físicos personales, y ello, en un doble sentido: por un lado, permitiéndole que consienta la captación, reproducción o publicación de su figura (contenido positivo del derecho a la propia imagen); y, por otro lado, concediéndole la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, en modo tal, que sea posible su identificación o reconocimiento (contenido negativo del derecho a la propia imagen).

III. TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS QUE SUPONEN UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO A LA IMAGEN.

Una de las tareas a las que se enfrenta el jurista boliviano es la de la tipificación de las conductas contrarias al derecho a la propia imagen desde el punto de vista civil, planteándose a este respecto dos cuestiones.

a) La primera de ellas es la de determinar si puede ser considerada como ilícita la mera captación, no consentida, de la imagen de una persona o, por el contrario, será necesaria la difusión de la misma.

b) La segunda de las cuestiones tiene que ver con el grado de identificación de la imagen que es exigible para que pueda entenderse producido el ilícito civil.

I. La cuestión de la ilicitud de la mera captación o reproducción de la imagen.

El art. 16 CC boliviano, al tipificar la intromisión ilegítima, se refiere a “Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona”, por lo que parece dejar fuera de su ámbito de aplicación la mera captación o reproducción de aquélla.

Sin embargo, esta posición pudiera explicarse porque el precepto no reconoce una protección autónoma del derecho a la propia imagen, sino que, exclusivamente, la protege en la medida en que su utilización suponga una lesión del derecho al honor; lo que parece que no puede tener lugar, si no existe una cierta publicidad de la imagen.

Ahora bien, la solución puede ser diversa, si, como propugnamos, la figura humana, en cuanto bien de la personalidad, se protege con independencia de la reputación de la persona.

Analizaremos el estado de la cuestión en algunos Derechos extranjeros antes de proponer una solución².

a) En la doctrina científica italiana se ha debatido con cierta extensión la cuestión de si una mera captación o reproducción de la imagen de una persona, que no haya llegado a conocimiento del público, puede dar lugar a un ilícito civil.

El problema viene planteado, porque la delimitación que el art. 10 CC italiano hace de la intromisión ilegítima es muy restringida, dado que solamente contempla, como tal, la exposición o publicación de la imagen (se entiende, que sin el consentimiento del titular del derecho), pero no la captación o reproducción de la misma,

Por ello, los autores italianos generalmente admiten que la mera fijación de la imagen en un retrato fotográfico no origina un daño moral resarcible³, a no ser que el retrato ponga de manifiesto aspectos íntimos de la persona fotografiada, en cuyo caso habrá una intromisión ilegítima, pero no, en el derecho a la imagen, sino en el derecho a la intimidad⁴.

La solución del CC italiano se trata de justificar con el argumento de que la protección del derecho a la imagen no debe desbordar los límites impuestos por el vivir en sociedad y de que para aquél que se expone a la mirada de los otros no debe ser demasiado penoso que su semblante, además de ser observado directamente, sea fijado en un retrato, que no sea divulgado⁵.

Se ha dicho que el CC italiano de 1942 sigue una posición, que está lastrada por un arrastre histórico⁶. Sigue, así, la solución dada por Ley de 22 de abril de 1941 (nº 633), sobre derechos de autor; heredera del Real Decreto Ley de 7 de

2 En la Ley del Distrito Federal de México, de 19 de mayo de 2006, se contempla como facultad del derecho a la imagen la de autorizar u oponerse a su captación. En su art. 16 se dice, así, que "Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma". Sin embargo, en la tipificación del ilícito civil, no se hace referencia a la captación no consentida, sino exclusivamente a la difusión o comercialización. El art. 18 de la ley dice que "Para efectos del presente Capítulo, constituirá acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento expreso".

3 V. en este sentido, DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 110.

4 Así, dice GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, volumen 1º, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª edición, Cedam, Padova, 1990, p. 165, que el art. 10 CC italiano no impide la reproducción del retrato ajeno, con la fotografía o la pintura, si éstas no están destinadas a la exposición o publicación; precisa, no obstante, que, si la persona es captada en su intimidad, habrá una intromisión ilegítima, no en su derecho a la propia imagen, sino en su derecho a la "riservatezza", lo que no tendrá lugar, cuando ésta sea representada en la forma en que suele presentarse al público.

5 V. en este sentido DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, cit., p. 110.

6 El arrastre histórico, no sólo tiene que ver con la tipificación legal de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, ceñida exclusivamente a la publicación o exposición de la misma. A mi parecer, también tiene que ver con un cierto matiz de excepcionalidad, que acompañaba al reconocimiento de este derecho de la personalidad, en la medida en que se consideraba que su afirmación suponía la limitación de los derechos de autor; de ahí, que primero en Alemania y luego en Italia se regulase dentro de las legislaciones sobre propiedad intelectual.

noviembre de 1925 (n° 1950), que, a su vez, estuvo decisivamente influido por la vieja Ley alemana de 9 de enero de 1907, relativa al derecho de autor sobre las artes figurativas y el retrato (*KUG*), todavía en vigor⁷.

b) El § 22 *KUG*, efectivamente, establece que las imágenes no pueden ser difundidas o expuestas públicamente, más que con la autorización de la persona representada.

Esta regulación, en su día, fue un avance decisivo en la protección del derecho a la imagen, pero lo cierto es que resulta insuficiente. Es, por ello, que ha sido completada por la jurisprudencia germana⁸, la cual sostiene también la prohibición de reproducir la imagen sin el consentimiento la persona representada, mediante el recurso a la categoría del derecho general de la personalidad⁹.

En este sentido se orienta también un autorizado sector de la doctrina científica alemana, la cual encuadra el derecho a impedir la reproducción de la propia imagen, sin autorización previa, dentro del derecho general de la personalidad, por entender que la fijación de la imagen otorga un dominio sobre un bien de la personalidad ajeno¹⁰.

7 ALBERTINI, L.: "L'abusivo sfruttamento commerciale (in particolare: come marchio) del nome e dell'immagine altrui", Giust. civ. 1997, I I, p. 479, considera que quizás debiera revisarse la tradicional opinión de la doctrina italiana, de que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce, no por la mera ejecución del retrato, sino por su reproducción. Dice, así, que hay que tener en cuenta que la sensibilidad moderna ha concedido un espacio cada vez más amplio a la tutela de la persona, como valor en sí misma y como fin último del ordenamiento. Afirma que debe considerarse la posibilidad de una tutela de los derechos fundamentales, no sólo respecto de los daños ya verificados, sino también contra el daño potencial; y concluye: no hay duda de que la fijación de la imagen sobre un soporte estable constituye ya un peligro de daño, en cuanto que casi siempre finaliza en sucesivas posteriores reproducciones y difusiones.

8 V. en este sentido BGH 16 septiembre 1966 (NJW 1966, 2353).

9 El *BGB* no contempla un derecho general de la personalidad. Es más, sólo el "Namensrecht" aparece explícitamente consagrado como un derecho subjetivo, en su § 12. No obstante, el § 823, I, establece un derecho al resarcimiento en el caso de lesión antijurídica de cuatro bienes de la personalidad, que se extiende a la lesión de cualesquiera otros derechos ajenos. El precepto dice, así, que quien, intencionalmente o con culpa, lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho semejante de otra persona ("ein sonstiges Recht eines anderen") queda obligado frente a ella a indemnizarle el daño correspondiente. Sin embargo, fundamentalmente, con apoyo en el inciso "ein sonstiges Recht eines anderen", la doctrina y la jurisprudencia, no sin iniciales vacilaciones, han construido la categoría del derecho general a la personalidad ("das allgemeine Persönlichkeitsrecht"), el cual ha alcanzado, además, reconocimiento constitucional en el art. 2.1 GG, que consagra "das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit". Es decir, configura el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental ("Grundrecht"), dotado de eficacia inmediata y vinculante para todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), "soweit er nicht die Rechte anderen verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst". LARENZ, K.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*,

8ª edición continuada por M. WOLF, C.H. Beck'she Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 153, observa que este derecho protege, no sólo contra las intromisiones estatales, sino también contra las procedentes de personas o instituciones privadas. Esto significa, desde la óptica del Derecho civil, el reconocimiento del derecho general de la personalidad como un derecho absoluto, que goza de pretensiones resarcitorias, de cesación y de omisión, frente a las lesiones del mismo. Como contenido de dicho derecho, se sitúa el respeto integral de la persona, y, en particular, el reconocimiento de una esfera privada y secreta frente a las intromisiones injustificadas de terceros.

10 V. en este sentido HUBMANN, H.: *Urheber- und Verlagsrecht*, 8ª edición continuada por M. REHBINDER, C.H. Beck'she Verlagsbuchhandlung, München, 1995, p. 307.

Se considera, en definitiva, que el hecho de que el § 22 *KUG* se refiera, exclusivamente, a la difusión o exposición pública de la imagen, pero no, a la creación misma de ésta, constituye una laguna legal, que debe ser salvada mediante el recurso a la ya mencionada categoría del derecho general de la personalidad¹¹.

c) En España el art. 7 LO 1/1982, considera como intromisión ilegítima “La captación, reproducción o publicación [...] de la imagen de una persona”.

Por lo tanto, en la legislación española, a diferencia de la italiana, se tipifica como intromisión ilegítima, no sólo la publicación de la imagen, sino su mera captación o reproducción, las cuales, por sí solas, constituyen un ilícito civil, que, si es probado, debe dar lugar a la reparación del daño moral subsiguiente (cuya cuantía será lógicamente inferior a la que resultaría de la publicación), y, sobre todo, a una acción tendente a la devolución de la fotografía, del cliché o, en su caso, a la destrucción del soporte informático¹².

Se dice, así, que una cosa es que nos exponamos a la mirada de los transeúntes y otra cosa, muy distinta, es que debamos soportar ser el objeto principal de una fotografía, si no queremos ser retratados, y ello, aunque el destino de la foto sea la pura contemplación de quien la hace, y no, su difusión pública. A no ser que concurra una de las autorizaciones legales para la intromisión previstas en el art. 8 LO 1/1982, toda persona tiene la facultad de impedir ser fotografiada, contra su voluntad, como parte del contenido del derecho a su propia imagen; y ello, aunque la fotografía no revele aspectos de su vida privada, ni haya sido todavía publicada¹³.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, ya se ha dicho que el art. 16 CC boliviano parte de la premisa que debe existir publicación o exposición pública de la imagen para la protección del derecho. Además, si esa publicación lesiona el honor o el decoro, la parte interesada puede pedir el cese de dicha publicación, lo que implica el reconocimiento de la manifestación de voluntad del titular del derecho o sus descendientes.

Para el Tribunal Constitucional boliviano el derecho a la propia imagen está protegido contra publicaciones arbitrarias, esto es, sin el consentimiento del titular; pues, según explica la STCB 1376/2004-R de 25 de agosto y 228/2005 -R de 16 de marzo, el derecho a la imagen es un derecho humano que comprende la facultad de proteger la imagen propia a fin de que aquella no se reproduzca, total o parcialmente en forma íntegra o deformada, sin consentimiento del titular”.

11 V. en este sentido RÜTHERS, B.: *Allgemeiner Teil des BGB*, 11ª edición continuada por A. STADLER, C.H. Beck'she Verlangsbuchhandlung, München, 1997, p. 96.

12 V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho”, cit., p. 173.

13 V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho”, cit., p. 173.

A mi parecer, tal y como sucede en la legislación española, entre la tipificación de las conductas lesivas del derecho a la imagen habría que incluir la captación de la misma, sin el consentimiento de la persona, a no ser que concurran circunstancias de interés general que autoricen a llegar a otra conclusión.

Opino que una cosa es que la captación no consentida sea considerada como ilícita y otra cosa distinta es que deba dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, la cual, en nuestra opinión, sólo procederá, si se produce la divulgación de la imagen, ya que, en caso contrario, no se producirá un daño moral.

Creo, en definitiva, que la captación ilícita, en principio, sólo autoriza a ejercitar la acción de cesación, para evitar la persistencia en esa conducta, así como la posibilidad de exigir la destrucción del soporte físico en que se haya realizado la captación o reproducción.

2. El grado de identificación de la persona cuya imagen se capta, reproduce o difunde.

En la jurisprudencia española, la STS 26 marzo 2003 (RJ 2003, 2596) afirma que el derecho a la imagen se refiere “a la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible”.

Por ello, se ha dicho que, para que pueda hablarse de intromisión en la imagen de una persona, es necesario que ésta resulte objetivamente reconocible, a partir de la propia representación gráfica, sin necesidad de acudir a criterios subjetivos de asociación, extrínsecos a ella misma, para identificarla¹⁴.

También en la jurisprudencia española, la STS 4 mayo 2005 desestimó la demanda en la que se alegaba intromisión ilegítima en la imagen de una persona fallecida en un accidente. El litigio tenía su origen en una fotografía, que ilustraba un reportaje sobre la actividad comercial del puerto de Cartagena, en la que, a lo lejos, aparecía la imagen de un cadáver, cubierto con una manta. Sus familiares alegaban que, dada la cercanía de la fecha del accidente y la perfecta identificación del buque y furgoneta funeraria, en el entorno familiar y social del difunto, resultaba extremadamente fácil asociar la imagen con su accidente y posterior muerte. El Tribunal Supremo rechazó el uso de criterios de identificación extraños a la propia imagen, confirmando la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda, argumentando que “La información gráfica generada en ningún momento recoge los rasgos físicos del afectado que le hagan reconocible”.

14 V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho”, cit., p. 151.

Hechas las precisiones anteriores, el ilícito civil consistirá en la captación, reproducción o difusión de la imagen de una persona en forma objetivamente reconocible, obviamente, sin su consentimiento, a no ser que exista una razón de interés general que justifique la intromisión¹⁵. En ausencia de dicho interés general (que hay que identificar con la libertad de información o expresión), poco importa la finalidad con que se realice la intromisión: su ilicitud no requiere, así, que tenga carácter lucrativo. En este sentido, en España, el art. 7.6 LO 1/1982, considera intromisión ilegítima “La utilización [...] de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.

IV. LA TUTELA CIVIL FRENTE A LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS.

La tutela civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen podrá llevarse a cabo a través de dos mecanismos:

- a) La acción de cesación (tutela inhibitoria).
- b) La acción de responsabilidad por de daño moral (tutela resarcitoria).

I. La acción de cesación.

La acción de cesación no plantea especiales problemas: aparece reconocida en el art. 16 CC boliviano, en relación con el derecho a la propia imagen; y, con carácter general, en caso vulneración de los derechos de la personalidad, en el art. 22 del mismo Código.

Utilizando el tenor del art. 9.2 LO 1/1982 de España, se trata de una medida básica “para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”.

Es esta una acción, tendente a impedir la vulneración que procede siempre que produzca la persistencia del hecho ilícito, por ejemplo, el uso no consentido de una fotografía para fines publicitarios; o también el riesgo de que la imagen ilícitamente

15 Conforme al artículo 19 de la Ley del Distrito Federal de México, de 19 de mayo de 2006, “La imagen de una persona no debe ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, por la función pública que desempeñe o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público y sean de interés público”.

A tenor del artículo 20 de la misma Ley, “Cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada, fuera del caso en que la exposición o la publicación sea consentida, con perjuicio de la reputación de la persona, la autoridad judicial, por requerimiento del interesado, puede disponer que cese el abuso y se reparen los daños ocasionados”.

captada pueda ser publicada, en cuyo caso lo que se pretenderá a través de la acción será la entrega o restitución del soporte material o técnico en que la imagen figure.

En ocasiones, esta acción será bastante para la defensa del derecho a la imagen del ofendido, pero otras muchas no, en cuyo caso procederá la reparación del daño moral subsiguiente a la intromisión.

2. La acción de responsabilidad por el daño moral.

Más problemas suscita la acción de reparación del daño moral.

El art. 22 CC boliviano concede al damnificado como consecuencia de la vulneración de un derecho de la personalidad "la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral".

En el mismo sentido, el art. 984 CC boliviano, prescribe que quien con un hecho doloso o culposo ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento. Este resarcimiento está contemplado en el art. 994 del mismo compilado.

Así mismo, el art. 113.I de Constitución boliviana, en caso de vulneración de los derechos en ella reconocidos, entre ellos, el derecho a la imagen, "concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna".

a) El problema fundamental que surge es el siguiente: ¿debe entenderse que toda intromisión ilegítima comporta un daño moral resarcible, de modo que el ofendido puede obtener la reparación con la mera demostración de que ha tenido lugar un hecho ilícito?; o, por el contrario, ¿hay que entender que no toda intromisión implica un daño moral, en cuyo caso la reparación sólo tendrá lugar, cuando el daño haya sido probado?

La tesis de que el ilícito civil no determina, automáticamente, un derecho a la reparación de un daño moral es la seguida por la moderna Ley del Distrito Federal de México de 19 de mayo de 2006. En su art. 23 se dice que la violación del derecho a la propia imagen constituye "un menoscabo al patrimonio moral", que dará lugar a la indemnización del perjudicado¹⁶. Sin embargo, el tenor del art. 37 de la Ley no deja lugar a dudas: "La carga de la prueba recaerá, en principio sobre el actor, quien deberá demostrar el daño en su derecho de personalidad derivado de un hecho ilícito".

16 Según el art. 36 de la Ley "Para que se produzca el daño al patrimonio moral se requiere: I.- Que exista afectación en la persona, de los bienes tutelados en la presente ley; II.- Que esa afectación sea a consecuencia de un acto ilícito; y III.- Que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos. Para la procedencia de la acción se deberá tomar en cuenta la mayor o menor divulgación que el hecho lesivo ha tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso".

Otra es la solución del Derecho español, donde el art. 9.3 LO 1/1982, dice que “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”. Por lo tanto, acreditada la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho de la personalidad, el daño moral se presume. La jurisprudencia ha declarado que dicha presunción es *ius et de iure*, de modo que no cabe prueba en contrario¹⁷.

A mi parecer, no toda intromisión ilegítima produce un daño moral resarcible, pues habrá las que no las produzcan¹⁸. Considero que hay que diferenciar entre la mera captación o reproducción de la imagen y la publicación de la misma.

Estimo que si la imagen indebidamente captada o reproducida no llega a difundirse no existe necesidad alguna de reparar un daño moral que, en rigor, no se ha producido, sino que basta con que, a través de la cesación, se pida que no persista la intromisión, así como que se entregue o destruya el soporte en que la imagen del demandante figure. Por el contrario, si la imagen se ha difundido sí que debe presumirse la existencia de un daño moral, aunque ello suponga una excepción a la regla general de que quien reclama un daño debe probarlo.

La razón de ello es que estamos ante un tipo de daños, que, por su subjetividad, es de difícil demostración, por lo que establecer la carga de la prueba sobre el ofendido supondría dificultar extraordinariamente la posibilidad obtener el resarcimiento, al que, según el art. 113.1 de la Constitución boliviana tiene derecho. Ahora bien, me parece que esa presunción debe ser *ius tantum*, porque, por ejemplo, podría suceder que, aunque la imagen hubiera llegado a difundirse no hubiera llegado a conocimiento de un número significativo de personas. Otra solución conduciría –creo- a un riesgo de ver la responsabilidad civil, como un medio para obtener, no ya, una reparación de un daño efectivo, sino una ocasión de obtener un beneficio a costa de la ilicitud de la intromisión.

b) El daño moral plantea, no sólo problemas de prueba de su existencia, sino también de cuantificación.

Por ello, parece prudente, recurrir a la solución que en España adopta el art. 9.3 LO 1/1982, que proporciona pautas para valorar el daño moral, refiriéndose a la gravedad de la lesión y a la difusión del medio en que ésta se haya producido¹⁹.

17 V. en este sentido SSTS 7 marzo 2003 (RJ 2003, 2900), 7 marzo 2006 (RJ 2006, 5695) y 9 marzo 2006 (RJ 2006, 5413).

18 Véase a este respecto el interesante trabajo de ATIENZA NAVARRO, M.L.: “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en AA.VV., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador José Ramón de Verda y Beamonte), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 281-306.

19 El art. 37.II de la Ley del Distrito Federal de México establece que “La valoración del daño al patrimonio moral debe ser realizada tomando en cuenta la personalidad de la víctima, su edad, posición socioeconómica y naturaleza pública o privada, la índole del hecho ilícito, la gravedad objetiva del perjuicio, la mayor o menor divulgación”.

Como criterio para valorar la gravedad, habrá que tener en cuenta si la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen comporta también una lesión del derecho al honor o a la intimidad de la persona afectada, ya que, en estos casos, el daño será mayor y, por consiguiente, también lo será la indemnización.

c) En España, entre los criterios de valoración del daño moral, el originario art. 9.3 LO 1/1982 se refería al beneficio económico obtenido por el autor de la lesión, criterio este último, el cual suscitó algunos reparos, en la medida en que es extrínseco al daño mismo, pero que, indudablemente, permite aumentar la cuantía de la indemnización, evitando, así, que el infractor pueda sacar provecho de la lesión de un bien de la personalidad ajeno.

Tras la reforma del precepto por la Disposición Final Segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se ha suprimido dicho criterio de valoración del daño, previendo el nuevo art. 9.2.d) de la LO 1/1982, quizás, con mayor corrección, "La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos", como un mecanismo específico de tutela, distinto de la reparación.

d) La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen sujeta a responsabilidad civil a quien haya captado ilícitamente la imagen que se difunde, pero también al director y al propietario del medio en que haya tenido lugar la publicación.

Todos ellos deben responder solidariamente frente a la víctima²⁰, como es propio de un supuesto de pluralidad de deudores, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual²¹.

e) En España el art. 9.4 LO 1/1982 amplía el plazo de reclamación previsto en el art. 1968.2 CC español, fijando, no un plazo de un año, sino de cuatro, para el ejercicio de la acción tendente a exigir la responsabilidad civil del infractor; aunque dicho plazo se califica como de caducidad, y no, como de prescripción, de modo que no admitirá interrupción.

Este plazo me parece excesivamente largo. Creo más prudente la solución del art. 38 de la Ley del Distrito Federal de México, a cuyo tenor "Las acciones para

20 Esta responsabilidad solidaria no se discute en la doctrina española. Véase, en este sentido, por ejemplo, DE ÁNGEL YAGÜEZ, A: "Intromisión ilegítima. Antijuricidad, culpabilidad, daño y su resarcimiento. Los sujetos activo y pasivo", en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 262.

21 La regla es clara en la jurisprudencia española. La STS 30 junio 2004 (RJ 2004, 4286) explica, así, que "la responsabilidad civil solidaria del director del medio y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido y a la prensa editora le corresponde la libre designación. Ello implica que se determina una responsabilidad solidaria y no mancomunada entre los autores y editores de la publicación ilícita".

exigir la reparación del daño contenidas en la presente ley prescribirán a los dos años de la fecha en que se causó efectivamente el daño que contará a partir de la realización del acto que se presume ilícito”.

V. LA TUTELA “POST MORTEM” DEL DERECHO A LA IMAGEN.

A mi entender, una de las cuestiones más delicadas que plantean los derechos de la personalidad es la tutela después del fallecimiento de su titular²².

Estimo que la muerte extingue el derecho a la propia imagen. Este efecto, me parece incuestionable: si la muerte extingue la personalidad, un muerto no puede tener, en rigor, ningún derecho, en este caso, a la propia imagen.

Ello explica que en la jurisprudencia española la STC 231/1988, de 2 de diciembre, en el conocido caso “Paquirri”, excluyera la posibilidad de que pudiera interponerse un recurso de amparo para proteger el “derecho” a la propia imagen de un difunto. Afirma, así, que los “derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar [...] aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad [...] Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”; en consecuencia: “una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad [...] lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional”; y reitera: “una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales”²³.

Sin embargo, en la jurisprudencia asumida por el Tribunal Constitucional boliviano en la STCB 0085/2007-R de 26 de febrero, ratificada por la STCB 140/2007 de 14 de marzo, se asigna eficacia *post mortem* al derecho a la imagen en el recurso de amparo.

22 Entre las recientes aportaciones doctrinales sobre la materia cabe citar: COBAS COBIELLA, M^a E.: “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, coordinador José Ramón de Verda y Beamonte, capítulo I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 307 y ss.; y HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “La protección ‘post mortem’ de los de la personalidad y la defensa de la memoria del desaparecido”, en AA.VV.: *Bienes de la personalidad, XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pp. 93 y ss.

23 Sin embargo, lo cierto es que la claridad de esta doctrina ha sido oscurecida por otros fallos posteriores, que no excluyen la posibilidad de que pueda interponerse un recurso de amparo por derecho al honor de una persona fallecida, pero que, sin embargo, en el caso concreto de que conocen, no lo estiman. Se trata de las SSTC 43/2004, de 23 de marzo, y 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008, 51), cuya doctrina, para HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “La protección”, cit. p. 102, “supone un cambio radical en la consideración de los derechos de la personalidad de las personas fallecidas”.

Dice, así, que “En definitiva, la titularidad de los derechos fundamentales y las garantías en el caso de las personas naturales, se extingue en principio con la muerte de la persona y, de acuerdo con ello, una vez que ha muerto el titular del derecho lesionado, desaparece el objeto del recurso de amparo, reconociendo sin embargo la doctrina una excepción a esa regla, como son el derecho a la dignidad y a la imagen, a los que se le asigna eficacia post mortem; a cuyos supuestos se le asigna a los familiares legitimación para acudir al amparo en procura del reconocimiento del derecho violado”.

I. La acción de cesación.

Creo que debe admitirse el ejercicio de la acción de cesación en relación con la reproducción de la imagen de las personas fallecidas.

Es cierto que un fallecido no tiene derecho a la propia imagen, pero el más elemental sentido común dicta que la misma no pueda utilizarse, sin el consentimiento de los familiares próximos, que no tienen por qué soportar su divulgación.

De hecho, hay que recordar que, precisamente, la temprana regulación alemana del derecho a la imagen surge por la conmoción social que produjo el hecho de que se hubieran hecho fotografías del canciller Bismark en su lecho de muerte, sin el consentimiento de sus familiares.

a) La acción de cesación, tal y como hace el art. 16 CC boliviano, debe reconocerse a sus familiares, que no a los herederos²⁴.

En este sentido, no puede dejar de recordarse que las antiguas sentencias francesas que trataron casos de protección *post mortem* de la imagen de una persona fallecida, concedían la legitimación, precisamente, a los familiares, y no, a los herederos.

Así, la Sentencia del Tribunal Civil del Sena, de 16 de junio de 1858²⁵, afirmó que nadie tenía el derecho, a reproducir los rasgos de una persona sobre su lecho de muerte, sin el consentimiento formal de la familia, añadiendo que el derecho a oponerse a esta reproducción era absoluto y tenía su principio en el respeto, al que obliga el dolor de las familias y que no puede ser desconocido sin menospreciar los sentimientos más íntimos y respetables de la naturaleza y de la piedad doméstica. En el caso litigioso se condenó a quien había reproducido, en un dibujo, la fotografía de una persona famosa fallecida, hecha por encargo de su hermana, para tener un recuerdo de la misma, y que había sido mandada a retocar. El consentimiento familiar existió, pues, solamente para la realización de la fotografía inicial y para su posterior

24 V., a este respecto, la STCB 999/2006 -R de 09 de octubre.

25 Sentencia del Tribunal Civil del Sena, de 16 de junio de 1858 (Ann. prop. ind., 1858, p. 251),

manipulación, pero no, para que, con inspiración en ella, se realizara un dibujo, del que, a su vez, se sacaron treinta fotografías, destinadas a su comercialización.

En la Sentencia del Tribunal del Sena, de 11 de noviembre de 1859²⁶, se afirmó igualmente el derecho de la familia de toda persona muerta a oponerse a que el retrato de ésta pudiera ser objeto de cualquier publicidad, considerando ilegítima la exposición en un escaparate de la fotografía de una actriz fallecida, contra el consentimiento de su padre.

El art. 16 CC boliviano reconoce la legitimación para ejercitar la acción de cesación al cónyuge, descendientes o ascendientes del muerto, entre los que, además, habría que incluir los hermanos del mismo²⁷.

¿Debe tener este orden carácter sucesivo?

Considero que es lo más sensato²⁸, pues, a mi parecer, tiene escaso sentido que los descendientes, ascendientes o hermanos de una persona fallecida puedan accionar frente a una intromisión en la imagen de una persona fallecida, que haya sido consentida por su cónyuge viudo²⁹.

b) Parece prudente establecer un plazo para el ejercicio de la acción de cesación.

En este punto creo que debe seguirse lo dispuesto en España por el art. 4.2 LO 1/1982, la cual concede legitimación al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

c) No obstante lo dicho, debe excluirse la acción de cesación, cuando concurra un interés científico, histórico o cultural relevante que justifique la intromisión.

En la jurisprudencia española la STS 21 diciembre 1994 (RJ 1994, 9775), consideró legítima la reproducción del originario cartel anunciador del estreno de una obra lírica, "La Chulapona", que tuvo lugar en 1934, en la que aparecía la imagen

26 Sentencia del Tribunal del Sena, de 11 de noviembre de 1859 (Ann. prop. ind., 1860, p. 170).

27 Tal y como hace en España el art. 4.2 LO 1/1982, de 5 de mayo.

28 En contra, sin embargo, se pronuncia en España, explícitamente, el art. 5.1 LO 1/1982, según el cual, "Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido".

El art. 31 de la Ley 11.723 (235) 28 de septiembre de 1933, de Propiedad Intelectual, de Argentina, en su párrafo primero, dice que "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". El art. 33 de la misma Ley precisa que "Cuando las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación del retrato fotográfico o de las cartas, sean varias, y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad judicial".

29 V. en este sentido el art. 15 CC peruano, que establece la legitimación activa de los familiares en los mismos términos que en España hace el art. 4 LO 1/1982, precisando, sin embargo, que la enumeración procede "excluyentemente y en este orden".

de una famosa cantante de zarzuela. El cartel había sido reproducido en un poster y en libretos, con motivo de la reposición de la obra, sin la autorización de los hijos de la artista, uno de los cuales interpuso demanda de protección del derecho a la imagen de su madre, que fue desestimada en las dos instancias, renunciando el otro al ejercicio de cualquier acción.

El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación de la parte demandante, al entender que concurría, "como prioritario y relevante" un "fin cultural, que no es otro que el de mantener vivo y propiciar el resurgimiento de un género musical tan español como es la zarzuela". Respecto del carácter comercial de la intromisión, que la recurrente deducía de los ingresos obtenidos de la venta de los posters y programas, el Supremo consideró que "actuaron como meros medios para la mejor proyección del interés cultural acreditado".

2. La acción de responsabilidad por el daño moral.

En ocasiones, la publicación de la imagen de una persona fallecida, por las condiciones en que se realiza puede causar un daño moral a sus familiares próximos, que, en consecuencia, podrán reclamar la indemnización del mismo.

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto contemplado en Francia por la Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 20 de diciembre de 2000 (SJ 2001, II 10488), que confirmó la resolución recurrida, la cual había considerado que la publicación de la fotografía de un prefecto asesinado, en la que éste aparecía tendido sobre el suelo de una calle, y cuya cara y rasgos personales eran claramente visibles, constituía un profundo atentado de los sentimientos de aflicción de sus familiares y, por tanto, de su vida privada³⁰.

Debe reconocerse a los herederos la posibilidad de ejercitar acción de protección del derecho a la imagen de su causante, por intromisiones acaecidas en vida de éste, así como la sucesión procesal en juicios ejercitados cuando vivía.

En España el art. 6 LO 1/1982 atribuye a los familiares del difunto legitimación para ejercitar acciones de protección, cuando aquél hubiera fallecido, sin haberlas podido ejercitar en vida (por sí o por sus representantes legales); y, así mismo, en el caso de muerte del demandante en el curso del proceso, les permite la continuidad

30 El fundamento de la sentencia fue, sin embargo, la escueta afirmación de que la imagen publicada atentaba la dignidad de la persona humana. Sobre el referido principio, como límite de la libertad de información, trata, con extensión, GRIDEL, J.P.: "Retour sur l'image du préfet assassiné: dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité", D 2001, Chr., 872.

En España el ATC 242/1998, de 11 de noviembre (RTC 1998, 242), justifica esta sucesión procesal, afirmando que se trata de derechos "que se proyectan sobre el grupo familiar, trascendiendo de su titular", observando que no se produce "un llamamiento de los continuadores de la acción ya emprendida, o sucesores procesales, a título *iure successionis* sino *ope legis*, en tanto que el legislador así lo ha dispuesto expresamente".

en el ejercicio de la acción de protección civil de los derechos al honor; a la intimidad y a la propia imagen³¹.

No obstante, hay que tener en cuenta que los beneficiarios de la indemnización no son los familiares que ejercitan la acción, sino los herederos del difunto (que pueden coincidir, o no, con aquéllos), lo que, a mi parecer, es lógico, ya que, producida la intromisión en vida del ofendido, éste adquirió el derecho a percibir una indemnización por vulneración de un bien de su personalidad, el cual se integró en su herencia y se transmitió a sus sucesores³²; y ello, a diferencia de lo que acontece en el caso de ejercicio "post mortem" de la acción de protección civil del derecho a la imagen de una persona ya fallecida, en cuyo caso, tanto la legitimación para ejercitar la acción, como el derecho a percibir la indemnización, corresponden a los familiares de aquélla.

A mi parecer, sin embargo, resulta más lógico que, en el caso de acciones iniciadas en vida del ofendido, sean los herederos, que, en definitiva, van a ser los acreedores de la indemnización, quienes tengan capacidad para suceder en el proceso, por lo que es ésta la solución que voy a proponer:

a) La legitimación para el ejercicio de la acción de resarcimiento debe corresponder, exclusivamente, a los familiares que sufren el daño, y no a los herederos, lo cual todavía es más lógico que en el caso de la acción de cesación.

La razón es clara: no están reclamando por un daño moral resultante de la lesión del derecho a la imagen del fallecido, que ya no existe, sino, por el daño moral propio que experimentan al ver publicada en ciertas condiciones la imagen de una persona con la que tenían vínculos familiares estrechos.

A este respecto, hay que observar que en el Derecho español es a los familiares, a quienes el art. 4 LO 1/982 atribuye legitimación activa para ejercitar la acción³³; e igualmente, el art. 9.4 LO les señala como acreedores de la indemnización; y no, a los herederos del difunto³⁴, como, en cambio, establece el mismo precepto, en los casos de sucesión procesal de la acción, ya ejercitada en vida de la persona fallecida en el curso del proceso³⁵.

31 V. en la jurisprudencia española el ATC 176/2001, de 29 de junio (RTC 2001, 176).

32 El art. 9.4 LO dice, así, que "la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado".

33 Como hace el art. 20 CC brasileño.

34 V. en el mismo sentido el art. 10 CC italiano.

35 DEVERDA Y BEAMONTE, J.R.: "El derecho", cit., pp. 177-178, considera que el hecho de que se atribuya la legitimación para ejercitar la acción y la consiguiente indemnización a los familiares del difunto, y no, a sus herederos "es indicativo de que el daño que se repara no es el que experimenta la persona fallecida (que, en puridad no experimenta ninguno), sino el daño moral que sufren sus allegados, por la intromisión en el honor, intimidad o imagen del fallecido".

En el caso de que sean varias las personas que ejerciten la acción, lo lógico será que se reparta la indemnización entre ellas en proporción al respectivo perjuicio, lo que, en última instancia, dependerá de la decisión judicial³⁶.

b) Respecto del plazo para el ejercicio de la acción de reparación, parece conveniente seguir la misma tesis que respecto al de la acción de cesación.

Tendrán legitimación activa, exclusivamente, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

36 En efecto, el art. 9.4 LO precisa que "El importe de la indemnización por el daño moral en el caso del artículo 4 corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2 y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados".



IMAGEN Y PROPIEDAD INTELECTUAL

INTELLECTUAL PROPERTY AND IMAGE

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 50-75



María J.
REYES
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: Una imagen proyectada de manera indebida puede causar perjuicios a una persona, tanto en el ámbito material como familiar o social. Ello pone de manifiesto la pluralidad de derechos que se interrelacionan entre sí y que hacen necesario valorar, caso por caso, cuál de todos ellos es el que debe prevalecer en cada ocasión cuando se entienda que alguno de ellos pueda haber sido vulnerado.

PALABRAS CLAVE: Imagen, propiedad intelectual, fotografía, intimidad, espacios públicos, espacios privados.

ABSTRACT: A projected image improperly can cause harm to a person, in the material, family or social sphere. This shows the plurality of rights that are interrelated and that they need to assess, case by case, which of them is the one to prevail on each occasion it is understood that some of them may have been violated.

KEY WORDS: Image, intellectual property, photography, privacy, public and private places.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La sociedad actual es la sociedad de la información, pero también es la sociedad de la imagen.

El derecho a la imagen se consagra como un derecho fundamental de las personas, pero más allá de su configuración constitucional, la imagen de la persona o de determinadas personas tiene un valor concreto en el mercado. Por ello, su captación no provoca sólo un daño moral, sino también material, que debe indemnizarse cuando dicha captación se configure como una intromisión ilegítima.

El art. 18.1 CE otorga rango de fundamentales, a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lo que implica la facultad exclusiva del interesado a difundir o a publicar su propia imagen y, por tanto, su derecho a evitar la reproducción.

Lo expuesto justifica que la imagen puede ser objeto de protección y de análisis desde diversas perspectivas, entre las cuales hay que incluir la posibilidad de que pueda ser motivo de comercialización, de lo que deriva que, en ocasiones, se creen situaciones de las que surja algún tipo de colisión entre los derechos de autor y el titular de la imagen.

Imagen y derecho moral de autor están fuertemente relacionados entre sí. Por ello, la utilización indebida por parte de un artista de los rasgos que caracterizan a una persona sin su permiso hay que entender que supone una limitación a su creatividad, del mismo modo que la explotación sin consentimiento por parte de su autor. La única diferencia es que su defensa se canaliza a través de los derechos que su autor disfruta sobre ellas, o se reconduce a la protección al derecho al honor y al respeto de la intimidad a que todas las personas tienen derecho.

Distinto del derecho a la imagen, que se concreta sobre la propia persona, los rendimientos que sean el fruto de su actividad creativa, encuentran su respaldo normativo en la Ley de propiedad intelectual.

La propiedad intelectual significa que el autor de una obra literaria, científica o artística tiene “el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad”. Dicha obra está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuye

• María José Reyes López

María José Reyes López es Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Ha sido ponente en la Maestría Derecho Civil y Derecho y Procesal Civil en la Facultad de Ciencias jurídicas, políticas y sociales de la Universidad autónoma “Gabriel René Moreno”, de Santa Cruz de la Sierra. Es miembro del grupo de propiedad intelectual de la Universidad de Valencia, y forma parte de proyectos de investigación sobre esta materia.

al autor “la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”.

La consideración de la propiedad intelectual como un derecho privado significa, ante todo, que satisface primariamente intereses de tipo particular; es decir, intereses de los creadores de obras originales (art. 10 LPI) o de aquellas otras personas a las que la Ley atribuye otros derechos de propiedad intelectual. Pero, en segundo lugar, situados en el plano constitucional, significa que el derecho de propiedad intelectual es perfectamente incardinable en el art. 33.1 CE, que reconoce “el derecho a la propiedad privada”.

II. INTIMIDAD E IMAGEN

Uno de los planteamientos que ha merecido una mayor dedicación ha sido el relacionado directamente con el derecho a la intimidad y a la protección de la vida privada de las personas.

El derecho a la intimidad personal y familiar es el reducto más privado de una persona. Es un ámbito que está reservado al conocimiento de los demás y muy protegido puesto que su pretensión es que toda persona pueda controlar el acceso y la divulgación de información sobre su vida privada.

La legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas depende fundamentalmente del consentimiento del titular.

Si hay consentimiento del titular no hay violación del derecho a la intimidad. Ese consentimiento tiene que ser expreso y puede ser revocable en cualquier momento. En estos casos, no es importante si la información es veraz o no, porque el derecho a la intimidad se vulnera por la simple imputación de un hecho que forma parte de la esfera íntima y más personal de un ser humano. Así lo entendió la STS 6 noviembre 2003 (RJ 2003, 826), estableciendo que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares.

Este derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar; frente a su divulgación por parte de terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y

su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público.

Lo que el art. 18.I CE garantiza es, en consecuencia, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada.

Para apreciar si se ha producido una intromisión en la vida íntima de una persona, la Ley se detiene de forma particular en analizar el modo en que ha obtenido la información que incumbe a hechos pertenecientes a la privacidad de una persona; si los mismos se han expresado o no contando con el consentimiento previo por parte de su titular; y finalmente, si se ha producido un quebramiento de la confianza, como pueda suceder en aquellos casos en los que se hace una revelación de datos privados de una persona o de su familia, valiéndose del ejercicio de la actividad profesional u oficial de quien lo realiza.

En este extremo, el TC ha entendido que la divulgación de informaciones relativas al ámbito privado de cualquier ciudadano prevalece sobre las libertades informativas aun en el caso de que se trate de una persona de relevancia pública, salvo que pueda tener interés para la sociedad en razón del cargo o de los valores que representa, como destaca la fundamentada STS 16 noviembre 2009 (RJ 2010, 660).

Uno de los criterios que ha utilizado la jurisprudencia para discernir si se trataba de un atentado a la imagen o a la intimidad de las personas, ha sido el de atender a la naturaleza pública o privada del lugar donde se había producido la violación del derecho, diferenciando asimismo si era un personaje con relevancia pública y social o no, así como a la reputación del local o del entorno... Baste citar al respecto, las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que tienen por objeto la toma de fotografías de personas conocidas en el mundo del espectáculo o la STS 28 octubre 1986 (RJ 1986, 6015), que apreció la existencia de intromisión porque la enfermería estaba lejos del ruedo, lo que permitió considerar que no era un espacio abierto al público.

Inciendo en este aspecto, la SAP Barcelona 18 septiembre 2000 (AC 2000, 1737), para apreciar si se había producido una intromisión ilegítima en la vida privada de una persona, distinguió entre actos celebrados en el ámbito propio de la vida pública y los de carácter privado, así como en que las fotografías de proyección pública hubiesen sido obtenidas en un lugar abierto al público o no, declarando la inexistencia de lesión al derecho constitucional a la intimidad o a la propia imagen de personajes de notoriedad pública, cuando voluntariamente asisten a actos públicos, siguiendo el criterio consolidado desde la STS 28 octubre 1986, que ya señaló que quedan fuera de las prohibiciones del art. 7 LO 1/1982, las imágenes obtenidas fuera de los lugares o momentos de la vida privada de personas que ejerzan una profesión

de notoriedad o proyección pública, si la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Siguiendo estos parámetros, ha formado un cuerpo consolidado de doctrina jurisprudencial sobre la toma de fotografías de personajes públicos en playas sin contar con su consentimiento.

Sobre este extremo es especialmente relevante la STS 18 noviembre 2008(RJ 2008, 6054), que hace acopio de la corriente jurisprudencial que se ha formado sobre este punto. Dicha sentencia establece criterios diferenciadores en atención a dos extremos. El primero de ellos es el concerniente a establecer reductos de privacidad diferentes según se trate de personas con o sin trascendencia pública o social. El segundo extremo lo pone en relación con las circunstancias que rodearon el conseguir la captación de la fotografía; esto es, si se tomó en un lugar de fácil acceso a los demás o si fue tomada contraviniendo determinados reductos de privacidad de las personas.

Partiendo de este planteamiento determina que las circunstancias valoradas por la jurisprudencia para considerar ilícita la publicación de imágenes playeras de personas de notoriedad o proyección pública en lugares públicos, se basan en lo apartado o recóndito que se encuentre el lugar escogido para tomar el sol o pasar el día de playa. Sobre esta consideración versó el hecho que dio lugar al pronunciamiento fallado en sentido contrario en la STS 7 abril 2004, porque, pese a ser la demandante una modelo de fama internacional fotografiada desnuda mientras tomaba el sol, al encontrarse en la cubierta de un yate, se entendió que lo estaba haciendo en un lugar privado¹.

En sentido opuesto y, con relación a personas sin relevancia social que practican el nudismo, la jurisprudencia ha entendido que la toma de imágenes sin contar con su consentimiento supone una violación de su derecho a la intimidad, diferenciando asimismo si se trata de un espacio acotado para el ejercicio de dicha actividad o no.

III. FOTOGRAFÍA E IMAGEN

I. Planteamiento

Uno de los medios de captar la imagen de una persona tiene lugar mediante la realización de una fotografía.

¹ En el mismo sentido, las SSTC 139/2001, de 8 de junio, y 83/2002, de 24 de abril, no apreciaron intromisión ilegítima pese a su indudable relevancia pública, por entender que las situaciones fotografiadas afectaban únicamente a su vida privada.

La plasmación de la imagen de una persona en una fotografía sin contar con su consentimiento no siempre puede suponer una violación del derecho a la imagen, o sólo de éste, puesto que pueden presentarse situaciones en las que se lesionen igualmente otros derechos. En concreto, la protección al derecho a la imagen de la persona fotografiada puede colisionar con otros derechos como el derecho a la información o a la protección del derecho de autor que corresponde al fotógrafo sobre su obra... sin perjuicio de que el ámbito de tutela de cada uno de ellos sea distinto.

Tomando como punto de partida esta premisa, desde la perspectiva de la persona fotografiada, se tendrá que tener en cuenta, según el modo de captación de dicha imagen, si ha habido o no una intromisión ilegítima en su esfera privada mientras que, desde la posición del fotógrafo, los derechos que le corresponden según se le atribuya a su obra valor creativo o no; haya mediado o no consentimiento por parte del titular de la imagen y el destino y explotación que pretenda dar a la misma.

Una perspectiva distinta se plantea en el supuesto de que haya que analizar la tutela que debe dispensarse al autor de una fotografía en el caso de haber realizado una foto a una persona sin su permiso dentro de un paisaje y la foto pueda llegar a ser digna de merecer un premio. O dicho en otros términos, ¿las fotografías urbanas de la gente paseando por la calle, están vulnerando la intimidad de las personas? ¿Suponen una apropiación indebida de la imagen?

Esta cuestión precisa diferenciar entre obra fotográfica y mera fotografía, puesto que el TRLPI establece una doble regulación, que obliga a delimitar, con carácter previo el valor de la fotografía como creación artística, de cuando se trata de una mera fotografía en que la persona no pasa de ser considerada un elemento más del entorno.

Circunstancia, que obliga, a su vez, a deslindar cuándo se trata de obra artística, de cuando no reúne las condiciones suficientes para que pueda ser valorada como tal.

Imagen y derecho moral de autor mantienen una estrecha relación, si bien cada uno de estos derechos se proyecta sobre ámbitos de protección diferentes. Respecto a este último, la utilización indebida por parte de un artista de los rasgos que caracterizan a una persona sin su permiso supone una limitación a su creatividad, al igual que la explotación sin consentimiento por parte de su autor; lo que canaliza su defensa a través de los derechos que su autor disfruta sobre ellas. Mientras que, en la primera situación, se reconduce al derecho al honor y al respeto de la intimidad a que todas las personas tienen derecho.

Distinto del derecho a la imagen, que se concreta sobre la propia persona, la actividad creativa, cuyo objeto reside en la imagen de una persona, encontrará su

marco normativo en el TRLPI, si bien, no por ello deja de ser igualmente relevante la protección de la persona sobre su imagen. Sólo significará que, en este caso, concurrirán derechos diferentes.

En caso de conflicto de intereses, como puso de manifiesto la STS 29 marzo 1996(RJ 1996, 2371), aunque la Constitución reconoce y protege el derecho a la producción y creación artística en el art. 20.1, b) y que, para su desarrollo y adaptación a las tendencias predominantes en los países miembros de la Comunidad Europea, se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual de 11 noviembre 1987, correspondiendo tal propiedad al autor de la obra artística por el solo hecho de la creación (art. 1), expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía -art. 10.1, h)- y correspondiéndole el derecho a exigir respeto a su integridad y los derechos de explotación (art. 14.4.º y 6.º, y art. 17); tal libertad y derecho tienen su límite en el propio art. 20.4 de la Constitución, cuando dice: “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y...”, ocurriendo que en el art. 18.1 “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, desarrollándose su contenido en la LO 1/1982.

El carácter prevalente de estos derechos de la personalidad supone consiguientemente un límite a los derechos de autor, si bien éstos no se reconocen para todas las fotografías sino sólo para aquéllas que tengan un componente de originalidad, innovación o creatividad.

2. Fotografía en lugares abiertos al público

El estudio jurisprudencial ha puesto de relieve la vinculación existente entre los elementos materiales del entorno y su proyección sobre la “imagen” personal, familiar o social de una persona, distinguiendo si se trata de personajes públicos o privados, al mismo tiempo que si la imagen es captada en un espacio abierto al público o considerado privado.

Por espacio público cabe entender el lugar donde cualquier persona tiene el derecho de circular libremente. Por tanto, es aquel espacio de propiedad pública, dominio y uso público, en oposición a los espacios privados, donde el paso puede ser restringido, generalmente por criterios de propiedad privada.

Como anteriormente se ha señalado, los límites que impone la protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son

distintos según se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, o de personas anónimas.

En el primer caso, no habrá intromisión ilegítima si la imagen ha sido captada durante un acto público o en lugares abiertos al público mientras que respecto a personas que no tengan relevancia pública, si se fotografía un sujeto anónimo de manera que pasa a formar parte de la composición artística de una fotografía como un elemento más pero sin ser determinante en la fotografía, se entiende que no se produce vulneración del derecho de intimidad porque no es el objeto principal de la foto. Sin embargo, con relación a la explotación de esa imagen, si se obtienen beneficios de carácter económico, los tribunales reconocen el derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Aunque la jurisprudencia ha sido prolija en el número de pronunciamientos existentes sobre protección de estos derechos de la personalidad, no sucede lo mismo respecto a la publicación de fotografías sin contar con el consentimiento de su titular:

Una de las pocas sentencias que se han manifestado al respecto ha sido STS 29 abril 2009(RJ 1996, 2371). En ésta se desestima que se hubiese producido una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de un conocido atleta del que se utilizó la foto en un libro científico de una de sus competiciones con la indumentaria del equipo de la selección, por entender que se trataba de un personaje público, cuya foto había sido obtenida en una de sus participaciones en pruebas de atletismo de carácter público y aparece como accesorio en la composición del conjunto de la portada del libro, de la que no ocupaba más de un tercio de la fotografía y dicha reproducción no se utilizó con fines publicitarios comerciales.

También la SAP Madrid 27 febrero 2006 (AC 2006, 502) cuestionaba si se había vulnerado por parte de una publicación, la imagen de una funcionaria en una de las fotografías de las constaba un reportaje que versaba sobre el deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia, dándose la circunstancia de que dicha toma había sido realizada en su despacho, donde se encontraban varios expedientes acumulados sobre su mesa. No se reconoció que dicha fotografía supusiese una intromisión ilegítima de su imagen porque además de no haber mostrado oposición a posar para el reportaje, se consideró que era un elemento accidental de la fotografía y de la información vertida en el artículo.

Resultaría más cuestionable, sin embargo, esta respuesta en el caso, por ejemplo, de que dicha fotografía hubiese concursado a un premio y hubiese ganado. A este respecto, habría que diferenciar entre los derechos que corresponden al titular de la imagen y los derechos que corresponden al fotógrafo.

Como se ha venido poniendo de relieve, la persona cuya imagen ha sido captada tiene derecho, tanto a proteger su intimidad y su imagen, como a ceder los derechos patrimoniales sobre la misma, para actos concretos o realización de actividades concretas en general, como publicidad... Pero junto a ello y, de otra parte, el autor de una fotografía tiene asimismo derecho, al menos, a realizar los derechos de explotación derivados de la obra, de forma que se produce una interrelación de intereses entre el titular de la imagen y el de la obra.

Los derechos que corresponden a todo autor de fotografías se concretan en el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, en los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización. Ninguno de éstos podrá ser ejercitado si no media consentimiento por parte de quien figura en la fotografía. Pero simultáneamente el titular de la imagen requerirá asimismo el consentimiento del fotógrafo para poder hacer uso de las mismas puesto que no es dueña, ni del soporte en el que su imagen figura, ni tampoco de la obra, considerada en sí misma.

La presentación en un concurso..., implica la realización de un acto de divulgación y de exposición de la obra que requiere del consentimiento del titular que figura en la imagen. Por tanto, la disposición de forma indebida de esa imagen, sí podría vulnerar la intimidad o suponer una violación del derecho de imagen que corresponde a dicha persona. No obstante, sería necesario, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, tomar en consideración cuál es el objetivo pretendido en la fotografía y el valor que aporta la representación de esta persona dentro de ese marco.

Otro criterio que también habría que considerar sería el relativo al espacio que esta ocupa persona en la fotografía e, igualmente el motivo por el que se encontraba en la imagen. Así, la STS 2 julio 2004 (RJ 2004, 5093), reconoció que cabía apreciar intromisión ilegítima en la imagen de una familia que había sido fotografiada en un reportaje que versaba sobre las compras realizadas en una gran superficie porque ésta se encontraba en primer plano y ocupaba una gran parte de la información.

Y, es que, en este sentido, no puede tener el mismo valor, por ejemplo, una persona atravesando una vía pública de modo casual entre otras muchas, que ser el centro de la fotografía.

Estos últimos criterios serán determinantes en el supuesto de que una persona sea fotografiada por encontrarse próxima a una obra situada en la vía pública.

Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales. Por tanto, cuando el

objeto de la fotografía sea alguna de estas obras y la persona haya sido encuadrada dentro de este marco de forma accidental, este supuesto no podrá ser considerado una intromisión ilegítima sobre el derecho que la persona tiene sobre su imagen, ni tampoco sobre su intimidad.

Hay que considerar finalmente que no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni aquellas en las que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

3. La protección de las fotografías en el TRLPI: fotografías con valor artístico y meras fotografías

Con carácter genérico, corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma. Entre éstas, el TRLPI establece una serie de actividades merecedoras de dicha protección, entre las que menciona en su art. 10, apartado h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía...".

Reconoce, en consecuencia, la existencia de derechos de autor sobre fotografías de manera expresa, a condición de que cuenten con el elemento de la originalidad².

Pero no todas ellas reúnen este presupuesto. De ahí, que el TRLPI dispense una protección diferente a las que califica de meras fotografías, de forma más limitada, al no resultarle de aplicación las disposiciones del Libro I, dedicado al derecho de autor; puesto que en ellas no se puede valorar el elemento de la creatividad. Su tutela será igualmente durante menos tiempo: veinticinco años desde la realización de la fotografía (art. 128 TRLPI).

Pero la delimitación entre el carácter artístico entre una y otra no siempre resulta fácil, máxime, como sucede en este caso, en el que la aportación intelectual y creativa se realiza a través de un aparato, como es la máquina fotográfica y donde la valoración de su originalidad puede rayar en criterios muy subjetivos³.

No sólo la doctrina ha mostrado razonables dudas a esta distinción sino que la propia Directiva 93/98/CCE del Consejo de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, también puso de manifiesto dicha dificultad, cuando en su art. 6, relativo a la protección de fotografías, establece como único requisito que las fotografías que constituyan originales deben poder ser consideradas creaciones

2 V. en este sentido VALERO MARTÍN, E.: *Obras fotográficas meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

3 V. al respecto VICENTE DOMINGO, E.: "Las personas fotografiadas: derechos a la imagen y a la propiedad intelectual", en AA.VV.: *Fotografía y derecho de autor* (coordinados por M. SERRANO FERNÁNDEZ), Reus, Madrid 2008, pp. 77-121.

intelectuales propias del autor; lo que debe complementarse con lo dispuesto en su Considerando 17, que siguiendo el criterio del Convenio de Berna, entiende que la fotografía debe estimarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad sin que se tome en consideración ningún otro criterio como el mérito o la finalidad, dejando finalmente al arbitrio de cada Estado miembro la posibilidad de proteger a las demás fotografías.

A tenor de ello, como ha destacado algún autor, la dificultad en su captación, la espectacularidad de la toma o la excepcionalidad de la situación, nada tienen que ver con la condición de obra⁴.

Sin perjuicio de ello, la originalidad podrá resultar tanto de su captación como de su ejecución.

Diversamente, la mera fotografía se ha definido en sentido negativo por carecer de los requisitos que conforman la obra fotográfica, incumbiendo, en todo caso, demostrar el carácter artístico de una fotografía a quien lo alegue.

A este respecto, la STS 29 marzo 1996 (RJ 1996, 2371) entendió que el carácter artístico de una reproducción fotográfica, sólo es estimada como tal, por parte de los usos sociales y de la ley cuando el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produce la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer meramente reproductor del fotógrafo que fija por medios químicos la imagen captada en el fondo de una cámara oscura.

Los derechos del realizador de la mera fotografía son los de reproducción distribución y comunicación pública que refiere el art. 18 LPI y con los límites recogidos en los arts. 31 y 37 por así desprenderse del art. 132. En este sentido el realizador de una mera fotografía no ostenta derechos morales de autor sobre ésta, ni otros derechos exclusivos.

La jurisprudencia es contraria a reconocer a las meras fotografías el reconocimiento de derechos morales como el de paternidad a sus autores, si bien concede el derecho a percibir una indemnización. Así lo reconoció la STS 31 diciembre 2002(RJ 2002, 10758), estableciendo que el autor de las obras calificadas de meras fotografías tiene el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos que los reconocidos en el TRLPI a los autores de obras fotográficas, a los que corresponde además los derechos conocidos como morales o la más reciente SAP Barcelona 1 febrero 2005

4 V. en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al art. 10 LPI", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1989, p. 240.

(Jur 2005, I 18772), cuyo objeto de litigio versó sobre una fotografía realizada a un modelo que fue contratado para incluir su foto en un catálogo, que posteriormente no se incluyó, por lo que fue entregada al modelo y éste a su vez la vendió a una empresa.

Dicha empresa, sin contar con el consentimiento, ni asentimiento del fotógrafo, usó esta imagen, utilizándola en el envoltorio de uno de sus productos que comercializó y utilizó, asimismo, en un dominio de internet y en campañas publicitarias en la televisión.

La sentencia no reconoce que se trate de una obra fotográfica con valor artístico puesto que entiende que la foto del modelo se limitó a reproducir la anatomía del modelo contratado, con la finalidad de destacar la complexión atlética de su torso.

Considera que dicha fotografía no tiene valor artístico porque aunque el pecho aparezca húmedo, ni ese detalle, ni la utilización del blanco y negro, ni las demás circunstancias que configuran la fotografía determinan que se aprecie o se desprenda la impronta o la personalidad de su realizador. Toma además en consideración dos aspectos. Uno de ellos, que el encargo se realizó para un catálogo de bañadores, en los que participaban otros modelos, primando más en ellos el aspecto meramente comercial que el creativo. El otro, que dicha fotografía tampoco tenía caracteres que permitiese establecer algún elemento distintivo respecto a las demás fotografías incluidas en el catálogo, que la hiciese tributaria de calificativo distinto al de mera fotografía dado los contornos comparativos entre la una y de las otras.

4. Limitaciones al derecho de los fotógrafos sobre su obra

Que el fotógrafo ostente los derechos sobre su obra no significa que pueda explotar la imagen reproducida, de la misma forma que el derecho a la imagen no altera la titularidad de la propiedad intelectual, aunque pueda afectar a sus posibilidades de ejercicio efectivo.

Si bien se trata de esferas de protección diferente, el derecho de autor se encuentra limitado por la concurrencia de derechos que inciden sobre la imagen de una persona.

En el caso de una fotografía concurren inicialmente dos derechos: el de protección de la imagen e incluso, de la intimidad o del honor de una persona y el de propiedad intelectual.

Se trata, sin embargo, de derechos diferentes, en el que cada uno se atiene a un régimen jurídico distinto, sin perjuicio de que exista una limitación recíproca

entre ambos derechos, que, ni excluye, ni, como ha señalado algún autor, obliga a oponerlos como si fuera necesario optar entre uno y otro⁵.

En estos casos, para apreciar si hay colisión de derechos habrá que valorar en atención a cada contexto, si ha mediado o no el consentimiento por parte del titular del derecho a la imagen, y, en su caso, si éste se ha prestado para un acto concreto o en general; si se trata de fotografías obtenidas en lugares o espacios públicos de un personaje anónimo o con relevancia pública o social, así como finalmente, si los derechos de explotación de dicha fotografía se han realizado con el ánimo de comercializar con dicha imagen como objetivo primordial por ser el centro de la fotografía o no, por considerarse un elemento más dentro de la misma.

En este sentido, y como premisa, como apunta la anteriormente citada STS 29 marzo 1996 (RJ 1996, 2371), está implícitamente asumido en la realidad social que el mero posado en una fotografía no permite presumir que comporta que el fotógrafo pueda hacer uso de la imagen a su antojo.

Como ha sido puesto de manifiesto, de ser así, nadie contrataría los servicios de un fotógrafo si ello implicase que pudiese utilizar la imagen captada en su propio beneficio y servirse de ella sin consentimiento de su autor, bien para emplearla con fines publicitarios, de exposición...

Cualquier uso de la misma -comercial o no- está condicionado a la previa autorización del fotografiado, sin más excepciones que las previstas en el apartado 2, del art. 2 LO 1/1982, que para no apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido requiere autorización expresa por Ley o consentimiento expreso del titular del derecho.

Consecuencia de lo expuesto es que el fotógrafo, por tanto, con carácter previo a poder ejercitar los derechos correspondientes a la explotación de su obra, en todo caso, de contenido meramente patrimonial o, los derechos morales, si su obra reúne los presupuestos suficientes para ser considerada una obra con valor artístico, requiere el consentimiento del retratado, con independencia de que el encargo sea retribuido o no, salvo que la fotografía se haya tomado en un espacio público y la imagen de dicha persona no pueda considerarse un elemento imprescindible de la misma cuando se trate de personajes anónimos o, para personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, que la imagen haya sido captada durante un acto público o en lugar abierto al público.

5 V. en este sentido CASAS VALLÉS, R. y SOL MUNTANOLA, M., "Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo (Nota a una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona). Notas y comentarios jurisprudenciales", "Revista del Poder Judicial", núm. 30, junio 1993, p. 6.

5. Imagen y bienes

Es un hecho cada día más frecuente en la actualidad que se recurra a utilizar determinadas imágenes de edificios, esculturas... como referencias emblemáticas de pueblos, ciudades...; o a identificarlas con vivencias concretas de sentimientos, épocas en la vida, referencias históricas..., llegando a plasmarlas y hacer uso de ellas gráficamente en fotografías, postales, películas, reportajes...

El estudio jurisprudencial ha puesto de relieve, de una parte, la vinculación existente entre los elementos materiales del entorno y su proyección sobre la "imagen" personal, familiar o social de una persona, que son los resultantes de relacionar esa imagen con un lugar concreto, pudiendo llegar en algunas ocasiones a adquirir protagonismo propio, de forma que, junto al derecho a la imagen, centrado en la protección de todos aquellos aspectos vinculados con los rasgos que *per se* describen a un individuo, la utilización de determinadas imágenes del ambiente que le rodean... ha sido empleada en más de una ocasión, con el fin de perjudicarlo o, al menos, de aportar alguna información sobre aspectos precisos de su vida, ya sea en su faceta sentimental..., sobre su solvencia patrimonial... afectando, por ejemplo, a la intimidad de un personaje que ostente un cargo público o con cierta relevancia social, a quien se fotografíe su domicilio... y que ello propicie comentarios o investigaciones sobre su situación económica, vida afectiva..., puesto que ello puede inducir a relacionar un determinado tipo de vida con las personas que frecuentan esos barrios o locales⁶... que puede llegar a traducirse en que la imagen que se proyecte en relación con esa persona pueda dañar además de su imagen, también su honor⁷.

Muchos han sido los pronunciamientos jurisprudenciales que han atendido al carácter público o privado del lugar; así como a la reputación del local o del entorno... para juzgar si se ha lesionado algún derecho de la persona. Baste citar al respecto, las numerosas sentencias del TS que tienen por objeto la toma de fotografías de personas conocidas en el mundo del espectáculo en playas... o en lugares poco

6 V. en este sentido SAP Barcelona 7 octubre 2005 (JUR 2006, 29709), fotografía efectuada al recoger en la calle una propaganda de clubs de alterne publicada en periódico en la que alega intromisión ilegítima en la intimidad del afectado, desestimando la pretensión.

7 EITC en más de una ocasión ha tenido que resolver supuestos en los que se encontraban afectados la protección de ambos derechos. V. al respecto, SSTC 156/2001, de 2 de julio y 83/2002, de 24 de abril. También el TC se ha pronunciado, estableciendo las diferencias entre el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen en su STC 139/2001, de 18 de junio, dejando determinado que "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, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que 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".

comunes⁸ o el denominado caso Paquirri⁹, del que se apreció la existencia de intromisión porque la enfermería estaba lejos del ruedo, lo que permitió considerar que no era un espacio abierto al público; o la SAP Barcelona 14 abril 1994 (AC 1994, 677), consistente en la toma en un vídeo doméstico de la imagen de varias personas en un establecimiento dedicado a la prostitución¹⁰. En todos estos supuestos se hace hincapié en la primera función que desempeña el derecho a la imagen, consistente en hacer prevalecer su pertenencia a la persona como bien de carácter personalísimo. Pero además de ello, este derecho también tiene una proyección en el ámbito patrimonial, correspondiente a su vertiente económica, cuya función es concretar quién tiene derecho a explotar la imagen y, en su caso, a quién corresponde percibir los derechos de autor cuando haya existido una utilización indebida de ella por parte de otra persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga y no conste el consentimiento del sujeto afectado, así como su duración, puesto que la imagen no se puede vender a perpetuidad.

Próximo también con la imagen aunque desvinculado de la consideración de derecho de la personalidad, existe otro supuesto en el que, al contrario de lo que se ha expuesto hasta ahora, los protagonistas no son las personas sino los inmuebles. Ello puede plantearse con la aparición continuada de determinados planos de un inmueble en una película, con la foto que acompañe a un artículo divulgativo... que hagan del bien su principal protagonista pero su utilización implique un uso indebido o también en el que la conexión de un bien con una persona pueda cuestionar si se transgrede o no ese derecho a la imagen, como se puso de relieve en la SAP Madrid 28 junio 1999 (JUR 2002, 62041), con motivo de la emisión el día de los Difuntos de un reportaje en televisión realizado sobre un mausoleo de titularidad de la actora en el que se encontraban sepultados los restos mortales, entre otros, de la madre

- 8 V. en este sentido STS 21 octubre 1997 (RJ 1997, 7176). En el fallo se destaca que aunque no cabe lugar a dudas que don Alberto C.A. es una persona muy conocida en el ámbito financiero y social, una reserva federal de caza en el Estado de Kenia, es un lugar al que puede tener acceso el público en general, por lo que no cabe apreciar que se haya producido una intromisión en su intimidad; a lo que añade en su consideración, que las posturas de los protagonistas de las fotografías publicadas tampoco requerían una especial intimidad.
- 9 La STS 28 octubre 1986 (RJ 1986, 6015) entendió que la ley prohíbe la captación de "las imágenes del torero inmediatamente siguientes a la cogida que determinó su fallecimiento, especialmente las correspondientes a su ingreso y estancia en la enfermería de la plaza, lugar que, por sus características y finalidad, confiere necesariamente carácter privado de cuanto allí sucede". La captación y la reproducción de imágenes está permitida "siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, circunstancias que en manera alguna concurren en la enfermería de una plaza de toros, sea cualquiera el número de personas que en un determinado momento tengan acceso a ella"; distinguiendo también entre la divulgación de esas imágenes que fueron difundidas según es notorio por Televisión Española y que fueron reproducidas por el programa "Informe Semanal" cinco días después del suceso, lo que se reputa "información inmediata de un suceso con resonancia pública, y la comercialización posterior, con ánimo de lucro, de esa misma información, incluyendo las imágenes de los últimos momentos de la vida del torero herido".
- 10 El día 21 de junio de 1992 se emitió por la cadena de televisión TV3, dentro del programa "30 Minuts", un reportaje sobre la prostitución en Barcelona de una duración aproximada de 30 minutos; durante este reportaje aparece una secuencia de 27 segundos de duración, consistente en un travelling o barrido de cámara efectuado con un vídeo doméstico, tomada en el interior de un establecimiento público, identificado como el local "Long Ness", tomado de forma oculta y sin autorización alguna, en el que se ven a una serie de personas, hombres y mujeres, entre las que se encuentran las integrantes de la parte actora, que reconocen en la demanda que se dedican a la prostitución.

de la demandante, y en el que un personaje, acercándose a la dicha tumba, departía figuradamente con el fallecido sepultado, contando chistes sobre muertos¹¹.

Con carácter genérico, corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma. Entre éstas, la propia Ley de propiedad intelectual establece una serie de actividades merecedoras de dicha protección, entre las que se encuentran:

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.

h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía...”.

Por tanto, en el ámbito de la edificación, no se concede una protección específica a los “nuevos diseños” en obras ya acabadas salvo que se considere una obra muy diferente a las ya existentes. Sin embargo, esa necesidad fue reconocida y recogida en la Convención de Berna, que en su art. 3 precisó que las obras arquitectónicas son merecedoras de una especial protección y tutela.

Inicialmente en España también se participó de dicha valoración en los debates parlamentarios que se celebraron con ocasión de la preparación de la Ley de propiedad intelectual, que establecía que los inmuebles terminados quedaban afectos a derechos de autor; si bien esa idea no prosperó finalmente, al ser rechazada en sendas enmiendas del Congreso y del Senado, por lo que actualmente ha quedado contemplada en el art. 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, como se acaba de transcribir:

Reconoce, en consecuencia, la existencia de derechos de autor sobre planos o aportaciones de carácter intelectual de manera expresa, a condición de que cuenten con el elemento de la originalidad, limitando, por tanto, su protección a lo que pudiera calificarse de meros aspectos técnicos y, dejando relegados los

11 El pronunciamiento no apreció, sin embargo, vulneración del derecho a la propia imagen o intromisión ilegítima en la intimidad personal o familiar por entender que “... no existe acontecimiento o aspecto de la vida del difunto, incluido en el núcleo de relaciones familiares, cuya divulgación por el precitado reportaje haya dado a conocer, a los demás, actividades propias del círculo íntimo o privado del mismo, con intromisión ajena en la esfera de la intimidad personal y familiar de su hija, la actora. Ni las imágenes reproducidas inciden en el ámbito de la intimidad personal o familiar de la actora, ni la captación y reproducción de esas imágenes constituyen una intromisión ilegítima en tal ámbito de intimidad por mucha intensidad que quiera darse al núcleo de ésta, ya que no es la muerte de la madre o familiares fallecidos la que se divulga o sobre la cual se efectúen comentarios y vejaciones, sino que lo que se divulga es la imagen de una tumba, en un cementerio, lugar público aunque sujeto a determinada reglamentación, no divulga aspecto alguno de la vida del fallecido que pueda hacerse extensivo a la intimidad propia de la actora por su vinculación familiar con el mismo”.

“aspectos visuales”, salvo que éstos cuenten con la nota de la originalidad, en cuyo caso cabría ampliar la cobertura legal a dichos supuestos dado que es opinión unánime entender que el contenido de dicho precepto es meramente enunciativo. Aun así, estos derechos no tienen carácter absoluto puesto que deben ponerse en relación con la limitación impuesta en el art. 14 del TRLPI, que parece condicionar la protección de los edificios, al indicar la propia normativa reguladora de la propiedad intelectual, que “las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales”, lo que hace prácticamente inviable acoger a los inmuebles en este ámbito de tutela, cuando se encuentren en la vía pública.

Partiendo de ese carácter notorio de determinados inmuebles, se han dado pronunciamientos judiciales, como el ya citado de la STS 2 julio 2004 (RJ 2004, 5093), o el expresado en la STS 14 julio 2004 (RJ 2004, 4677), que destaca la necesidad de proteger la vida privada y de proclamar la existencia de un área privada en la que nadie puede penetrar, sin el consentimiento de la persona interesada, que tiene como objeto una vivienda en la que se realiza un montaje fotográfico de la imagen de una actriz, superpuesta a dos instantáneas del exterior de su casa y del interior de su dormitorio.

También los tribunales se han pronunciado respecto a determinadas prácticas comerciales que establecen como requisito imprescindible que todos sus establecimientos adopten una determinada imagen. En concreto, en la SAP Madrid 3 septiembre 2003 (TOL 324691), se demandó por apreciar la existencia de similitud en los elementos acompañantes de los alimentos, vestuario del personal y características de los productos de un establecimiento, imitando el modo de hacer de una cadena de restaurantes de comida rápida natural, así como una coincidencia casi absoluta de la decoración interior y exterior, entendiéndose que se estaba produciendo un aprovechamiento indebido de la reputación ajena creando confusión, fallando la sentencia, en los aspectos referidos a la propiedad intelectual, que se instase la modificación de la configuración exterior e interior de los locales, a fin de modificar la imagen de los mismos. Igualmente la ubicación física del inmueble es tomada en consideración en el supuesto de hecho que da lugar a la SAP Cantabria 30 mayo 2006 (AC 2006, 851), con motivo de la convocatoria de concentraciones en proximidades al despacho profesional del procurador del actor; puesto que se relaciona el lugar de trabajo con la intimidad de la persona que despidió a sus empleados, así como a su imagen profesional.

Las mismas dudas pueden surgir con relación, no sólo a los edificios, sino a otros elementos arquitectónicos. En concreto, la STS 6 noviembre 2006 (RJ 2006, 8134), se pronunció con ocasión de una controversia surgida con motivo de la demolición

de un muro en el que se habían plasmado las pinturas de los ganadores de un concurso de pinturas murales, alegando precisamente que se había lesionado el derecho moral de su autor al haber procedido a derribarlo sin haberlo puesto en conocimiento de sus artífices.

Otras decisiones jurisprudenciales han entendido, sin embargo, que la utilización de la imagen comercial de un bien es un atributo del derecho de propiedad.

En derecho francés, durante una breve temporada, varias de sus resoluciones judiciales reconocieron un derecho a la imagen sobre los bienes inmuebles, al apreciar la existencia de una relación particular entre dicho bien y su propietario y constatar que personas, ajenas a la titularidad de esa propiedad, se estaban enriqueciendo a expensas de ella, a resultas de la explotación de la imagen de ese bien; sin perjuicio de que pudiese darse también la circunstancia de que la utilización indebida o sin el pertinente consentimiento por parte de su titular pudieran suponer al mismo tiempo una intromisión ilegítima sobre el derecho a la intimidad o al honor de su propietario.

El distinto enfoque que plantea en el derecho francés radica en que la protección de la imagen se hace, o bien desde la perspectiva del derecho a disfrutar de la vida privada, reconocido en el art. 9 de su CC, o bien dentro del haz de facultades comprendidas dentro del derecho de propiedad, en cuyo caso, se entendería que el derecho sobre la imagen de los bienes no es más que una de esas manifestaciones, como queda reconocido en su art. 544.

Hubo una proposición de Ley de 16 de julio de 2003, que no prosperó, que pretendía regular el derecho a la imagen con autonomía propia, de manera independiente del derecho a la intimidad. Dicha propuesta también preveía incluir el derecho a la imagen sobre los inmuebles, introduciendo en el art. 544.I CC francés que: "cada uno tiene derecho al respeto de la imagen de los bienes de los que es propietario. En todo caso, la responsabilidad del que utiliza la imagen de un bien de otro no podrá verse comprometida en ausencia de daño causado por la utilización del propietario de ese bien". La ambigüedad que presentaba este texto permitía valorar dicho derecho como una fusión entre derecho subjetivo y responsabilidad civil, pero ello contaba con el criterio opuesto por parte del Tribunal de Estrasburgo que siempre ha sido reacio a que el tratamiento del derecho a la imagen fuese tratado en un terreno distinto al que corresponde al derecho de propiedad, entendiéndolo que si un tercero utiliza una imagen con fines mercantiles en la vía pública sin acuerdo del propietario, se deberá proceder al remedio de la reparación económica, dado que éste ha sufrido un detrimento en su propiedad; en cambio, se podrá recurrir a la responsabilidad civil cuando meramente se lesionen los derechos morales de su propietario o se trate de un supuesto que verse sobre la difusión no lucrativa de la imagen.

Esta idea fue objeto de polémica a instancias de un pronunciamiento, que tuvo una notable repercusión entre los juristas franceses. En efecto, la Cour de Cassation francesa, a partir de una sentencia de 10 de marzo de 1999, en la que se reclamaba con motivo de la explotación de la imagen de un edificio que se utilizaba como reclamo publicitario, recondujo el derecho de autor sobre el inmueble del propietario a la explotación de un derecho económico que redundaba en perjuicio del derecho de propiedad de su autor sobre el mismo, lo que le suponía una pérdida económica.

El supuesto de hecho sobre el que se pronunció esta sentencia tuvo como objeto de su pretensión que una determinada empresa comercializó y vendió fotografías de la fachada de un edificio, que se había hecho famosa durante la segunda guerra mundial. La empresa que había allí, que era un hotel, vendía también fotos y otros objetos de recuerdo en las que comercializaba la imagen de su propiedad. El Tribunal dio la razón a la propietaria, basándose en que la explotación de esa imagen era una facultad que correspondía a su titular; al considerarla una atribución más de su derecho de propiedad.

Es este punto precisamente en el que los Tribunales franceses han querido fundamentar la protección de la imagen de los edificios: en que su explotación corresponde única y exclusivamente al propietario material del inmueble. Al aceptar, sin embargo, esta afirmación se ha excluido el recurso tanto a la vía de la responsabilidad extracontractual como a la derivada del ejercicio de las acciones para hacer valer la propiedad intelectual de su autor. Para ello se ha alegado, respecto de la primera, que sólo es posible invocarla cuando se ha producido una lesión en el patrimonio de su propietario, pero no así cuando se trata del mero ejercicio del derecho de propiedad. Y, con relación al segundo extremo, que los derechos de autor sólo están vinculados con obras que suponen una aportación original y creativa por parte del ingenio humano, y ello no suele suceder con los inmuebles que se encuentran en la vía pública, lo que excluye expresamente la Ley de propiedad intelectual y cuya ubicación hace presumir que hay un consentimiento implícito por parte de su autor a su utilización.

En suma, el derecho o no de permitir disponer de la imagen de un edificio corresponde a su dueño como una manifestación más de dicho derecho, de lo que deriva asumir que dicha facultad quede a su libre arbitrio en su integridad, sin que sea necesario que haya mediado una previa explotación económica por parte de su titular que permita cuantificar ese perjuicio.

No es éste, sin embargo, el criterio actual, similar al seguido en nuestra jurisprudencia, como puede apreciarse, por ejemplo, en la sentencia de la Cour de Cassation, de 5 de julio de 2005, sobre la utilización de la fotografía de un inmueble por una sociedad editora, cuya autorización no había sido solicitada, en

la que prosperó la tesis de que el propietario de una cosa no puede oponerse a la utilización del cliché por un tercero, salvo que le cause trastornos fuera de los considerados normales a su propietario.

Finalmente, con relación a las obras situadas en dominio público, el art. 41 del TRLPI determina que: "... Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra...".

En nuestro país ya ha habido algún caso en el que se ha puesto de relieve la dualidad entre propiedad privada y utilización pública de la imagen. Así, la SAP Barcelona 28 marzo 2006 (AC 2006, 1723), sobre la venta de los planos en un vídeo de la Sagrada Familia, diseñada por Gaudí, les da la razón a sus sucesores puesto que se había reproducido y vendido los planos del interior del recinto, sin contar con el consentimiento de éstos últimos.

Dicha sentencia señala, una vez más, que toda obra plástica, aunque no figure expresamente recogida en la LPI, siempre que cuente con una cierta dosis de originalidad, contará con la protección de los derechos morales de autor, reconocidos en esa Ley puesto que el precepto no puede entenderse que comprende un *numerus clausus* sino *apertus*.

Distingue el ámbito de protección según se trate de obra que dé a la vía pública o al interior; entendiendo que la ubicación hacia el exterior debe entenderse como un límite al derecho de autor pero, no así, el interior del recinto, al entender que la actora ejercita sus acciones al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual y considera que tanto los proyectos, planos, obra arquitectónica y esculturas que conforman el Templo de la Sagrada Familia se hallan dentro del concepto de obra original que tutela aquella norma legal¹².

Pero quizás el planteamiento que ha merecido una mayor valoración ha sido el que ha vinculado la imagen de los inmuebles, relacionándolo directamente con el derecho a la intimidad y a la protección de la vida privada de las personas.

12 La sentencia considera que: "... Si bien dentro del artículo 10.1 f) y e) se incardinan tanto los planos, proyectos y esculturas cuya tutela se pretende, no ocurre otro tanto respecto a la obra arquitectónica. Es cierto que la misma no encuentra, dentro de la dicción literal de aquel precepto, mención específica alguna pero ello no obsta como alega la demandada que la obra arquitectónica carezca de tutela en el seno de la LPI. Esa falta de mención expresa no priva que, como obra plástica, se extienda la protección de la propiedad intelectual cuando la obra arquitectónica goce de un grado originalidad suficiente. Este grado de originalidad suficiente el Templo de la Sagrada Familia lo tiene, sin duda, con creces. La enumeración que hace el artículo 10 al respecto es una enumeración no cerrada, sino meramente enunciativa. Cuando se trata de obras arquitectónicas carentes de funcionalidad práctica o que son de carácter representativo, las posibilidades de una creatividad original aumentan. De ahí que una obra arquitectónica como la que nos ocupa, con una innegable originalidad, no pueda dejarse al margen de la tutela que otorga la LPI. Si se protegen los planos y proyectos no puede dejarse de proteger su resultado salvo que el mismo sea producto de una ostensible modificación o alteración de aquellos. Además el citado Convenio de Berna en su artículo 2 recoge expresamente dentro de su ámbito de aplicación las obras de arquitectura. Por lo que sí están dentro del concepto de obra protegible que genéricamente señala el artículo 10, las obras arquitectónicas ha de quedar protegidas por la legislación de propiedad intelectual como obras plásticas aplicadas que son".

El derecho a la intimidad personal y familiar es el reducto más privado de una persona. Es un ámbito que está reservado al conocimiento de los demás y muy protegido. Pretende que una persona pueda controlar el acceso y la divulgación de información sobre su vida privada.

La legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas depende fundamentalmente del consentimiento del titular. Si hay consentimiento del titular no hay violación del derecho a la intimidad. Ese consentimiento tiene que ser expreso y puede ser revocable en cualquier momento. En estos casos, no es importante si la información es veraz o no, porque el derecho a la intimidad se vulnera por la simple imputación de un hecho que forma parte de la esfera íntima y más personal de un ser humano. La STS 6 noviembre 2003 (RJ 2003, 826) se ha pronunciado al respecto, estableciendo que: “el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CC «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”.

Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, en consecuencia, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada¹³.

Para apreciar si se ha producido una intromisión en la vida íntima de una persona, la Ley se detiene de forma particular en analizar el modo en que ha obtenido la información que incumbe a hechos pertenecientes a la privacidad de una persona; si los mismos se han expresado o no contando con el consentimiento previo por parte de su titular; y finalmente, si se ha producido un quebramiento de la confianza, como pueda suceder en aquellos casos en los que se hace una revelación de datos privados de una persona o de su familia, valiéndose del ejercicio de la actividad profesional u oficial de quien los revela. En este extremo, el TC ha declarado que la divulgación de informaciones relativas al ámbito privado de cualquier ciudadano prevalece sobre las libertades informativas aun en el caso de que se trate de una persona de relevancia pública¹⁴. En este ámbito, es evidente que, en determinadas

¹³ V. en este sentido SSTC 115/2000, de 5 de mayo, y 83/2002, de 22 de abril.

¹⁴ V. en este sentido STC 98/2000.

circunstancias, la imagen de los inmuebles y, más raramente, de ciertos bienes, principalmente la de un barco u otros signos externos igualmente representativos, pueden revelar al público el domicilio o la residencia que sus propietarios o sus habitantes se han esforzado en ocultar, atentando así contra algún extremo de su vida privada o como referencia de ella. En concreto, la SAP Santa Cruz de Tenerife 22 noviembre 2004 (AC 2004, 2087) admitió la improcedencia de la instalación de una cámara de vigilancia que se había colocado en el pasillo de acceso a la vivienda de los actores por motivos de seguridad, al entender que grabar y captar momentos o instantes de la vida privada de éstos, así como controlar la entrada y salida de cuantas personas accediesen a dicho domicilio constituía una intromisión ilegítima en el derecho de intimidad personal y familiar de las personas afectadas¹⁵.

IV. CONCLUSIONES

Muchos pueden ser los conflictos que una imagen proyectada de manera indebida puede causar a una persona, tanto en el ámbito material como familiar o social, que no hace sino poner de manifiesto la pluralidad de derechos que se interrelacionan entre sí y que hacen necesario valorar, caso por caso, cuál de todos ellos es el que debe prevalecer en cada ocasión cuando se entienda que alguno de ellos pueda haber sido vulnerado.

Dicha agresión puede afectar al derecho a la intimidad o a la imagen de la persona o a la explotación económica de los derechos del que realiza la fotografía, en todo caso, y de sus derechos morales, cuando se trate de una obra de valor artístico.

El vigente TRLPI sólo recoge en su art. 10 la protección de las fotografías con valor artístico, diferenciándolas de las que denomina meras fotografías, pero, aun siendo así, en ningún caso, el derecho a la imagen constituye un impedimento para que nazca el derecho de autor; por más que condicione su ejercicio efectivo.

Sin perjuicio de que la persona fotografiada tenga derecho sobre su imagen, ello no puede considerarse un impedimento para que el fotógrafo disponga de derechos sobre su obra. Por ello, la defensa en contra de una exposición o de una divulgación indebida de los mismos, sólo podrá encauzarse cuando suponga un atentado contra los derechos que detentan cada uno de respectivos titulares. A tal efecto, es determinante que la imagen de esta persona sea el objeto principal de la fotografía

15 En tal sentido, además, el art. 1 LO 1/1982 dispone que será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas y el art. 7, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de esta Ley: "1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción".

o no. En el caso de que se trate de un posado voluntario el derecho a la imagen habrá sido cedido voluntariamente para ese acto concreto. No se podrá, por tanto, hacer un uso distinto al inicialmente previsto salvo que conste un consentimiento expreso en el que manifieste ese deseo. La situación contraria tendrá lugar cuando la persona no preste dicho consentimiento o manifieste expresamente su oposición, salvo que pueda interpretarse que su imagen es un elemento meramente accidental de la fotografía no voluntariamente perseguido y además su ubicación no sea, ni el centro de la imagen, ni ocupe un lugar de mayor entidad con relación a los restantes elementos fotografiados.

Consecuencia de lo expuesto es que el reconocimiento de estos derechos no puede considerarse un obstáculo que impida el ejercicio de ninguno de ellos, si bien, suponen límites que hay que respetar. Por ello, cuanto más nítido sea el encuadre de cada uno de ellos, mejor se podrá preservar el derecho de cada uno de sus titulares sin perjuicio de que en caso de colisión de derechos, la protección de la imagen prevalezca sobre la del derecho del autor a su obra.

Como se viene recomendando, el mecanismo más eficaz para evitar los problemas apuntados es el de solicitar con carácter previo el consentimiento de las personas fotografiadas para poder utilizar su imagen. De tratarse de fotografías que se quieran exponer, divulgar, reproducir... será conveniente asimismo concretar el alcance de los actos que hayan sido consentidos.

La protección del derecho a la intimidad y a la imagen se dispensa únicamente a las personas y no a los bienes, puesto que han quedado consolidados como derechos de la personalidad. Por ello, la defensa sobre su derecho de exposición o sobre una utilización indebida de los mismos, sólo podrá encauzarse cuando supongan un atentado contra los derechos que su titular ostente. Dicha agresión puede encontrarse vinculada con el derecho a la intimidad de la persona o con la explotación económica de los derechos de autor. Respecto a éstos últimos, la Ley de propiedad intelectual sólo contempla en su art. 10 lo que supone aportación del intelecto a la obra del hombre, pero en ningún momento otorga protección específica a la imagen de los edificios, como se acordó en los trabajos preparatorios de la Ley de propiedad intelectual, cuya exclusión se justificó en el deseo de que dicha tutela fuera asumida en la futura Ley de edificación: la actual Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación; sin embargo, ni esta Ley, ni tampoco las que se han desarrollado en las distintas Comunidades Autónomas, han aprovechado esta ocasión para regular la explotación económica por la utilización de su imagen. Por ello, cabe preguntarse si esta protección es suficiente o, por el contrario, quedan aspectos que deberían añadirse a los supuestos contemplados en el art. 10 LPI o cupiera entender, como han hecho los Tribunales franceses en varios de sus pronunciamientos, que la explotación económica de la imagen de un inmueble constituye una faceta más del derecho de propiedad, que quizás merezca en el futuro ser objeto de una regulación específica.

EL USO DE LA VÍDEO-CÁMARA EN EL PERIODISMO
DE INVESTIGACIÓN

*USE OF VIDEO CAMERA IN JOURNALISM
RESEARCH*

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 76-89



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 11 de septiembre de 2012

RESUMEN: El uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación es una constante en nuestros días. Hasta la fecha, el Tribunal Supremo ha considerado el método legítimo, si bien invasivo en determinadas ocasiones, por atentar contra los derechos a la intimidad y a la propia imagen. El Tribunal Constitucional, en cambio, lo ha considerado inconstitucional, a pesar de que cabe preguntarse si queda prohibido en todo caso, o podría ser válido en la medida en que la imagen y el sonido de la persona captada se distorsionaran hasta el punto de hacerla irreconocible. De esta forma, a mi juicio, quedarían a salvo los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

PALABRAS CLAVE: Cámara oculta, periodismo de investigación, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, distorsión del sonido y de la voz.

ABSTRACT: The use of hidden camera in the investigative journalism is very common nowadays. The Supreme Court has considered the method as legitimate, although it has sometimes declared the hidden camera as invasive, because it violates the rights to privacy and to own image. The Constitutional Court, however, has deemed it as unconstitutional. It is unclear, however, if it is prohibited in any case, or it could be valid when the image and the sound of the person captured are distorted so far as to not recognize the person. Thus, in my opinion, would be saved their rights to privacy and to own image.

KEY WORDS: Hidden camera, investigative journalism, right to privacy, right to own image, sound and voice distortion.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Concepto de periodismo de investigación.- III. Las especialidades propias del conflicto entre la libertad de información y los derechos de la personalidad en el ámbito del periodismo de investigación.- 1. Los ataques al derecho al honor en el periodismo de investigación.- 2. La lesión de la intimidad en el contexto de los reportajes de investigación.- 3. La vulneración del derecho a la propia imagen en el marco del periodismo de investigación.- 4. La posibilidad de distorsionar la imagen y el sonido a efectos de salvaguardar el derecho a la propia imagen.- IV. Los argumentos más utilizados por las productoras de televisión en orden a legitimar la emisión de las imágenes filmadas subrepticamente.- 1. La autorización para la entrada en la consulta no implica la autorización para la filmación.- 2. La veracidad de la información.- 3. El 'interés general' de la información.- 4. La teoría del 'reportaje neutral'.- V. El futuro del periodismo de investigación en el que se emplea cámara oculta.??

I. INTRODUCCIÓN.

Es cada vez mayor el número de televisiones que están utilizando el formato del periodismo de investigación como medio de denuncia social, bien de los riesgos de contratar determinadas actividades que resultan ser fraudulentas, bien de determinadas "artimañas" políticas.

En efecto, existen determinadas clínicas, curanderos, curas..., que ofrecen determinados servicios relacionados con la salud a cambio de unos precios elevados, aprovechándose de una situación generalmente de angustia y de desespero de quien contrata, que generalmente ha intentado sanar su enfermedad, dolencia... por todos los medios posibles y que, tras muchos intentos baldíos, recurren a estos servicios como última recurso. Asimismo, los políticos aprovechan su posición no siempre de manera ética, y en muchas ocasiones salen a la luz supuestos de sobornos, venta de influencias, favores...

Hay que distinguir, por tanto, dos supuestos. Por un lado, el periodismo de investigación que tiene como objeto la denuncia social de servicios fraudulentos, que utiliza el siguiente *modus operandi*: un periodista se introduce con una cámara oculta en la clínica, recinto... donde se prestan los referidos servicios y graba la conversación, en la que, para que quede patente el fraude, se hace hincapié en las cuestiones que puedan resultar de dudosa legalidad y en las condiciones del servicio, especialmente el precio. Además, en algunas ocasiones se graba también el rostro y el cuerpo de los interlocutores de los periodistas. La información obtenida es primaria, de "primera mano".

• **Pedro Chaparro Matamoros** es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Ha publicado hasta la fecha 10 artículos científicos en revistas indexadas, entre otras, Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial y Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Ha participado, además, en 3 obras colectivas (dos de ellas publicada en Aranzadi) y en el manual de Derecho Civil II (Tirant lo Blanch).

Por otro lado se encuentra el periodismo de investigación que tiene como objeto la crítica de los comportamientos éticos de los políticos. Este periodismo de investigación, a diferencia del anterior, utiliza un método basado en la “reconstrucción”, en el que predomina la información secundaria y el uso de cámaras ocultas no es frecuente.

Es objeto de esta ponencia analizar, exclusivamente, los conflictos que origina el uso de cámaras ocultas en el periodismo de investigación de “denuncia social” (principalmente entre libertad de información e intimidad y propia imagen) y delimitar, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aquellos supuestos que no producen vulneración del derecho a la intimidad y/o propia imagen de los que sí que la producen. Pero antes de nada explicaremos qué ha de entenderse por periodismo de investigación.

II. CONCEPTO DE PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN.

Decía el filósofo, político y economista inglés JOHN STUART MILL que “revelar al mundo algo que le interesa profundamente y que hasta entonces ignoraba, demostrarle que ha sido engañado en algún punto vital para sus intereses temporales o espirituales, es el mayor servicio que un ser humano puede prestar a sus semejantes”.

Éste es el objetivo que mueve al periodismo de investigación: la denuncia social. Como veremos luego con más detenimiento, ha de versar sobre temas de relevancia social, cuya denuncia pueda alertar a los ciudadanos de la no conveniencia de contratar este tipo de servicios.

Como cuestión fundamental previa a cualquier explicación se plantea la necesidad de delimitar el periodismo de investigación del periodismo general, esto es, el encargado de suministrar a los ciudadanos las noticias del día a día. El reportero de investigación no está tan presionado por las prisas que impone la hora de cierre de las rotativas, por ello puede profundizar en un asunto controvertido a través de un proceso de investigación que a menudo resulta lento y tedioso¹.

La delimitación del reportaje de investigación, a efectos especialmente académicos, es una construcción que en su mayor parte se debe al periodismo estadounidense, siendo en este sentido destacable la aportación de ROBERT GREENE, fundador de la *Investigative Reporters and Editors*, quien identificó los tres elementos que son consustanciales al periodismo de investigación:

1 SUÁREZ ESPINO, M.L.: “El tratamiento jurídico de las cámaras ocultas en el periodismo”, Diario La Ley, N° 7505, Sección Doctrina, 9 Nov. 2010, Año XXXI, p. 1 (versión del artículo en pdf).

a) El trabajo periodístico.

El primer elemento consustancial al concepto de periodismo de investigación es que debe tratarse de un trabajo hecho por periodistas. En efecto, el periodismo es una profesión ejercida por periodistas, y si la persona que realiza la investigación no es un periodista, no se puede hablar con propiedad de periodismo de investigación.

No obstante, este requisito se entiende cumplido si la información es transmitida por un tercero al periodista, al enterarse aquél de que éste está investigando.

b) La relevancia social del tema.

El segundo de los elementos que deben concurrir en un reportaje de investigación para calificarlo como tal es la relevancia social del tema. Este requisito significa que el tema sobre el que se investiga ha de ser un tema relevante para la sociedad, es decir, debe afectar al conjunto de los ciudadanos en su conjunto, y por ello es deseable que éstos tomen conocimiento sobre el mismo.

Sobre el concepto de 'relevancia social de la información', es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que "el criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto *la materia u objeto de aquélla*, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública; *como las personas implicadas en los hechos relatados*, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública"².

c) Que se trate de algo que se pretenda ocultar.

El último de los elementos que debe concurrir en un reportaje de investigación es que verse sobre un tema que se trate de ocultar³. Es decir, el periodismo de investigación trata de sacar a la luz, esto es, de hacer públicas, determinadas actividades cuya existencia y conocimiento público se intenta ocultar por sus promotores, y ello por el único motivo de su posible ilicitud y/o inmoralidad.

2 V. en este sentido SSTC 30 junio 1998 (RTC 1998, 144); 15 julio 1999 (RTC 1999, 134); 17 enero 2000 (RTC 2000, 11); 5 mayo 2000 (RTC 2000, 112); y 15 abril 2004 (RTC 2004, 54).

3 Sobre este elemento construye su definición de periodismo de investigación SUÁREZ ESPINO, M. L.: "El tratamiento jurídico de las cámaras ocultas en el periodismo", cit., p. 3 (versión del artículo en pdf), al considerar que "el periodismo de investigación se podría definir como aquel que pretende difundir un hecho noticiable, pero que se quiere que permanezca oculto".

III. LAS ESPECIALIDADES PROPIAS DEL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ÁMBITO DEL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN.

Como punto de partida, se ha de señalar que los conflictos en este ámbito provienen, fundamentalmente, del uso de cámaras ocultas, método que la jurisprudencia ha tendido a sancionar por su especial carácter intrusivo en los derechos a la propia imagen y a la intimidad.

I. Los ataques al derecho al honor en el periodismo de investigación.

No obstante lo anterior, el derecho al honor no queda vulnerado directamente por la emisión, en sí misma, de imágenes captadas con cámara oculta.

Sin embargo, no se pueden calificar de infrecuentes las vulneraciones del derecho al honor en este ámbito, y ello, fundamentalmente, por la emisión, en el programa en el que se debate la legalidad de los servicios fraudulentos prestados por el presunto estafador, de comentarios, calificativos o apelativos injuriosos que puedan afectar al honor y a la dignidad de aquél (por ejemplo, se arremete contra el estafador llamándolo “chorizo” o “sinvergüenza”). Es decir, el honor se vulnera en este ámbito por una extralimitación en la calificación personal.

Como ocurre en el caso de todos los conceptos jurídicos indeterminados, la determinación de qué debe entenderse por calificativo injurioso no está ni mucho menos clara.

Por ejemplo, calificativos como “principiante”, “pardillo”, “bocazas”, “tonto universal”, referidos a un agente FIFA que creía encontrarse en unas supuestas negociaciones para el fichaje de un jugador de fútbol, no han sido considerados por el Tribunal Supremo como injuriosos. Señala el Supremo al respecto que “las opiniones expresadas, aún resultando ácidas carecen de un ánimo afrentoso, subsumibles en el ámbito de una crítica plenamente tolerable que, a mayor abundamiento, resultaba socialmente relevante”⁴.

Por otra parte, hay que hacer notar también que el derecho al honor puede vulnerarse si se imputan hechos falsos, es decir, si la información no es veraz. Esto, no obstante, no suele ser frecuente, dado que las personas filmadas se comportan con total naturalidad, en la creencia de que su interlocutor no es un periodista (lo

4 V. en este sentido STS 25 marzo 2010 (RJ 2010, 2529).

que ni tan siquiera imaginan), sino un potencial cliente⁵. Sin embargo, se ha de tener presente que puede ocurrir⁶.

2. La lesión de la intimidad en el contexto de los reportajes de investigación.

En el marco de los reportajes de investigación, el derecho a la intimidad se vulnera cuando se utiliza la cámara oculta para sacar al descubierto actividades o conductas que, aun de dudosa legalidad, corresponden a la esfera de intimidad que ha decidido reservarse para sí mismo el sujeto en cuestión.

Y es que la emisión de imágenes en las que un individuo está confirmado la comisión de un fraude, explicando con todo tipo de detalle los pormenores del mismo, puede afectar a su intimidad, en la medida en que dicho comportamiento, que había decidido reservarse para sí mismo, se desvela a la sociedad en general.

No obstante, lo cierto es que en estos casos, en general, no se suele proteger el derecho a la intimidad, porque se entiende que, en el conflicto de derechos, debe prevalecer la libertad de información, al poner sobre aviso a la sociedad, por ejemplo, de la corrupción existente en el sistema de elección de las participantes de un certamen provincial de belleza⁷.

Además, tampoco contribuye a declarar la existencia de la intromisión el hecho de que, en esta sede, la valoración de la eventual vulneración del derecho a la intimidad puede resultar compleja, en la medida en que puede ser que la actividad presuntamente ilícita fuera generalmente conocida, en cuyo caso el reportaje de investigación no habría colaborado de forma sustancial a la difusión de la misma.

Es por ello que el Tribunal Supremo exige, en estos casos, que se acredite la prueba del daño en el derecho a la intimidad, y no que simplemente se alegue⁸.

Existe, no obstante lo anterior, una cierta tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a declarar la intromisión en el derecho a la intimidad en los casos en que la grabación se hubiera producido, sin el consentimiento del presunto estafador, en lugares privados e íntimos para una persona, como podría ser su domicilio, máxime si el reportero se valió de comportamientos engañosos para

5 En este sentido SSTS 16 enero 2009 (RJ 2009, 419) y 6 julio 2009 (RJ 2009, 4452), señalaron que “el empleo de la llamada ‘cámara oculta’ se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y, precisamente por ello, se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían”.

6 V. en este sentido STS 7 julio 2009 (RJ 2009, 4456).

7 V. en este sentido STS 15 junio 2011 (RJ 2011, 4633), que consideró que “la consideración de las circunstancias concurrentes, conduce a estimar que la libertad de información en el presente caso debe prevalecer sobre los derechos al honor, a la intimidad y la propia imagen, pues el grado de afectación de la primera es de gran intensidad y el grado de afectación de los segundos es muy escaso”.

8 En este sentido, la STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 4247) desestima la intromisión en el derecho a la intimidad, al considerar que dicha intromisión simplemente fue alegada, pero no fue desarrollada ni argumentada en los términos que exige el artículo 481 LECiv.

lograr su propósito, principalmente, hacer creer al estafador de que se trataba de un cliente.

En este caso, el derecho a la intimidad se considera que debe prevalecer sobre el derecho a la información, y ello, más que por hacer pública la actividad que se había reservado para sí mismo el estafador; por realizarse la grabación en un lugar privado e íntimo de una persona⁹.

3. La vulneración del derecho a la propia imagen en el marco del periodismo de investigación.

Los tribunales son relativamente reacios a la hora de conceder indemnizaciones por intromisiones en el derecho al honor y en el derecho a la intimidad. Como se ha tenido ocasión de explicar ya, en relación con el derecho al honor existe la dificultad de deslindar aquellas expresiones que puedan constituir críticas socialmente admisibles y necesarias para la formación de una opinión pública, de aquellas otras, que, en cambio, puedan ser injuriosas o constituir un ataque gratuito a la persona. En cuanto al derecho a la intimidad, su falta de prueba (en muchos casos únicamente se alega), unida a la consideración de que en el caso concreto debe prevalecer la libertad de información por la trascendencia social de lo divulgado, son factores que limitan su protección en los tribunales.

No obstante, la situación es diferente respecto al derecho a la propia imagen. La reproducción no consentida de la imagen de una persona es siempre constitutiva de una intromisión en el mismo, de forma que suelen concederse indemnizaciones con cierta frecuencia. Lo que habrá que ver, a efectos de conceder la indemnización, es si esa intromisión está suficientemente justificada por la existencia de un interés general de entidad relevante.

A título de ejemplo, se ha concedido indemnización por intromisión en el derecho a la propia imagen en los siguientes supuestos: emisión de imágenes captadas en la consulta de una persona que prestaba servicios de fisioterapia sin ostentar título oficial que le habilitara a ello¹⁰; emisión de imágenes tomadas en una consulta de parapsicología para informar de los fraudes y engaños que pueden darse en este tipo de prácticas¹¹; emisión de imágenes tomadas en la sede de un partido político para realizar un reportaje sobre el resurgimiento de la extrema derecha en España¹²; emisión de imágenes de un representante de jugadores FIFA, captadas para la elaboración de un reportaje cuyo objetivo era la censura de determinadas

9 V. en este sentido STS del Pleno 16 enero 2009 (RJ 2009, 419).

10 V. en este sentido STS del Pleno 16 enero 2009 (RJ 2009, 419).

11 V. en este sentido STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 4247).

12 V. en este sentido STS 6 julio 2009 (RJ 2009, 4452).

prácticas abusivas en la contratación en el mundo futbolístico¹³; o emisión de imágenes tomadas en una clínica estética para denunciar posibles prácticas abusivas en materia de medicina estética¹⁴.

4. La posibilidad de distorsionar la imagen y el sonido a efectos de salvaguardar el derecho a la propia imagen.

A pesar del frecuente reconocimiento judicial de intromisiones en el derecho a la propia imagen, existe, a mi juicio, una vía de escape para las productoras de televisión.

Esta vía consiste en la posible distorsión por el programa de la imagen y de la voz del presunto estafador, a fin de impedir su identificación. A mi juicio, este punto es fundamental en relación con la lesión de los derechos de la personalidad. Si la imagen y el sonido se distorsionan hasta tal punto que la persona filmada resulte irreconocible, es evidente que no se estará lesionando su derecho a la propia imagen.

Y, en la medida en que el derecho a la intimidad se manifiesta aquí de forma inseparable del derecho a la propia imagen, si no existe lesión de éste, tampoco se lesionará la intimidad, pues si no puede saberse de quién se trata, por no resultar su imagen ni su voz reconocibles, es evidente que la eventual lesión del derecho a la intimidad de una persona no se podrá poner en relación con nadie.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta técnica, admitiendo implícitamente que su utilización supondría la inexistencia de vulneración de los derechos de la personalidad¹⁵.

En mi opinión, el uso de esta técnica es vital para la continuidad del periodismo de investigación tal y como se conoce, es decir, con filmaciones inesperadas, que es de donde se obtiene un mayor provecho dada la naturalidad con la que se comportan las personas cuya imagen se capta. Sólo y tan sólo si el periodismo de investigación se usa como denuncia social en abstracto, sin convertirse en una

13 V. en este sentido STS 25 marzo 2010 (RJ 2010, 2529).

14 V. en este sentido STS 20 mayo 2010 (RJ 2010, 3709).

15 Así, por ejemplo, la STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 4247), afirmó que “La imagen del actor no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, y bien pudo difuminarse, como se hizo en el reportaje con la imagen de los propios reporteros”.

De la misma forma, la STS 6 julio 2009 (RJ 2009, 4452), incidió en que “la imagen de la actora no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, pues, como se señala en la sentencia recurrida, nada aportaba al reportaje, que pudo emitirse perfectamente sin ella, sin que por ello se resintiese la información transmitida”.

En la misma línea, el Supremo consideró, en la STS 25 marzo 2010 (RJ 2010, 2529), que “existe intromisión en el derecho a la propia imagen, tanto en el momento de la grabación como en el de la emisión del programa de televisión [...], máxime si existe la posibilidad de emplear técnicas digitales para difuminar el rostro, la voz o ambos hasta hacerlos irreconocibles”.

En fin, la STS 20 mayo 2010 (RJ 2010, 3709), admitió también que “la imagen de la actora no era de esencial importancia para la transmisión a la opinión pública de la información que se quería ofrecer”, más aún cuando “existía la posibilidad de emplear técnicas digitales para difuminar el rostro, la voz o ambos”.

suerte de 'cacería de brujas', podrán utilizarse legítimamente las imágenes captadas subrepticamente.

IV. LOS ARGUMENTOS MÁS UTILIZADOS POR LAS PRODUCTORAS DE TELEVISIÓN EN ORDEN A LEGITIMAR LA EMISIÓN DE LAS IMÁGENES FILMADAS SUBREPTICIAMENTE.

Existen una serie de argumentos que son recurrentemente utilizados por las productoras de televisión en los procesos en que se persigue la condena de las mismas por intromisión en los derechos de la personalidad. Con todos ellos se busca hacer prevalecer la libertad de información sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

I. La autorización para la entrada en la consulta no implica la autorización para la filmación.

En efecto, un argumento que se ha utilizado desde las productoras de televisión es que la persona filmada dio su consentimiento a la entrada a su consulta. Este argumento tiene su razón de ser en el art. 2.2 de la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que establece que "No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso [...]".

Sin embargo, el argumento, como se observa, resulta muy absurdo, pues una cosa es dar el consentimiento a la entrada a la consulta (lo que se hace siempre, dado el carácter de potencial cliente de quien entra), y otra distinta dar el consentimiento a la filmación, cuya concurrencia eliminaría el componente de antijuridicidad de la conducta.

Este tema se abordó en la importante STS del Pleno 16 enero 2009 (RJ 2009, 419), en la que el Tribunal Supremo señaló, en relación con una grabación practicada en la parte de vivienda destinada a consulta de la presunta estafadora, que "no cabe desconocer que el consentimiento que el artículo 2.2 de la Ley 1/1982 convierte en causa excluyente de la ilicitud de la intromisión es sólo aquel que tiene por objeto el que recae sobre el ámbito invadido, el cual -en el caso que se enjuicia- no era la inviolabilidad del domicilio -artículo 18.2 de la Constitución Española-, sino fundamentalmente la intimidad de la demandante".

Hay que tener presente, por tanto, que el consentimiento que se debe recabar para la filmación de las imágenes es distinto del consentimiento para la entrada a la consulta (consentimiento este último que, por sí solo, no legitima la captación de las imágenes).

2. La veracidad de la información.

Otro argumento utilizado por las productoras de televisión, a efectos de eximirse de las condenas por intromisión en los derechos del art. 18 CE, es **la veracidad de la información**. La veracidad, como es sabido, no supone la verdad absoluta de lo transmitido, sino únicamente el empleo de una rigurosa diligencia por el informador, quien debe contrastar con datos objetivos la información que difunde.

La jurisprudencia, no obstante, ha negado a este argumento efectos de absolución en esta sede. Y es que la veracidad de la información no puede hacer prevalecer la libertad de información cuando aquello sobre lo que se informa se obtuvo con gran afectación de los derechos de la personalidad.

Además, se ha de recordar que la veracidad no se configura en el caso de los derechos a la intimidad y a la propia imagen como un criterio que atenúe o palie la responsabilidad del medio, como ocurre en el caso del derecho al honor. Por tanto, su alegación puede resultar hasta contraproducente para la productora de televisión, lo que sucede en el caso del derecho a la intimidad, en el que la jurisprudencia constitucional ha declarado que la veracidad es “presupuesto de la lesión de la intimidad”¹⁶, “dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan”.

Por tanto, el hecho de que la información sea veraz no tiene trascendencia; se ha de decir, no obstante, que la información en estos casos suele ser veraz, ya que las personas filmadas se comportan con total naturalidad (y, en consecuencia, se “delatan” a sí mismas¹⁷). Y es que, por su propia naturaleza, en el periodismo de investigación es de presumir que se van a cumplir las exigencias constitucionales de veracidad. No ocurriría así en el caso de que la conversación fuera manipulada valiéndose de las nuevas tecnologías, si bien esto no es frecuente.

En fin, y a pesar de no jugar en relación con los derechos a la propia imagen y a la intimidad, la veracidad sí juega, en cambio, respecto al derecho al honor, en la medida en que si la información difundida es veraz, el afectado no podrá decir que se le están imputando conductas irregulares que él no lleva a cabo¹⁸.

16 V. en este sentido SSTC 12 noviembre 1990 (RTC 1990, 172); 17 octubre 1991 (RTC 1991, 197); 14 febrero 1992 (RTC 1992, 20); 14 octubre 1998 (RTC 1998, 200); 5 mayo 2000 (RTC 2000, 115); 14 octubre 2002 (RTC 2002, 185); 30 junio 2003 (RTC 2003, 127); y 30 enero 2012 (RTC 2012, 12).

17 Sobre este punto, la STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 4247), en relación con un supuesto en el que se realizó un reportaje para informar sobre los fraudes o engaños que pueden darse al amparo de ciertas prácticas de parapsicología, afirma ilustrativamente que “no se produce deformación de la realidad, pues la conducta del demandante, quien obviamente queda en evidencia, habla por sí misma”.

18 Así, la STS 30 junio 2009 (RJ 2009, 4247), entendió a este respecto que “Consecuentemente, la información es de interés general y veraz, y por ello no se vulnera el derecho al honor del recurrente”. Igualmente, la STS 25 marzo 2010 (RJ 2010, 2529), afirmó que no existió atentado contra el derecho al honor habida cuenta que “la información difundida es veraz -las expresiones recogidas fueron verdidas por el actor-”.

3. El 'interés general' de la información.

El interés general de la información es otro de los elementos a los que se alude como legitimador de la actuación de las productoras de televisión. Y es que, como ya se ha visto, el interés general de la información (o su relevancia pública) es un requisito cuya concurrencia actúa en el sentido de hacer prevalecer la libertad de información en el caso concreto.

Lo cierto es que en estos reportajes suele existir un interés general indubitado, consistente en poner en alerta a la sociedad de la existencia de determinadas actividades fraudulentas, si bien ello no impide la lesión de los derechos a la propia imagen y a la intimidad¹⁹.

4. La teoría del 'reportaje neutral'.

La teoría del reportaje neutral es, en fin, el argumento por excelencia en esta sede. El reportaje neutral es aquel en el que el medio de comunicación únicamente se limita a reproducir con fidelidad lo que un tercero ha dicho o escrito; es decir, no crea la noticia, sino que la transmite tal cual la toma.

En estos casos, las productoras de televisión invocan esta teoría alegando que ellas lo único que han hecho ha sido reproducir lo que un tercero dice (en este caso la persona filmada).

No obstante, a mi entender es absurdo que los medios de comunicación invoquen esta teoría como legitimadora de su actuación, pues, como señala la jurisprudencia, "el medio informativo no es un simple transmisor de las declaraciones", sino que "son los propios medios los que provocan la noticia, como acontece con el llamado periodismo de investigación"²⁰.

V. EL FUTURO DEL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN EN EL QUE SE EMPLEA CÁMARA OCULTA.

El periodismo de investigación que se vale de cámara oculta para obtener información ha experimentado un crecimiento exponencial en la última década. Las audiencias de los programas en que se emiten las imágenes captadas son muy elevadas, y ello implica que las productoras de televisión dediquen espacios en sus programaciones a la emisión de programas de este tipo.

19 V. en este sentido SSTS 16 enero 2009 (RJ 2009, 419), 30 junio 2009 (RJ 2009, 4247) y 20 mayo 2010 (RJ 2010, 3709).

20 En este sentido pueden verse SSTS 16 enero 2009 (RJ 2009, 419); 30 junio 2009 (RJ 2009, 4247); 6 julio 2009 (RJ 2009, 4452); 7 julio 2009 (RJ 2009, 4456); 25 marzo 2010 (RJ 2010, 2529); o 20 mayo 2010 (RJ 2010, 3709).

El Tribunal Supremo, como se ha estudiado, suele sancionar el uso de la cámara oculta, generalmente concediendo reparaciones económicas por intromisión en el derecho a la propia imagen y, en determinadas ocasiones, también en los derechos al honor y a la intimidad. Sin embargo, en ningún momento ha puesto en cuestión la legalidad del método empleado.

Esta situación puede cambiar si se consolida la doctrina emanada de la primera sentencia del Tribunal Constitucional en la que se pronuncia sobre esta materia. Y es que recientemente la STC 30 enero 2012 (RTC 2012, 12), parece haber prohibido el empleo de la cámara oculta, habida cuenta, por una parte, el especial efecto intrusivo que tiene en los derechos de la personalidad; y, por otra, su carácter prescindible a los fines de denuncia social que tiene el 'periodismo de investigación'.

En este sentido, afirmó que en el caso no podía prevalecer la libertad de información, y ello "no sólo porque el método utilizado para obtener la captación intrusiva –la llamada cámara oculta– en absoluto fuese necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada, para lo que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes, sino, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública²¹ lo investigado por el periodista, **lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)**".

Esta última frase tan contundente parece suponer, *prima facie*, la desaparición del periodismo de investigación en el que se emplee la cámara oculta²². No obstante, en relación con esto, merecen realizarse, cuanto menos, las siguientes dos precisiones:

a) En primer lugar, no se puede olvidar lo dicho anteriormente, es decir, el empleo de una cámara oculta es intrusivo en la medida en que se produce una vulneración de los derechos a la propia imagen y a la intimidad, pero si se utilizan técnicas que distorsionen la imagen y el sonido, la utilización de la cámara oculta sería, a mi juicio, plenamente lícita²³.

21 Sobre este extremo, DEL RIEGO, C.: "Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de cámaras ocultas", *Diario La Ley*, núm. 7814, Sección Tribuna, 8 marzo 2012, Año XXXIII, p. 1 (versión del artículo en pdf), considera que "Sólo un elevado interés público debe llevar al periodismo a la utilización de medios, en este caso cámaras ocultas, que en el ejercicio diario de la profesión no deben admitirse bajo ningún punto de vista, porque va en contra del juego limpio que el periodismo debe practicar. Lo que es más discutible es que, como apunta la sentencia, y teniendo en cuenta que analiza un caso muy concreto, con unas prácticas y un alcance muy limitado, no haya ningún interés público que pueda justificar el uso de cámaras ocultas. La veracidad y el interés público vienen siendo en la última jurisprudencia elementos que justifican en algunos casos que el derecho de información prevalezca sobre el derecho a la intimidad".

22 MIRANDA ESTRAMPES, M.: "Prohibición constitucional de la utilización de las cámaras ocultas en la actividad periodística. ¿Fin del periodismo de investigación?", *Diario La Ley*, núm. 7839, Sección Tribuna, 17 abril 2012, Año XXXIII, p. 5 (versión del artículo en pdf), afirma, precipitadamente a mi juicio, que "la conclusión [que se deriva de la STC 30 enero 2012 (RTC 2012, 12)] no podía ser más categórica ni contundente al declarar la prohibición constitucional de su utilización". Considero, en cambio, que la sentencia no aborda determinados aspectos de las cámaras ocultas (como, por ejemplo, la posibilidad de distorsión del sonido y de la voz) que pueden contribuir a matizar tal prohibición constitucional.

23 En este sentido, las posteriores SSTC 27 febrero 2012 (RTC 2012, 24), y 16 abril 2012 (RTC 2012, 74), segunda y tercera, respectivamente, del Tribunal Constitucional en pronunciarse sobre este tema, sí que abordan

b) Por otro lado, hay que tener presente que la utilización de la cámara oculta resulta, en muchas ocasiones, el único método fiable para obtener con certeza confesiones del presunto estafador que supongan una alarma en la sociedad sobre determinados fraudes que están teniendo lugar. El Tribunal Constitucional afirma que la denuncia social que persigue el periodismo de investigación se podría haber logrado con testimonios de víctimas del fraude, pero el espectador medio podría interpretar que la crítica de esa persona entrevistada se debe a una mala experiencia.

Entiendo, pues, que el testimonio de una víctima del supuesto profesional no es suficiente a efectos de poner de manifiesto la existencia de fraudes, siendo, a tal efecto, mucho más ilustrativa (y, para las productoras, mucho más atractiva) la conversación filmada con un estafador²⁴, en la que éste detalla el procedimiento empleado y las irregularidades que se cometen, tranquilizando al potencial cliente de que nada de ello va a ir en su perjuicio.

Cuestión distinta sería el caso de utilizar la cámara oculta, bien con un uso irrelevante a los efectos informativos y de denuncia social que se persiguen con el periodismo de investigación, bien por el mero hecho de polemizar para conceder morbo al programa y aumentar la audiencia²⁵. Con todo, en estos casos, considero que si se distorsiona la imagen y el sonido no existiría tampoco intromisión ilegítima alguna en los derechos de la personalidad.

Con todo, es evidente que lo ideal sería que la actividad investigadora del reportero diera sus frutos sin necesidad de utilizar una cámara oculta, si bien, repito, en ocasiones deberá recurrir a ella para obtener cierta información²⁶.

expresamente la cuestión de la distorsión de la imagen y del sonido. De ellas se desprende que, en caso de haberse procedido a difuminar el rostro y manipular la voz de la persona afectada, el derecho a la propia imagen no debería haber prevalecido sobre la libertad de información.

- 24 En tal sentido, considera FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: "Empleo de cámaras ocultas en reportajes periodísticos", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2009, p. 10 (versión del artículo en pdf), que "No cabe duda que el empleo de una cámara oculta puede resultar más sencillo que el acudir a otras fuentes de prueba, y resulta indudable que en términos de atracción de la audiencia puede resultar más atractiva la emisión de las imágenes así grabadas que la de testimonios referenciales".
- 25 A este respecto, JIMÉNEZ SEGADO, C. y PUCHOL AIGUABELLA, M.: "La «cámara oculta» frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS, Sala I.ª, Pleno, 1233/2008, de 16 de enero de 2009)", *Diario La Ley*, núm. 7152, 8 abril 2009, Año XXX, p. 2 (versión del artículo en pdf), se refieren a las ganancias derivadas de la emisión de este tipo de reportajes, señalando que "La «cámara oculta» juega así con los derechos de la personalidad y lo hace a sabiendas, aprovechando la ventaja que le ofrece la incertidumbre del resultado de una eventual acción civil de protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, que, de prosperar, podría salirle hasta barata en comparación con las ganancias derivadas de la emisión". De la misma forma, MIRANDA ESTRAMPES, M.: "Prohibición constitucional de la utilización de las cámaras ocultas en la actividad periodística. ¿Fin del periodismo de investigación?", cit., p. 7 (versión del artículo en pdf), considera que se está realizando un uso abusivo de las cámaras ocultas en la práctica periodística, uso cuyo fin, señala, "lejos de contribuir a la formación de una opinión pública libre, se limita a fomentar el amarillismo mediático y el morbo de un determinado sector de la audiencia televisiva, con el objetivo de mantener una alta cuota de pantalla o share, esto es, con fines exclusivamente económicos y/o comerciales, al margen, por tanto, de valores constitucionales".
- 26 DEL RIEGO, C.: "Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de cámaras ocultas", cit., p. 1 (versión del artículo en pdf), coincide en este punto que el uso de la cámara oculta queda justificado "por el elevado interés público de la información", siempre y cuando sea el último recurso, es decir, habiéndose agotado sin éxito otros medios para lograr la información, y siempre que dicha grabación sea necesaria para demostrar lo ocurrido.

LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA FRENTE A LA
PORNOGRAFÍA INFANTIL

PROTECTION OF CHILDREN AGAINST CHILD PORNOGRAPHY

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 90-111



Gema
GARCÍA
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 30 de septiembre de 2012

RESUMEN: La normativa internacional, con especial incidencia en Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el intento de definir conceptos y esclarecer los tipos penales. Otros aspectos que se examinarán son, el consentimiento sexual, su consideración en los supuestos de relaciones consentidas entre menores de edad; el estatuto de la víctima de pornografía infantil en el marco de la Directiva, con referencia al papel del Ministerio Fiscal; *Grooming*, su relación con las redes sociales, y el bloqueo de Internet, *Blocking*.

PALABRAS CLAVE: Pornografía infantil, redes sociales, consentimiento sexual, víctima, *grooming*.

ABSTRACT: International law, with special emphasis on 2011/92/UE Directive, of 13 December 2011, on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography; and the Supreme Court's jurisprudence, in the attempt to define concepts and clarify the criminal types. Other issues to be discussed are sexual consent, consideration in cases of relations between consenting minors; the standing of victims of child pornography under the Directive 2011, with reference to the Prosecutor's role. *Grooming*, the relationship with social Networks, and Internet blocking.

KEY WORDS: Child pornography, social networks, sexual consent, victim, *grooming*.

SUMARIO: II. Introducción.- II. El concepto de pornografía infantil.- III. El consentimiento sexual en la pornografía infantil.- IV. De la posesión para uso particular al acceso intencionado.- V. El concepto de organización.- VI. Grooming.- VII. La protección de la víctima- I. El papel del ministerio fiscal.- 2.- Identificación de las víctimas.- 3.- Duración de la protección.-4.- Representación del menor.-5.- Garantías en torno a la denuncia.-6.- Prescripción de los hechos.-7. Garantías en torno a la declaración.-VIII. El bloqueo en internet (blocking).

I. INTRODUCCIÓN.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño (UNCRC)¹, que ha sido mayoritariamente ratificada, califica la pornografía infantil como una violación de los derechos del menor y exige a las naciones que participen en la Convención que adopten medidas para prevenir la explotación infantil en materiales de tipo pornográfico (art. 34). El art. 16 proscribire las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación².

Cierto es que la conducta de pornografía infantil, en sus formas de elaboración, tenencia, venta y distribución de contenidos, existía desde antes de que apareciera la red de redes, pero ha sido tal el impulso que le ha proporcionado Internet que, hoy por hoy, no cabe otra forma de realización de estas conductas si no es en la red, señala SOLOM CLOQUET³ y añade URIARTE VALIENTE⁴ que no es que antes estos

1 Junto a ella, el Tratado de Nueva York contra la explotación sexual del niño de 25 de mayo de 2000 (BOE de 31 de enero de 2002), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva Cork el 15 de noviembre de 2000 (BOE de 11 de diciembre de 2003) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, (2000), el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1(999) y la Convención del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen (Budapest 23-11-2001).

2 Lo contemplan igualmente el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, art. 10.3. También el punto 8.29 de la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los derechos del niño, 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 y el punto 8.43 otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores, aprobada por Asamblea General en 1985 también lo recogen en el art. 8.

3 SOLOM CLOQUET, J.: "Pornografía infantil en la red y su investigación", "Cuadernos Digitales de Formación", en particular, pp. 4 y ss., sobre las formas de difusión de pornografía infantil que ofrece Internet.

4 URIARTE VALIENTE, L.: "Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas", "Diario La Ley", n° 7372, Sección Doctrina, 30 Mar. 2010, Año XXXI.

• **Gema García Hernández** es Fiscal Delegada de Menores de la Comunidad Valenciana. Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla, Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia y Periodismo por la Universidad de Valencia. Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort. Cruz al mérito policial con distintivo blanco. Numerosos cursos y publicaciones en materia de menores.

delitos no existieran, pero no cabe ninguna duda de que Internet ha supuesto el cauce idóneo para la actual explosión de la pedofilia, al proporcionar al delincuente los ingredientes más adecuados para el desarrollo de esta forma de parafilia: la desinhibición que facilita el anonimato en la red y el fácil acceso al material pedófilo que ofrece la estructura y naturaleza de Internet.

El ochenta por ciento de los jóvenes europeos se conectan entre sí y el mundo a través de redes sociales⁵. El Convenio sobre la Ciber delincuencia, Budapest, de 23 de noviembre de 2001, en el art. 9 ya contempla los delitos relacionados con la pornografía infantil. La *Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura*. COM (2010) 673 final, 22 de noviembre de 2010, consideró la creación de un Centro Europeo contra el Cibercrimen⁶ (EC3), como parte de Europol, lo que el 28 de marzo de 2012 fue propuesto por la Comisión Europea⁷. Uno de sus objetivos será la persecución de *Los cibercrimen que causan grave daño a sus víctimas, como la explotación sexual infantil en línea*.

Este creciente protagonismo de los menores en Internet, como usuarios, consumidores o víctimas, ha motivado que el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la UE reunido en Bruselas en la sesión nº 3172, 7-8 de junio de 2012, adoptara unas conclusiones sobre una alianza mundial contra el abuso sexual de menores *on line*, a partir de una propuesta de la Comisión. El objetivo de esta alianza consiste en hacer que los países de todo el mundo se comprometan a participar activamente en la lucha contra el abuso sexual de menores *on line*.

Considera que los objetivos de política general de la Alianza Global deben incluir:

1. Mejorar los esfuerzos para identificar a las víctimas, cuyo abuso sexual se representa en la pornografía infantil y asegurar su asistencia, apoyo y protección.

2. Reducir lo más posible la disponibilidad de pornografía infantil en Internet, entre otras cosas, facilitando medidas para eliminar o, en su caso, bloquear los sitios web que contienen pornografía infantil y reducir en lo posible la victimización secundaria de los niños cuyo abuso sexual se representa en la pornografía infantil.

3. Mejorar los esfuerzos para investigar los casos de abuso sexual infantil *on line* para identificar y procesar a los delincuentes.

4. Incrementar los esfuerzos para aumentar la conciencia sobre los riesgos que plantean las actividades de los niños *on line*, incluyendo el *grooming* y la auto-

5 Eurostat, Internet Access and Use, 14 December 2010.

6 "Los actos criminales cometidos utilizando las redes de comunicaciones electrónicas y sistemas de información o en contra de este tipo de redes y sistemas". COM (2007) 267 final, 22 de mayo de 2007.

7 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-317_es.htm

producción de imágenes que pueden dar lugar a la producción de pornografía infantil nueva que pueda ser distribuido *on line*.

II- EL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

El Tribunal Supremo español ha sido reacio a sentar una definición. La STS 30 enero 2009 (RJ 2009, 331) reconoce: “la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La STS 5 febrero 1991 (RJ 1991, 755), llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil”⁸. Posteriormente añade en la STS 30 septiembre 2010 (RJ 2010, 7650): “Por tanto, el concepto de material pornográfico sería el resultado de la combinación de dos criterios: el contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo”.

El único atisbo de definición se realiza en la STS 3 noviembre 2009 (RJ 2009, 7828), cuando adopta los términos del Protocolo de la Convención: “El objeto del delito ha de ser material pornográfico, entendiendo por tal toda representación por cualquier medio de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales; de acuerdo con el apartado c) del art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España según texto del BOE de 31 de enero de 2002”⁹.

8 STS 2 noviembre 2006 (RJ 2006, 8165).

9 La definición del art. 2.c) la pornografía infantil del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000* es “toda representación, por cualquier medio, de niños, niñas y adolescentes dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las

La Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003) en su art. 1 definía la pornografía infantil como, "cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual:

i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o

ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o

iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)".

Se trataba de la definición más completa construida en torno al concepto que incluye la "pornografía virtual": imágenes de menores producidas a través de medios técnicos, la denominada "pornografía técnica". Este concepto fue incluido en el segundo apartado del primer número del art. 189 CP en la redacción dada por la LO 11/1999, de 30 de abril de 1999. Asimismo se castiga la conducta del que distribuya material pornográfico en el que no habiendo sido utilizado directamente un menor, se emplee su voz¹⁰ o imagen alterada (número séptimo del mismo artículo). Señala REDONDO HERMIDA¹¹ que en esta opción político-criminal España se sitúa en el campo de los países más proteccionistas de los derechos del menor.

La Directiva 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Si ésta ya podía considerarse como una regulación severa, que dejaba pocos resquicios a la impunidad en materia de pornografía infantil, el nuevo instrumento es aun más omnicompreensivo y riguroso¹². Define la pornografía infantil:

partes genitales de niños, niñas y adolescentes con fines primordialmente sexuales." Definición reproducida en términos idénticos en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Lanzarote, de 25 de octubre de 2007.

10 De la Rosa, J.M.: "Delitos de pornografía infantil: Otra vuelta de tuerca", "Diario La Ley", n° 7817, afirma "En efecto, las grabaciones de audio con conversaciones sexualmente explícitas utilizando a menores entendemos podrán considerarse también material pornográfico, pues el tipo de pseudo pornografía infantil (art. 189.7 CP) expresamente incluye el material pornográfico en el que se hubiera utilizado la voz (audio) o la imagen del menor, por lo que parece que el legislador trata de abarcar estas dos modalidades pornográficas. Refuerza tal interpretación el inciso del núm. 1 del art. 189 cuando se refiere a «elaboración de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte». También cabe defender que el material pornográfico se puede integrar por una representación pictórica o escultórica realizada sobre un modelo real menor de edad".

11 Redondo Hermida: "El delito de difusión de pornografía infantil por Internet", "Diario La Ley", n° 6591, 15 de noviembre de 2006, Año XXVII.

12 De la Rosa, J.M.: "Delitos de pornografía infantil", pp. 1-7.

a) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada,

b) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales,

c) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor; con fines principalmente sexuales, o

d) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor; con fines principalmente sexuales.

III. EL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LA PORNOGRAFÍA INFANTIL¹³

El art. 2 de la Directiva contiene las definiciones y el significado de varios términos utilizados en ella. Un punto esencial se refiere a la definición de “niño”, que abarca a toda persona menor de dieciocho años. Esta edad de dieciocho años se ajusta también a las disposiciones de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

No puede decirse lo mismo de la edad para el consentimiento sexual, es decir, conforme a la definición del apartado b) art. 2, **la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor**; que varía en la legislación de los Estados miembros y va de los trece años en España a los diecisiete años en Irlanda (16 en Alemania, 14 en Austria, 16 en Bélgica, 15 en Dinamarca, 13 en España, 14 en Estonia, 16 en Finlandia, 15 en Francia, 14 en Hungría, 17 en Irlanda, 14 en Italia, 16 en Letonia, 14 en Lituania, 16 en Luxemburgo, 16 en los Países Bajos, 15 en Polonia, 15 en la República Checa, 16 en el Reino Unido, 15 en Eslovaquia y 15 en Suecia)¹⁴.

La edad de consentimiento sexual es relevante por lo que se refiere a la obligación de incriminar la pornografía infantil. La descripción de niños participando

13 En relación al consentimiento de menores e incapaces en la captación, reproducción o publicación de su imagen, ver DEVERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”, en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coordinado por J.R. DEVERDA Y BEAMONTE), Thomson-Arazandi, Cizur Menor, 2007, p. 245.

14 Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas basado en el artículo 12 de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, 16 de noviembre de 2007 (art. 1 letra b).

en comportamientos sexualmente explícitos está normalmente prohibida cuando el niño es menor de dieciocho años. No obstante, la Directiva señala que no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación. Estas cuestiones quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Los Estados miembros que hagan uso de las posibilidades que se ofrecen en la presente Directiva, lo harán en el marco del ejercicio de sus propias competencias.

La Circular 9/2011 de la FGE pone de manifiesto¹⁵ que “a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en España no existen reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. Así, con carácter general cabe incriminar todo contacto sexual realizado con persona menor de 13 años cuando el autor es mayor de 18 años. Pero cuando el autor es un adolescente penalmente responsable por tener entre 14 y 18 años tal afirmación debe matizarse, pues el contacto sexual entre adolescentes de similar edad, sin concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, puede no afectar ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales”¹⁶.

El menor, mayor de 13 años, no tiene capacidad plena en materia sexual, y así seguirá estando protegido hasta los 16 años frente a contactos sexuales con concurrencia de engaño (art. 182.1 CP) y en todo caso respecto de relaciones sexuales con prevalimiento (art. 181.3 CP). Igualmente estará protegido hasta los 18 años frente a conductas de exhibicionismo (art. 185 CP), de exhibición de pornografía (art. 186 CP), de pornografía infantil (art. 189) y frente a conductas corruptoras (art. 189.4 CP).

Ha señalado el Tribunal Supremo: “Las conductas descritas en el art. 189 tienen en común que el sujeto pasivo es un menor de 18 años (o incapaz) y que su consentimiento es no válido al existir una presunción legal en el sentido de que no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos, cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines

15 En el mismo sentido, el Dictamen 4/2011, sobre tratamiento de delitos cometidos por menores contra la indemnidad sexual de otros menores en supuestos de escasa entidad. Fiscalía de Sala Coordinadora de Menores

16 En este punto es particularmente ilustrativo el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2008, informe fechado en 4 de febrero de 2009, que considera que el contacto sexual entre menores de la misma o similar edad, sin la concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, no afectaría a la indemnidad sexual y por ello no debería ser penalmente sancionable. En este contexto cabe defender que determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible, recuerda la Circular 9/2011 FGE.

pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector doctrinal considera, en cuanto a cual sea el bien jurídico protegido, que no es tanto la indemnidad sexual de la personalidad del menor; como su dignidad como menor o su derecho a la propia imagen, lo que justifica esa irrelevancia del consentimiento de los menores de 18 años que deciden intervenir en la elaboración del material pornográfico, incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando ese consentimiento, por el contrario, si sería valido para la practica de relaciones sexuales cuando no mediasen tales circunstancias”¹⁷.

IV. DE LA POSESIÓN PARA USO PARTICULAR AL ACCESO INTENCIONADO

A partir de la reforma operada por LO 15/2003, 25 noviembre, deviene típica la posesión para uso personal de material pornográfico en cuya elaboración hubieran sido utilizados menores de edad o incapaces.

La Decisión Marco antes consignada permitió a las Partes excluir de la persecución el material para uso propio y exclusivo del fabricante. España no ha utilizado dicha posibilidad Es un tipo de delito atenuado para los casos en que la posesión de tal materia fuere para su propio uso, es decir, no para vender, distribuir o exhibir. Es el que la doctrina llama, y la jurisprudencia así lo cita¹⁸, como *delito solitario*.

Hasta la adopción del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS 27 octubre 2009 (JUR 2009, 493812), que dice “establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del art. 189.1.b CP/1995 , en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa”, la jurisprudencia tuvo un criterio muy amplio a la hora de estimar la tenencia de material pornográfico en ordenadores en los que hubiera instalado el programa Emule, o similar; como tenencia preordenada a la distribución, difusión. Actualmente considera que este precepto requiere los siguientes elementos:

a) Una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual.

b) Que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir; alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines.

¹⁷ SSTS 22 julio 2010 (RJ 2010, 3724) y 30 septiembre 2010 (RJ 2010, 7650).

¹⁸ STS 3 noviembre 2009 (RJ 2009, 7828).

c) Será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso)¹⁹.

La Directiva 2011 va más allá, contemplando los supuestos de simple acceso intencionado, al, establecer que “Debe tipificarse como infracción penal el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil. Para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago”, recogiendo en el art. 5.2 “El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

Recordemos, por lo que supone frente a la “Teoría del acceso” de la Directiva 2011, la “Teoría del salto” expuesta en STS 30 enero 2009 (RJ 2009, 331): “Con este dato, la afirmación que efectúa el acusado acerca de que “saltaron” imprevisiblemente cuando realizaba una búsqueda de pornografía de adultos, es, pues, una conclusión razonable, que debe ser mantenida en pro de una interpretación favorable en la apreciación probatoria de aquél. Desde otra perspectiva, nos encontraríamos con un claro error de tipo, pues el acusado en modo alguno puede suponer que está difundiendo ese material a terceros”.

V. EL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN.

En este punto se ha producido una clara evolución en la jurisprudencia desde la STS 10 diciembre 2004 (RJ 2005, 879), 10 de diciembre que afirmaba “cuando de conductas delictivas cometidas por varios partícipes a través de redes informáticas, como INTERNET, se trate, el propio instrumento comisivo, la “red”, bastará para integrar tanto la utilización de medios idóneos para configurar la actuación coordinada propia de la organización delictiva, como para alcanzar la finalidad pretendida, a la que ya antes aludíamos, de una mayor facilidad de comisión del delito y capacidad de lesión del bien jurídico protegido, añadiendo especiales dificultades tanto a la prevención como para la persecución del ilícito.

¹⁹ Entre otras STS 30 enero 2009 (RJ 2009, 331).

Lo esencial en estos nuevos fenómenos delictivos está, precisamente, en que la simple utilización de la red de comunicaciones informáticas supone ya el aporte del elemento de coordinación y el empleo de medio excepcional que se proyecta hacia una mayor lesividad, imprescindibles, aunque no del todo suficientes, para la consideración de la existencia de una organización criminal.

Precisándose a partir de ello, tan sólo, la puesta en relación de los diferentes sujetos intervinientes con el propósito de difusión de las imágenes con una atribución de concretos cometidos, para ver completados, en estos casos, los requisitos exigibles para la integración del concepto “organización”.

Llegando a considerar que no es lo mismo la conducta del infractor aislado que capta, elabora y distribuye por sí solo material pornográfico, incluso mediante INTERNET, que el supuesto de hallarnos ante una pluralidad de usuarios que, coincidentes en ese “lugar de encuentro” virtual, coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores, permitiendo, además, su difusión incluso a otras personas ajenas al grupo organizado.

Tras esta primera consideración, se dicta la sentencia STS 20 septiembre 2006 (RJ 2006, 6401), conocida como la de las **COMUNIDADES DE MICROSOFT** (comunidades que tienen como finalidad tanto difundir el material pornográfico indicado como constituir un punto de encuentro de pedófilos) y afirma: “El hecho de entrar en grupos que, podríamos denominar de adictos a la pornografía infantil, como existen otras numerosas variedades de adicción al consumo de productos en la red de contenido delictivo, merece la grave incrementación de la pena que supone atribuirle la condición de miembro de una organización”. Pero advierte: “El legislador, con vaguedad e imprecisiones, define la organización como un conjunto de tres a más malhechores y les exige una mínima estructura y coordinación. Esto supone que el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñen los modos o formas de actuación, la estructura jerárquica, el reparto de papeles y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes”.

Atribuir todas estas condiciones a una persona que excitada por sus inclinaciones sexuales, actuado en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina “Chat”, me parece una desmesura difícilmente aceptable por el derecho penal.

El 16 de marzo de 2011, en la llamada **Operación rescate**, la policía detuvo a 184 presuntos delincuentes sexuales contra niños e identificó a más de 200 víctimas de abuso infantil. La operación, que contó con el apoyo de Europol, identificó solamente en el primer día unos 670 sospechosos en todo el mundo, logrando salvaguardar el mayor número de víctimas en una operación de este tipo, más de 230 niños puestos

a salvo con las primeras detenciones. Los países involucrados en la operación fueron Australia, Bélgica, Canadá, Grecia, Islandia, Italia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Polonia, Rumanía, España, Reino Unido y los Estados Unidos.

Los presuntos delincuentes eran miembros de un foro en línea, boylover.net, en el que se promovían las relaciones sexuales entre adultos y jóvenes. El sitio web operado desde un servidor con sede en los Países Bajos se jactaba de tener hasta 70.000 miembros en todo el mundo. El sitio, que parecía funcionar como un “debate sólo para usuarios”, encubría en realidad una red en la que se intercambiaban y compartían imágenes ilegales y vídeos de niños sufriendo abusos.

Se trata, pues, de un nuevo concepto de organización, puesto que se vincula a un nuevo concepto de delincuencia. El mundo virtual precisa de otras definiciones, intentar trasladar las del mundo real, puede significar la impunidad o una atenuación inmerecida de graves conductas.

VI. GROOMING.

La Directiva 2011/92/UE expresa su preocupación por el Grooming en el apartado 19, “El embaucamiento de menores con fines sexuales constituye una amenaza con características específicas en el contexto de Internet, ya que este medio ofrece un anonimato sin precedentes a los usuarios puesto que pueden ocultar su identidad y sus circunstancias personales, tales como la edad. Al mismo tiempo, los Estados miembros reconocen la importancia de luchar también contra el embaucamiento de menores al margen del contexto de Internet, especialmente cuando no tiene lugar recurriendo a las tecnologías de la información y la comunicación. Se exhorta a los Estados miembros a que tipifiquen como delito la conducta en la que el embaucamiento del menor para que se reúna con el delincuente con fines sexuales se desarrolla en presencia o cerca del menor, por ejemplo en forma de delito preparatorio especial, tentativa de las infracciones contempladas en la presente Directiva o como una forma especial de abuso sexual. Independientemente de la solución jurídica por la que se opte a la hora de tipificar como delito el embaucamiento de menores sin recurrir a Internet, los Estados miembros deben velar por que se procese de alguna manera a los autores de tales delitos.”

El CP tipifica la primera de estas conductas en el art. 183 bis, conforme al cual, “El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe

de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño". La segunda, relativa a la tentativa que pueda realizar un adulto, por medio de las nuevas tecnologías, embaucando a un menor para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor, no se encuentra tipificado como tal, pudiendo acudir al delito coacciones o al delito contra la intimidad.

Este tipo penal plantea el problema de las redes sociales como lugar de encuentro. El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, garantiza la seguridad jurídica en el ámbito de la protección de datos, con la previsión, en los arts. 12 y 13, del consentimiento para el tratamiento de datos de los menores de edad, estableciendo un límite en los catorce años, salvo los supuestos legales (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Se ha transpuesto a nuestro ordenamiento la Directiva 2006/24/CE mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos, creado por la Directiva 95/46/CE en su artículo 29 el 12 de junio de 2009, en su Dictamen 5/2009 sobre redes sociales (SRS) en línea, señaló que en las SRS "los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o 'perfil'; permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeos o enlaces hacia otros sitios) y proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar", con lo que ello significa de exposición de datos a terceros por parte de menores.

El apartado 4 del art. 13 LO 15/99, impone que "Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado, en su caso, por los padres, tutores o representantes legales".

VII. LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA.

La Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (6) establece un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización. Además, la aplicación de la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos

de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales facilitará la coordinación del enjuiciamiento de los casos de abusos sexuales, explotación sexual de los menores y pornografía infantil. Esta regulación debe complementarse con la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (1), ya que algunas víctimas de la trata de seres humanos también han sido menores víctimas de abusos sexuales o explotación sexual.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, llamado Convenio de Lanzarote²⁰, dice en su art. 3 que “por ‘víctima’ se entenderá todo niño que sea objeto de explotación o abuso sexual”.

El art. 31 del Convenio de Lanzarote, establece las medidas generales de protección.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para proteger los derechos y los intereses de las víctimas, especialmente en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y actuaciones penales, en particular:

a) informándoles de sus derechos y de los servicios a su disposición y, a menos que no deseen recibir esa información, del seguimiento de su denuncia, los cargos imputados, el desarrollo general de la investigación o el procedimiento y su papel en el mismo, así como la resolución dictada;

b) velando por que, al menos en los casos en que las víctimas o sus familias puedan estar en peligro, se informe a las mismas, si es necesario, de la puesta en libertad temporal o definitiva de la persona enjuiciada o condenada;

c) ofreciéndoles, de manera compatible con las normas procesales del derecho interno, la posibilidad de ser oídas, de aportar elementos de prueba y de elegir los medios para que se expongan, directamente o por un intermediario, sus puntos de vista, necesidades y preocupaciones y se examinen los mismos;

d) prestándoles los servicios de apoyo apropiados, de manera que se expongan y se tengan debidamente en cuenta sus derechos e intereses;

e) protegiendo su intimidad, su identidad y su imagen, y adoptando medidas, de conformidad con el derecho interno, para impedir la difusión pública de cualquier información que pueda llevar a su identificación;

20 BOE 12 de noviembre de 2010 (BOE-A-2010-17392).

f) salvaguardándolas a ellas, a sus familias y a los testigos de cargo de cualquier intimidación, represalia o nueva victimización;

g) velando por que las víctimas y los autores de los delitos no tengan contacto directo en las dependencias judiciales o de las fuerzas del orden, a menos que las autoridades competentes decidan otra cosa en el interés superior del niño o por necesidades de la investigación o del procedimiento judicial.

2. Cada Parte garantizará a las víctimas, desde su primer contacto con las autoridades competentes, el acceso a la información sobre las correspondientes actuaciones judiciales o administrativas.

3. Cada Parte garantizará a las víctimas, de forma gratuita cuando esté justificado, el acceso a asistencia letrada cuando las mismas puedan actuar en calidad de partes en el procedimiento penal.

4. Cada Parte preverá la posibilidad de que las autoridades judiciales designen a un representante especial para la víctima cuando, en virtud del derecho interno, la misma pueda actuar en calidad de parte en el procedimiento penal y los que ejerzan la patria potestad sean privados de la facultad de representarla en dicho procedimiento como consecuencia de un conflicto de intereses con ella.

5. Cada Parte preverá, mediante medidas legislativas o de otro tipo y con arreglo a las condiciones que establezca el derecho interno, la posibilidad de que grupos, fundaciones, asociaciones u organizaciones gubernamentales o no gubernamentales asistan y/o apoyen a las víctimas, con su consentimiento, durante las actuaciones penales relativas a los delitos tipificados según lo dispuesto en el presente Convenio.

6. Cada Parte velará por que la información proporcionada a las víctimas de conformidad con las disposiciones del presente artículo se facilite de una manera adaptada a su edad y a su grado de madurez, y en una lengua que puedan comprender.

La Directiva establece que "(30) Las medidas de protección de los menores víctimas se adoptarán teniendo en cuenta el interés superior de estos y la evaluación de sus necesidades" y advierte que "la participación de los menores víctimas en los procesos penales no debe causarles un trauma adicional, en la medida de lo posible, como consecuencia de los interrogatorios o del contacto visual con los delincuentes. Al llevar a cabo las actuaciones necesarias, un buen conocimiento de los menores y de su comportamiento cuando se enfrentan a experiencias traumáticas contribuirá a asegurar un óptimo procedimiento de obtención de pruebas y también a reducir la tensión que experimentan los menores."

I. El papel del Ministerio Fiscal.

La Recomendación 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa 6 octubre de 2000 acerca del papel del Ministerio Fiscal en el Sistema de Justicia Penal lo define como la “autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta por una parte los derechos individuales y por otra la necesaria eficacia del sistema penal” y en su art. 3 entre sus funciones la posibilidad de que la Fiscalía deba velar porque las víctimas reciban una ayuda y asistencia efectivas. El papel que nos otorga el art. 124 CE se ve reforzado por el mandato europeo que se integra en nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 10.2 CE. El apartado 10 del art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal señala, en consonancia con ello, entre las funciones del Ministerio Fiscal la de “velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas”.

“La víctima, en el no siempre fácil camino para lograr la reparación del daño inferido por el hecho delictivo, tiene que sentirse amparada. Protección y atención con respeto a su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y a ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones, en palabras de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal. Asimismo tiene derecho a ser informada sobre el sistema de indemnizaciones, como señala el artículo 11 de la Directiva del Consejo de 29 de abril de 2004, para la indemnización a las víctimas de los delitos”, recuerda la Instrucción 8/2005 de la FGE, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal²¹.

2. Identificación de las víctimas.

El art. 15.4 de la Directiva 2011, impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para permitir a las unidades o servicios de investigación identificar a las víctimas en particular mediante el análisis de material pornográfico infantil tal como fotografías y grabaciones audiovisuales transmitidas o accesibles por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Ello conlleva la obligación que se impone a los Estados miembros de garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o del enjuiciamiento de estos hechos dispongan de instrumentos de investigación eficaces, tales como los que se utilizan contra la delincuencia organizada y en otros casos de delincuencia grave.

21 Los menores tienen la consideración de víctimas, en la Doctrina de la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo *sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*; la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000*; la Circular 1/2001, de 5 de abril, *relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*; la Instrucción 2/2006, *sobre El Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*; y la Circular 3/2009 *sobre protección de menores víctimas y testigos*.

A fin de evitar la desprotección de un menor a causa de equívocos en la determinación de la edad, el art. 18.3 establece que “Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima, sea incierta y existan razones para creer que es un menor, dicha persona sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección”. Estas situaciones se producirán en los supuestos de los menores extranjeros no acompañados (MENA), la mayoría de ellos no documentados.

3. Duración de la protección.

El art. 19 I de la Directiva 2011 amplía el marco habitual de la protección a la víctima al indicar “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal a fin de que puedan ejercer los derechos establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI, y en la presente Directiva. Los Estados miembros adoptarán en especial las medidas necesarias para asegurar la protección de los menores que comuniquen casos de abusos sufridos dentro de su propia familia”.

4. Representación del menor

La Directiva establece en el art. 20 dos situaciones:

En primer lugar, aquella en la que se encuentra el menor que carece de representación legal o que, teniéndola, mantiene un conflicto de intereses con ello. En estos supuestos “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en las investigaciones y procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, las autoridades competentes designen a un representante especial del menor víctima cuando, en virtud de la legislación nacional, los titulares de la responsabilidad parental no estén autorizados para representar al menor en el procedimiento judicial a causa de un conflicto de intereses entre ellos y el menor víctima, o cuando el menor no esté acompañado o esté separado de su familia”.

En segundo lugar, la representación jurídica a efectos de poder efectuar la completa defensa de sus intereses: “Los Estados miembros garantizarán, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, que los menores víctimas tengan acceso sin demora al asesoramiento jurídico y a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización. El asesoramiento jurídico o la representación legal serán gratuitos cuando la víctima no tenga suficientes recursos económicos”.

5. Garantías en torno a la denuncia

A fin de proteger a la menor, se prevé en el art. 15.1 que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la investigación o el enjuiciamiento de las infracciones [...] no dependan de la deposición o denuncia de la víctima, o su representante, y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque aquella retire su declaración”.

Así mismo, en el apartado (35) recomienda que se deben promover las líneas directas con los números 116 000 para menores desaparecidos, 116 006 para víctimas de delitos y 116 111 para los menores, introducidas por la Decisión 2007/116/CE de la Comisión, de 15 de febrero de 2007, relativa a la reserva del rango de numeración nacional que comienza por “116” como números armonizados para los servicios armonizados de valor social.

6. Prescripción de los hechos

Los habituales plazos de prescripción de las infracciones penales van a verse ampliados en relación a los tipos penales descritos en la Directiva, de acuerdo con el art. 15.2 “durante un período de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y que esté en consonancia con la gravedad de la infracción cometida”, dejando a discreción de cada Estado la determinación de este²².

7.- Garantías en torno a la declaración.

El Convenio de Lanzarote señala en el art. 35, y el art. 20.3 de la Directiva reproduce, las siguientes garantías:

I. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que:

a) Las entrevistas al niño tengan lugar sin demora injustificada después de que se hayan denunciado los hechos a las autoridades competentes;

b) las entrevistas al niño se realicen, en su caso, en lugares concebidos o adaptados a tal fin;

c) las entrevistas al niño se lleven a cabo por profesionales debidamente formados a tal efecto²³;

22 Así el art. 132.1.2° CP.

23 En el mismo sentido, apartado (36) de la Directiva “Los profesionales que tengan probabilidades de entrar en contacto con menores víctimas de abusos sexuales y explotación sexual deben contar con una formación adecuada para identificar a estas víctimas y relacionarse con ellas. Esta formación debe fomentarse entre los

d) en la medida de lo posible y siempre que sea apropiado, el niño sea siempre entrevistado por las mismas personas;

e) el número de entrevistas se limite al mínimo posible y en la medida estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento penal;

f) el niño pueda estar acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección, salvo decisión motivada en contrario respecto de dicha persona.

2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para que las entrevistas a la víctima o, en su caso, a un niño testigo de los hechos, puedan ser grabadas en vídeo y para que dicha grabación sea admisible como medio de prueba en el procedimiento penal, de acuerdo con las normas previstas en el derecho interno.

VIII. EL BLOQUEO EN INTERNET (BLOCKING).

La Directiva 2011 considera la importancia del bloqueo a las páginas web y la cooperación internacional, estableciendo que la pornografía infantil, que consiste en imágenes de abusos sexuales a menores, es un tipo de contenido específico que no puede considerarse la expresión de una opinión²⁴. Para combatirla es necesario reducir la difusión de material de abusos sexuales de menores dificultando la carga de tales contenidos por los delincuentes en redes de acceso público. Por lo tanto, es necesario emprender una acción para retirar tales contenidos y detener a las personas culpables de la difusión o descarga de imágenes de abusos a niños.

Ahora bien, señala la Directiva 2011, "a pesar de este esfuerzo, la retirada de contenidos de pornografía infantil a menudo no es posible cuando los materiales originales no se encuentran en la Unión, ya sea porque el Estado en que se encuentran los servidores no está dispuesto a cooperar o porque el obtener del Estado en cuestión la retirada del material resulta particularmente lento. También pueden crearse mecanismos para bloquear el acceso desde el territorio de la Unión a las páginas de Internet identificadas que contengan o difundan pornografía infantil. Las medidas adoptadas por los Estados miembros con miras a retirar o, en su caso,

miembros de las categorías siguientes cuando puedan entrar en contacto con menores víctimas: agentes de policía, fiscales, abogados, miembros de poder judicial y funcionarios de los tribunales, puericultores y personal sanitario, pero también podría aplicarse a otros grupos de personas que pudieran entrar en contacto con menores víctimas de abusos sexuales y de explotación sexual en su actividad profesional".

24 Al contrario que sucede en otras materias, los derechos de autor, por ejemplo. Ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de abril de 2011, denominada "La Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa" (COM(2011) 222 final – no publicada en el Diario Oficial).

bloquear los sitios web que contengan pornografía infantil pueden basarse en varios tipos de acciones públicas, como pueden ser: legislativas, no legislativas, judiciales u otras. En ese sentido, las disposiciones de la Directiva se entienden sin perjuicio de la acción voluntaria emprendida por las empresas de Internet para evitar un uso indebido de sus servicios, o de cualquier apoyo a una acción de estas características por parte de los Estados miembros²⁵. Cualquiera que sea la base de la acción o el método que se haya elegido, los Estados miembros deben velar por que ofrezca un nivel adecuado de seguridad jurídica y previsibilidad para los usuarios y los proveedores de servicios²⁶.

El art. 25 establece entre las medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil "2. Los Estados miembros podrán adoptar medidas para bloquear el acceso a las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil a los usuarios de Internet en su territorio. Dichas medidas se establecerán mediante unos procedimientos transparentes y ofrecerán garantías adecuadas, sobre todo con miras a garantizar que la restricción se limite a lo necesario y proporcionado, y que los usuarios estén informados del motivo de la restricción. Estas garantías también incluirán la posibilidad de recurso a los tribunales".

La Asamblea General de la OIPC-INTERPOL, en su 78reunión, celebrada en Singapur del 11 al 15 de octubre de 2009, reconoció que varios países miembros de INTERPOL ya están poniendo en práctica medidas preventivas, tales como dispositivos técnicos que bloquean el acceso a los sitios web que contienen imágenes de delitos sexuales contra menores y animó a los países miembros a que fomenten la utilización de todos los medios técnicos disponibles, incluido el bloqueo del acceso a los sitios web que contengan imágenes de delitos sexuales contra menores.²⁷

25 El CCN-CERT es la Capacidad de Respuesta a incidentes de Seguridad de la Información del Centro Criptológico Nacional. Este servicio se creó a finales del año 2006 como CERT gubernamental español, y sus funciones quedan recogidas en el capítulo VII del RD 3/2010, de 8 de enero, regulador del Esquema Nacional de Seguridad. Su principal objetivo es contribuir a la mejora del nivel de seguridad de los sistemas de información de las tres administraciones públicas existentes en España (general, autonómica y local).

INHOPE, International Association of Internet Hotlines. En 2010 INHOPE con el apoyo de la Comisión Europea, desarrolló y lanzó el INHOPE Report Management System que por primera vez ha recogido datos precisos en la web basándose en material de abuso sexual infantil (CSAM) El Informe 2010. http://www.inhope.org/Libraries/Annual_reports/2010_Annual_report.sflb.ashx Mediante una Hotline, los particulares pueden hacer un informe sobre algo que sospechan que es ilegal en Internet. La Hotline asegurará que el asunto se investiga y si se descubre que es ilegal la información se pasará a la autoridad correspondiente y en muchos casos al proveedor de servicios de Internet que aloja el contenido.

26 En Estados Unidos, el Fiscal General de Nueva York, Andrew Cuomo anunció el 11 de junio de 2008 que tres de las grandes compañías -Verizon, Sprint y Time Warner- bloquearían foros y páginas web a través de los cuales se trafique con pornografía infantil. Y la ministra de Interior francesa, Michèle Alliot-Marie, anunció el día 10 de junio de 2008 que Francia bloquearía la entrada de sus internautas a las webs con pornografía infantil instaladas en el extranjero. http://elpais.com/diario/2008/06/11/radiotv/1213135202_850215.html.

El Parlamento alemán aprobó el 20 de junio de 2009, la ley que permite bloquear páginas de internet difusoras de pornografía infantil. Los convenios fueron rubricado entre el BKA y las compañías Telefónica O2, Deutsche Telekom, Vodafone/Arcor, Alice y Kabel Deutschland, que controlan el 75 por ciento del mercado alemán. <http://www.laopinioncoruna.es/tecnologia/2009/06/20/parlamento-aleman-aprueba-bloqueo-pornografia-infantil-internet/297098.html>

27 <http://www.interpol.int/es/Criminalidad/Delitos-contra-menores/Access-blocking>.

INTERPOL es un miembro de COSPOL (Comprehensive Operational Strategic Planning for the Police) Internet Related Child Abusive Material Project (CIRCAMP)²⁸. Es un proyecto de cooperación policial europeo, en el cual el blockings se utiliza para la prevención de abusos sexuales a menores a través de la red.

²⁸ El Cospol Internet Related Child Abusive Material Project (Circamp) fue creado por la Policía noruega y la británica con la colaboración de Europol e Interpol. Esta forma de control de los contenidos cibernéticos ha sido exportada con éxito a Dinamarca, Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Malta, Polonia, Suecia, Holanda, Nueva Zelanda y Alemania.



PROTECCIÓN POST MORTEM DE LOS DERECHOS DE LA
PERSONALIDAD.
REFLEXIONANDO SOBRE LA CUESTIÓN.

*PROTECTION POST MORTEM RIGHTS FROM PERSONALITY.
REFLECTING ON THE ISSUE.*

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 112-129



María E.
COBAS
COBIELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: El presente trabajo ofrece una reflexión acerca de la trascendencia que ofrece el Derecho a la muerte y los efectos que en relación a la memoria defuncti se generan. Igualmente se analizan las cuestiones más relevantes en relación a la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con especial incidencia en la posición jurisprudencial sobre la protección post mortem de estos derechos.

PALABRAS CLAVE: Muerte, derechos de la personalidad, heredero, memoria defuncti, protección civil.

ABSTRACT: This work gives a reflection about the significance that offers the right to death and the generated effects in relation to the defuncti memory. Also, there are analyzed the key issues in relation to Law 1/1982 of May 5 of civil protection of the right to honor, to the personal and familiar privacy and to the own image, with emphasis on the jurisprudential position about the post mortem protection of these rights.

KEY WORDS: Death, personality rights, heir, memory defuncti, civil protection.

SUMARIO: I. Introduciendo el tema. II. La Ley 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y la memoria defuncti. III. Enfoque de la jurisprudencia sobre el tema.

I. INTRODUCIENDO EL TEMA.

La muerte siempre ha sido un tema muy tratado, muchos les han temido, y otros le han cantado y escrito, artistas, poetas, literatos¹.

Cada cultura tiene su propia forma de entender la muerte y la vida. El Derecho no ha permanecido inmune a sus efectos, teniendo en cuenta el acompañamiento que éste hace a las personas, antes de nacer, durante su vida, y por supuesto luego de la muerte, con la apertura de la sucesión.

La muerte produce determinados efectos relacionados la mayoría con el patrimonio y otros (menos conocidos pero por ello no menos importantes) con la propia esencia del ser humano los llamados derechos de la personalidad². Desencadena un conjunto de efectos, que a simple vista, parecen sencillos, pero que en la práctica jurídica llaman la atención; cuestión que no ha sido ignorada ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia.

Estos efectos se relacionan con la aparición, transmisión o extinción de distintos derechos. Por una parte se encuentran derechos que permanecen y se transmiten; otros derechos se extinguen con la muerte, mientras que otros se adquieren con ocasión de la muerte de una persona, pero no en virtud de sucesión mortis causa, como las pensiones de viudedad u orfandad; el seguro de vida para caso de muerte del asegurado. Los derechos de la personalidad no se mantienen al margen de esta cuestión. La razón se encuentra en todo aquello perdurable, aun después de muertos.

1 ¿Vuelve el polvo al polvo? ¿Vuela el alma al cielo? ¿Todo es sin espíritu, podredumbre y cieno? No sé; pero hay algo que explicar no puedo, algo que repugna aunque es fuerza hacerlo, el dejar tan tristes, tan solos los muertos (BÉCQUER. G.A. Rima LXXIII).

2 Tal como advierte ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, 1951, p. 2, "la sucesión mortis causa es inevitable consecuencia de la muerte un sujeto puede mientras vive retener sus bienes y abstenerse de cederlos o enajenarlos; no puede, en cambio, llevarse los al más allá, y como su personalidad se extingue con la muerte es imprescindible un nuevo titular. los romanos dijeron que las cosas pro domino suo clamant (claman por su dueño). cierto, pero aún más cierto que para servir a los hombres las cosas claman por un dueño cuando la muerte arrebató a quien lo era".

• María Elena Cobas Cobiella

En la actualidad es Profesora Contratado Doctor de la Universidad de Valencia. Licenciada en Derecho en la Universidad de la Habana en 1983. Notario en Cuba. 1992. Catedrática por la Universidad de la Habana. Dra. en Derecho Civil por la Universidad de Valencia. España (Tema. El albaceazgo, con Sobresaliente cum laude). Master en Derecho Privado por la Fundación ADEIT y Universidad de Valencia. España. Autora de numerosos artículos y publicaciones a nivel nacional e internacional.

Cabría preguntarnos ¿qué sentido tendría la vida, si no fuéramos recordados, y más aun, si nuestra memoria, como vestigio de la dignidad humana no fuera protegida³? Sin contar, que una sociedad sana debe velar porque su pueblo sea recordado con la dignidad y el honor que le corresponde.

Los llamados derechos de la personalidad se extinguen por la peculiar naturaleza de los mismos; pero no por ello, la cuestión queda solventada, su extinción viene dada porque con la muerte se extingue la personalidad, y no cabe otra opinión, bien en base al Código Civil que es claro en este sentido⁴; bien en correspondencia con el propio orden natural de la vida, y con la doctrina que ha sido concluyente en este sentido⁵. Dejando clara la cuestión de que con la muerte se extingue la personalidad, aparece la problemática jurídica, de extender esta protección más allá del fallecimiento de quien fuera titular de determinados derechos (honor, intimidad e imagen); los llamados derechos de la personalidad.

De esta forma surge el concepto de *memoria defuncti* o personalidad pretérita para paliar la situación que se genera. Comparto más, en este orden de cosas el concepto de memoria, que de personalidad, porque con la muerte se extingue la personalidad jurídica y porque en definitiva la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, ha seguido un tratamiento diferente, a los que han de "atribuirse", por llamarlo de alguna manera, el derecho de protección y las acciones correspondientes para purgar el buen nombre, la imagen o la intimidad de quien ya, no lo puede hacer,

3 Dice LEZAMA LIMA, J.: *La expresión americana*, F.C.E, Tierra Firme, México, 1993, p 23-24: "Recordar es un hecho del espíritu pero la memoria es un plasma del alma". En este sentido lo explica claramente y con convicción señala ALONSO PÉREZ, M.: "La protección civil de la personalidad pretérita. Regulación positiva", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de Murcia, 2004, p. 118: "El non omnis moriar horaciano es incuestionable. El hombre nunca muere del todo. Perdura en el recuerdo, en sus obras, en los sentimientos de parientes, amigos e instituciones. Hay una continuidad histórica, afectiva y espiritual de unos hombres con otros. Dentro de esta conexión indefinida de unos seres con otros, tiene sentido la successio in universum ius y la protección de la memoria defuncti, que es tanto como proteger lo impercedero de él: recuerdos, afectos, buen nombre".

4 Téngase en cuenta lo previsto en el art. 32 CC

5 Vid YZQUIERDO TOLSADA, M., en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (coordinado por L.F. REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 1158: "Se entiende que aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe ser también tutelada por el Derecho". En este sentido señala MONTÉS PENADÉS, V.L., en *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona* (coordinado por F. BLASCO GASCÓ), Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, p. 193, al referirse a la extinción de la personalidad y a aquellos bienes que se mantienen: "Otros bienes, en cambio, permanecen y cabe una tutela post mortem, en defensa de lo que se ha denominado personalidad pretérita, que se organiza de modo distinto. Unas veces, se confía a los herederos, como ocurre en temas de acciones de filiación, y con el derecho de rectificación, según el artículo 1º de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo. Otras veces a la persona que ha designado el difunto o, en su defecto a los parientes o al Ministerio Fiscal. Así en el caso de las acciones de protección del honor, la intimidad o la imagen (artículo 4º a 6º, Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo). Todo ello implica que ciertos bienes o derechos fundamentales o de la personalidad subsisten después de la muerte. Lo mismo ocurre con el reconocimiento de la atribución de la 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)". RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, Tomo I, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp. 23-24, 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".

extendiendo la protección a parientes, el Ministerio Fiscal y no solamente a los herederos.

El origen de la problemática desde mi punto de vista, se halla en la naturaleza de la herencia y los elementos que la componen y en la sucesión mortis causa, la cual comprende la totalidad de las titularidades tanto activas como pasivas que componen el acervo hereditario del causante que no se extinguen por su muerte, tal como advierte el art. 659 CC, el cual no describe o fija el contenido de la herencia, ni se pronuncia acerca de que sean heredables algunos de sus elementos.

La doctrina en general ha mantenido diversas tesis para explicar la naturaleza de la memoria pretérita, así tenemos algunos autores que señalan que la trascendencia de la existencia de la persona, hace que haya que proteger su memoria y el recuerdo, entendiendo que la misma no se puede sólo apreciar desde el punto de vista corporal sino que comprende bienes inmateriales en los que la muerte no incide de forma tan directa⁶, otro grupo de autores por su parte consideran que se trata de proteger a los miembros de la familia y algunos señalan que quien acciona asumiendo el papel de defensor; si resulta afectado también tendrá derecho a ser indemnizado. ALONSO PÉREZ⁷ aprecia tres manifestaciones sustanciales de la *memoria defuncti* como prolongación de la personalidad extinguida por la muerte en las personas encargadas de tutelarla; como residuo inextinguible de la dignidad humana y como lazo de unión entre vivos y muertos que fragua la historia individual y colectiva, mientras que el profesor DE VERDA, explica la naturaleza especial este derecho cuando dice: "sin embargo, a mi parecer, cabe dudar de si lo que aquí se repara es un daño moral por intromisión en el derecho al honor, intimidad o propia imagen de una persona, ya fallecida, lo que es un poco absurdo, ya que la muerte extinguió su personalidad (ex artículo 32 del Código civil); o, si, por el contrario, lo que se repara es el daño moral que experimentan los parientes más próximos, al haberse cuestionado la reputación de un familiar difunto, haberse desvelado datos privados o haberse utilizado la imagen del mismo sin el consentimiento de aquéllos"⁸; y con ello, me atrevo a asegurar, justifica uno de los supuestos que contempla la LO 1/1982, cuando permite, que aun habiendo fallecido el titular de los derechos, puedan emprender acciones el círculo familiar del difunto⁹.

6 Dice al respecto ROVIRA SUEIRO M. E., en AA.VV.: *Tratado de Responsabilidad Civil* (coordinado por L.F. REGLERO CAMPOS), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 430: "Lo que se trata es de proteger la memoria del fallecido lo cual es fácilmente explicable desde un punto de vista metajurídico dada la trascendencia de la existencia de la persona que hace que determinados bienes de la personalidad, aquellos que integran su patrimonio moral, no presupongan en todo caso la necesidad de actuación de un titular vivo, sino que pueden mantenerse en el presente en forma de un recuerdo. Precisamente esa innegable realidad del recuerdo es la que resulta protegida por el mencionado art. 4 siguiendo el ejemplo de otros países de nuestro entorno (Alemania, Francia, Portugal, etc.)".

7 Vid. ALONSO PÉREZ, M.: "Protección civil", cit., p. 120.

8 Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de creación literaria y protección post mortem del derecho al honor", Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril, "La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y legislación", n° 7090, 2009, pp. 6-7.

9 Hablo de difunto, porque resultaría no ajustado a la normativa de derecho positivo, hablar de causante, al no tratarse de un supuesto de derecho hereditario, aunque esta cuestión nazca con la apertura de la sucesión.

Por ello la solución que se ha dado a la cuestión pasa por diversas tesis; reflejadas en los distintos ordenamientos jurídicos, siendo desde mi punto de vista una solución encaminada a ofrecer el reconocimiento de acciones en el ámbito procesal, como marco legal para la protección, tanto de la *memoria defuncti*, como del daño en el entorno familiar que sobrevive al causante, pero poco recreada dentro del ámbito del derecho sustantivo porque la cualidad de heredero no abarca estos derechos, ni entran dentro de la herencia porque la propia naturaleza de los derechos de la personalidad impide su transmisibilidad.

Aun entendiendo esta idea central, que los derechos de la personalidad acaban cuando acaba la vida, es innegable, que existe un más allá de ese momento, al cual el derecho positivo, necesita ofrecerle alguna solución, bien al aspecto moral del tema, como al contenido patrimonial, que se desprende de estos derechos. ¿Quién mejor; cabría preguntarse, que los más cercanos al difunto, la familia y los herederos?, aunque este punto no ha gozado de unanimidad en la doctrina¹⁰.

Los tribunales en general en sede de Derecho comparado tampoco han mantenido una unanimidad sobre el tema. Los tribunales suizos consideran que los herederos actúan casi directamente en estas cuestiones, casi por derecho propio, porque los recuerdos de los que ya no están se incorporan a nuestro propio yo. En Francia algún autor ha defendido la idea de que los herederos reciben por vía hereditaria las facultades necesarias para defender la memoria del causante (término bien empleado en este contexto), mientras España ha optado por otra línea.

YZQUIERDO TOLSADA considera que, más que una condición de heredero lo que existen es un conjunto de acciones de protección para después de la muerte del disponente y considera que este defensor de la memoria guarda semejanza con la figura del albacea testamentario¹¹. Aunque cabe señalar, que la comparativa con el albacea testamentario, entonces no sería ajustada al primer planteamiento, porque el ejecutor testamentario nace sólo como expresión de la última voluntad del testador, sin contar que por demás de admitir esta posición, se dejaría sin efecto a los otros parientes y familiares, o la propia Fiscalía, que no han sido designados por la sucesión testamentaria¹².

¹⁰ A contrario sensu ALONSO PÉREZ, M.: "Protección civil", cit., p. 121.

¹¹ Señala en este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., en AA.VV.: *Tratado*, cit., 1158, que "es una suerte de disposición inter vivos de las acciones protectoras, efectuada para después de la muerte del disponente. A lo que más se parece este defensor de la memoria es al albacea testamentario autorizado por el testador para cometidos distintos de los habituales (art. 901 CC), pero siempre que no se pierda de vista que los beneficiarios de la actuación procesal, y a quienes habrá de rendir cuentas de la gestión no son aquí los herederos (art. 907, párr. 1º CC), sino las personas enumeradas en el art. 4.2 (art. 9.4)". Esta analogía con la figura del albacea sirve al propósito de entender la cuestión, pero queda alejada de la naturaleza peculiar del ejecutor testamentario.

¹² Vid COBAS COBIELLA, M.E: *El albaceazgo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 59 y ss. en relación a la naturaleza jurídica del albacea.

Los conceptos de heredero, cualidad de heredero, herencia siguen generando cierto temor; permanece latente en relación a los derechos de la personalidad y su protección un cierto temor¹³, prefiriéndose hablar en términos de memoria pretérita, protección post mortem a derechos que, ya se han extinguido, pero que no acaban desde mi punto de vista de clarificar la cuestión. Si leemos atentamente el citado cuerpo legal (LO 1/1982) y dentro de ellos, los arts. 4 y 5, si bien, en el art. 5, se hace referencia a parientes, nótese que sólo son los más cercanos, y no corresponde ese derecho a nadie ajeno al ámbito familiar; salvo, que haya habido un testamento; en cuyo caso tendrán los designados en él, la condición de sucesores testamentarios y prevalecerá la ley de la sucesión, que es la voluntad del testador¹⁴. Pero no cabe la menor duda, que el legislador ha optado por otro razonamiento, obviando la idea de clásico corte romanista que el heredero era un continuador de la personalidad del causante y esta es la razón de que la ambigüedad y alguna que otra contradicción se detente del texto de la ley y de las contrarias posiciones doctrinales.

Razonamiento que bifurca los caminos, por un lado el heredero es un actor principal en cuanto a la herencia y a las relaciones jurídicas sucesorias que se suscitan, y por otro lado, en lo que se refiere a la memoria del difunto y su protección, constituye un actor secundario¹⁵.

II. LA LEY 1/82, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN Y LA MEMORIA DEFUNCTI.

Con la muerte se extingue la persona y con ella la personalidad jurídica tal como ratifica el CC, de ahí que en el Derecho hereditario español no cabe hablar

13 Sin embargo, cabe destacar que la cualidad de heredero, tal como la entiende algún sector de la doctrina, de reconocido prestigio, viene dada como "cualidad personal, título honorífico o dignidad personal se puede ser heredero de quien carece de bienes, porque el indigente también es, en su pobreza, soberano de los suyos, es decir de sus parientes, y es también eslabón en la cadena que liga con vínculos religiosos a los antepasados, dioses familiares, con la generación que vive y con las futuras" (ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio*, cit., p. 11).

14 Es de señalar que durante los debates en relación a la LO 1/1982 fue objeto de debate, que el sucesor o heredero pudiera defender desde el punto de vista patrimonial la moral del difunto, en especial el grupo parlamentario Comunista del Congreso, siguiendo la tesis romanista del heredero como continuador de la personalidad del causante. Pero prevaleció la posición que ha recogido la citada Ley, de desdeñar la figura al heredero y ofrecer una mayor autonomía de la voluntad, que abarca desde familiares o parientes hasta la figura del Ministerio Fiscal, cuya participación se justifica con el interés público, aunque con unos plazos demasiado extensos para actuar, 80 años a tenor del artículo cuarto apartado tres de la Ley.

15 Vid ALONSO PÉREZ, M.: "Protección civil", cit., p. 5. Aunque curiosamente, y a pesar de estos dos caminos, la ley sigue valorando al heredero en cuanto a la indemnización, dejando al margen a las otras personas que pueden intervenir para proteger la memoria de quien ya no está, porque el art. 9.4 LO 1/1982, regula que: "el importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado."

de transmisión mortis causa de estos derechos por tratarse de derechos de la personalidad que por su propia y especial naturaleza se extinguen con la muerte de su titular. Esto podría ser una primera conclusión. El art. 32 CC español no da otra alternativa, con buena lógica jurídica.

Ha sido una posición constante de la jurisprudencia advertir el carácter íntimo y personalísimo que ostentan los derechos de la personalidad, por su vinculación con la dignidad de la persona, teniendo en cuenta además lo previsto por el art. 10 CE como ámbito propio y reservado frente a los demás e indispensables en cualquier cultura y modo de vida para mantener una calidad y orden mínimo de la vida humana¹⁶.

Esta nota personalísima no ha constituido un obstáculo para que el art. 4 LO 1/1982 reconozca la denominada "tutela post mortem" de los derechos de la personalidad siguiendo de alguna forma la tendencia de otros ordenamientos jurídicos civiles y alguna doctrina en la materia¹⁷. Consideración que surge, por una necesidad práctica de resolver de alguna forma las situaciones que se pueden producir por intromisiones en la memoria de una persona ya fallecida; porque resulta claro, que al fallecido; poco, ya le puede afectar esto y sin embargo, si a su familia y a ciertos intereses que protege también la ley como el interés general y social, así como a interés histórico, científico o cultural relevante¹⁸. Sin embargo cabe decir que la redacción del art. 4.1 de la Ley, no es del todo adecuado, porque establece el ejercicio de acciones para proteger el honor, la intimidad o la imagen de una persona

16 SAP Cáceres 26 abril 2004 (JUR 2004, 147675).

17 Como por ejemplo el CC italiano que en su art. 10 concede a los familiares del difunto (padres, cónyuges e hijos) la facultad de accionar contra la persona que ha abusado de la imagen de otra y obtener por tanto que le sean reparados los daños y perjuicios. La doctrina francesa reconoce alguna protección jurídica a los derechos de la personalidad que puede ser ejercitada por los parientes del titular de los mismos insistiendo en todo caso que pueden actuar como miembros de la familia y no como sucesores, al tratarse de derechos extrapatrimoniales. Vid PERREAU, E. H: «Des droits de la personnalité», «Revue trimestrelle de Droit Civil», pp. 526 y ss. Aunque es de significar que la citada doctrina francesa ha sido reacia a admitir la existencia de una memoria pretérita por entender que no es posible hablar de los derechos de los muertos porque no existen. Vid BEIGNIER, B: «La vie privée: un droit des vivants» (D 2000, Jur 372). La doctrina civil argentina considera la normativa en la materia insuficiente y restrictiva al considerar que deben ampliarse los legitimados para el reclamo del daño moral, de ahí que los proyectos de CC han consagrado normas más generosas en la materia, en este sentido comenta PARELLADA C., en AA.VV: *El Daño moral en Iberoamérica* (coordinado por G. M. PÉREZ FUENTES), Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Programa de mejoramiento del profesorado, Secretaría de Educación Pública, México, 2006, p. 44: "Así, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, contiene en el numeral 1689 una norma que dispone que la persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extramatrimonial. Si sufre una gran discapacidad, o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y quienes convivan con ella recibiendo trato familiar ostensible. Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias".

18 Este último a tenor de lo que regula el art. 8.1 LO 1/1982. Vid STS 21 diciembre 1994 (RJ 1994, 9775), (Caso "La Chulapona"), donde se optó por el interés cultural relevante en vez de la defensa de l valor patrimonial que puede tener la imagen de la fallecida, donde además se niega siguiendo la tesis mantenida por el TC, que el recurso de amparo sólo es a favor de las personas vivas, y que puedan ser protegidos por vía judicial, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria.

fallecida, y, esto es desacertado los muertos ya no tienen ninguno de estos atributos, no se les puede dañar. Sólo se les puede reivindicar su memoria¹⁹.

La LO 1/1982 trata la cuestión, ya desde el Preámbulo de la misma que entiende que el respeto a la memoria del que ha fallecido constituye una prolongación de aquel y debe ser protegida²⁰, estableciéndose con esta regulación un supuesto de legitimación especial y peculiar del ejercicio de acciones con posterioridad al fallecimiento de la persona que ostentaba la titularidad del derecho. Por tanto, si bien se produce la extinción de los derechos de la personalidad por su naturaleza consustancial al hombre, subsisten y son transmisibles las acciones que corresponderían en su caso al causante, a los herederos en esta condición o a los familiares o parientes como miembros de la familia, aunque interesa destacar que estas acciones que se transmiten no forman parte de la herencia. Este es el modelo que sigue la citada Ley; solventando de alguna forma la cuestión, al sustituir “herederos “por parientes”; dejando así al margen la posible transmisibilidad mortis causa, y salvando en cierto modo la idea de que estos derechos puedan ser objeto de la herencia²¹.

Esta regulación favorece la existencia de una tutela post mortem en defensa de lo que ha llamado algún sector de la doctrina como personalidad pretérita, que constituye en definitiva una forma de organización de las personas sobre las cuáles recae la posibilidad de accionar cuando han sido vulnerados determinados derechos de la personalidad entre los que se encuentran el honor, la imagen y la intimidad. De ahí que, una vez fallecido el titular de los citados derechos, la LO 1/1982 establece ciertas normas de naturaleza especial o peculiar para los casos en que se produzca intromisión de los derechos de una persona fallecida o los derechos de una persona que fallece posteriormente a la lesión. En este sentido la doctrina jurisprudencial ha considerado que los herederos puedan sustituir al causante en determinadas acciones, reconociendo además su carácter personal, mientras que en otras ocasiones ordena la extinción automática de las mismas²².

19 En cualquier caso cabe decir que es un intento legislativo de valor para reafirmar la *memoria defuncti*, y en ese sentido es un logro, con independencia de la desacertada técnica jurídica empleada.

20 Se señala en el mismo: “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente”.

21 Cito en este sentido a PALAZÓN GARRIDO: “La protección post mortem del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (Consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999: Caso Marlene Dietrich)”, AC, Doctrina XXX, p. 512 : “En definitiva, la LO 1/1982 articula la mera posibilidad de defensa del contenido moral y patrimonial de la imagen del fallecido pero, en puridad de conceptos, no su supervivencia tras la muerte del titular ni mucho menos su transmisibilidad mortis causa. Y ello porque nótese que la supervivencia del contenido económico del derecho y su heredabilidad no sólo supone la legitimación para ejercitar, en su caso, acciones frente a eventuales intromisiones, que constituye el aspecto negativo del problema, sino también la posibilidad de que aquellos que han adquirido dicho contenido, realicen negocios jurídicos cuyo objeto sea la imagen del fallecido”.

22 Vid ATC 242/1998, de 11 noviembre 1998, que señala: “Así, mientras el ordenamiento jurídico permite en

En el intento de justificar la citada protección de estos derechos, así como la sucesión procesal en la continuidad del ejercicio de acción civil de estos derechos-situación que me parece muy acertada-, el fundamento de ello no debe encontrarse en el planteamiento de que se repara un daño moral por la intromisión en el derecho al honor, a la imagen o a la intimidad de quien ya ha fallecido por haberse extinguido su personalidad; y por tanto se protege el derecho subjetivo que tuviera en vida este titular. Desde mi parecer, lo que se repara es el daño moral que se les pueda ocasionar a los parientes más próximos y cercanos al mismo, con fundamento además en el principio universal de respeto a los que han fallecido, basados en principios de moral, decencia y discreción, por una parte. Y por otra parte proteger el recuerdo, la imagen de quien ya no está, como "guardián de la memoria del causante"²³, alejando así el fantasma de la herencia y del heredero.

Dentro de este tema se puede presentar una cuestión interesante, que es el llamado derecho al olvido o derecho al deshonor; como derecho a no ser reabierta una herida, so pena de hacer más daño a la familia del difunto, derechos desconocidos en la legislación española en relación a los derechos de la personalidad²⁴.

En este sentido es interesante que la doctrina más antigua²⁵ en la materia, razonaba que era válido el ejercicio de las acciones que se encontraban pendientes al momento del fallecimiento del causante, no así las posteriores a su fallecimiento, en contraposición con la LO 1/1982 que regula acciones que nacen con posterioridad a la muerte del causante.

Aunque si atendemos consecuentemente a todas las razones doctrinales que aparecen en torno a esta problemática; pudo perfectamente el legislador tratar esta cuestión desde distintos puntos de vista; bien como una sucesión anómala o especial o como facultades que nacen ex novo para determinados sujetos o entendiendo que la legitimación trae causa en los herederos. Pero concedió la legitimación al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 4.2).

ocasiones que los herederos pueden sustituir al causante en el ejercicio de ciertas acciones personales por la repercusión que puede tener para aquéllos, como ocurre en relación con el derecho al honor y a la imagen; en otras ocasiones es la propia ley la que impide expresamente esa posibilidad de sucesión procesal, ordenando la extinción automática de la acción cuando se produce el hecho de la muerte, tal como se dispone, por ejemplo, en el artículo 88 del Código Civil en relación con el ejercicio del divorcio".

- 23 SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1987, p. 36-37.
- 24 Vid ALONSO PÉREZ, M.: "Daños causados a la Memoria del difunto y su reparación", <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, p. 13.
- 25 ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio*, cit., p. 23, "Se extinguen, además con la muerte del titular los llamados derechos de la personalidad, tales como el derecho al nombre, a la imagen, al honor, al derecho moral de autor, etc.; pero es de tener en cuenta que subsisten y son transmisibles a los herederos las acciones ya deducidas en juicio por el de cuyos. Por otra parte, tanto los herederos, en cuanto tales, como los próximos parientes, por ser miembros de una familia, cuya dignidad o deshonor les alcanza, pueden ejercitar directamente las acciones encaminadas a velar por la memoria del fallecido preservándola de ultrajes póstumos".

Con esta regulación se amplían los mecanismos de protección de estos derechos: el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen hasta después de la muerte de la persona que ostentara la titularidad de los mismos²⁶, aunque realmente no es un caso de transmisión *mortis causa*; cuestión, justificada en la LO 1/1982. Simplemente se protege la *memoria defuncti*.

La citada Ley distingue dos supuestos de personas con derechos a instar la protección y la tutela jurídica: en primer lugar a los que se hayan designado en el testamento que puede ser un extraño ajeno a la familia e incluso una persona jurídica sin que tengan que ser precisamente personas que ostenten la condición de herederos forzosos, por otra parte, en el art. 4.2 se establecen un grupo de parientes y el cónyuge que sobrevivan al titular del derecho, también con legitimación para accionar pero en cuya regulación no se respetan los llamados o el orden para suceder que sigue el CC²⁷, todo lo cual me hace insistir en la idea de que, no se ha pensado en estas personas como herederos o sucesores del titular del derecho de la personalidad en el sentido etimológico y jurídico de la palabra²⁸.

El fundamento esencial que se esgrime para sustentar el ejercicio de las acciones es válido visto en su conjunto pero no completa los distintos supuestos que regula la Ley, ya que el criterio mayoritariamente defendido es el deber de protección familiar; lo cual no encaja con lo previsto en el art. 4 LO 1/1982 que reconoce el derecho a ejercitar las acciones a la persona designada en el testamento que incluso puede ser una persona jurídica o un extraño al entorno familiar o inclusive un pariente que no coincida con los herederos con derechos legitimarios²⁹, extendiéndose incluso al

26 Tal como se advierte en el Preámbulo de la Ley cuando establece: "En los artículos cuarto al sexto de la Ley se contempla el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado. Las consecuencias del mismo en orden a la protección de estos derechos se determinan según el momento en que la lesión se produjo. En el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la Ley, sólo subsistirán éstas si no hubieran podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si se pudo ejercitarlas y no se hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal. En cambio, la acción ya entablada sí será transmisible porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización".

27 Si tenemos en cuenta lo previsto en el art. 807 CC podemos apreciar que la LO 1/1982 en su articulado no toma en consideración lo previsto en materia testamentaria y de legítimas al hacer mención a la persona que se designe en el testamento como defensor de la memoria, cuya regulación se aparta de los postulados tradicionales en materia de sucesión *mortis causa*. Por otra parte la ausencia de personas que en ausencia de testamento deben proteger la personalidad pretérita del titular tampoco se fundamenta en los principios y llamados que informan la sucesión intestada tal como lo regula el Código Civil en sus artículos 913, 930 y siguientes que regulan el orden de suceder según la diversidad de líneas, aunque a mi juicio la falta de prelación o preferencia de los parientes en este sentido pueden generar problemas debiendo haberse marcado un orden entre ellos respecto a la legitimación para el ejercicio de la acción.

28 Justifica esta idea DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Libertad de creación literaria", cit., pp. 6-7, "A este respecto, hay que observar que es a los familiares, a quienes el artículo 4 de la Ley Orgánica atribuye legitimación activa para ejercitar la acción; e igualmente, el artículo 9.4 de la Ley les señala como acreedores de la indemnización; y no, a los herederos del difunto, como, en cambio, establece el mismo precepto, en los casos de sucesión procesal de la acción, ya ejercitada en vida de la persona fallecida en el curso del proceso". Continúa el citado autor haciendo una analogía entre la indemnización por causa de muerte, que corresponde a los familiares próximos del difunto y no, a los herederos con la cuestión, que se suscita en la protección póstuma de los derechos de la personalidad".

29 Hay que tener en cuenta que si bien el testamento generalmente contiene disposiciones testamentarias es

Ministerio Fiscal en virtud de lo previsto en el art. 4.3 LO 1/1982. La intervención del citado Ministerio aparece avalada por el interés público o social, protegido constitucionalmente, pero sólo en defecto, de aquellos, que en buena lid, deben ser los corresponsales de este derecho³⁰.

Es destacar asimismo la reciente modificación de la LO 1/1982, en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio³¹, que amplía la acción en caso de fallecimiento por vía penal: "En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores".

En todo caso cualquiera que sea el fundamento que le concedamos a estas acciones, debe distinguirse entre los derechos de la personalidad del fallecido y los que ostentan las personas vivas de su entorno por tratarse de situaciones diferentes, aunque teniendo en cuenta que siempre se trata de proteger la *memoria defuncti*³².

Ambas situaciones confluyen y aún cuando la muerte de la persona hace que pierda su esencia corporal hay aspectos y cuestiones que por su naturaleza inmaterial perduran. Resulta interesante la distinción que hace desde el punto de vista doctrinal, la autora ROVIRA SUEIRO entre los derechos del fallecido y los derechos de la familia o personas vivas relacionadas con él, porque confluyen espacios o zonas comunes entre el patrimonio moral del difunto y los propios intereses morales de los familiares; lo cual permite invocar un derecho propio³³. Hasta aquí, la explicación

igualmente válido aquél que contenga simplemente una designación para el ejercicio de determinadas acciones donde puede encontrarse la de proteger los derechos de la personalidad. También puede igualmente darse la situación que el titular de los derechos carezca de herederos legítimos y quien designe como heredero universal deba asumir como tal la defensa de los derechos de la personalidad.

- 30 El fundamento de esta actuación se encuentra en el art. 4.3 de la citada Ley, en correspondencia con el principio constitucional que sienta el art. 124 CE y el art. 1 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Más sobre este tema, ALONSO PÉREZ, M.: "Protección civil", cit., pp. 126-127.
- 31 Se añade el apartado 4, en el art. 4 en virtud de la LO 5/2010, que a su vez modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Igualmente se entiende como intromisión legítima lo previsto en el artículo séptimo, apartado 8, agregado también en razón a la Ley 5/2010 que regula: "La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas".
- 32 Vid ALONSO PÉREZ, M.: "Daños causados", cit., p.17.
- 33 En este sentido resulta interesante el planteamiento que hace ROVIRA SUEIRO: *Lecciones*, cit., pp. 430-431, al decir: "A nuestro juicio es preciso buscar una justificación acorde con las peculiaridades de su previsión legal. En tal sentido consideramos que debe partirse de la diferenciación entre los derechos de la personalidad del fallecido y los derechos de la personalidad de las personas vivas ligadas a él. Respecto de los primeros, aun cuando fuesen ejercitados por los familiares se trataría de derechos distintos de los eventuales derechos de éstos derivados de su propia relación con el difunto, así el derecho de un cónyuge viudo por el atentado del honor del fallecido es distinto del derecho al honor socialmente reconocido al cónyuge fallecido. En relación a los segundos, la explicación se encontraría en el hecho de que las relaciones de afecto diluyen el patrimonio moral del fallecido con el de sus familiares de tal suerte que existen zonas comunes a ambos patrimonios que son, en definitiva, las que permiten a éstos invocar un derecho como propio. Así las cosas, la dificultad se circunscribiría al porqué de

es plausible, el problema es cuando intervienen otras personas llamadas por la ley, como el Ministerio Fiscal, ya que resulta complicado hablar de derecho propio o incluso acreditar un interés general o social para proteger la memoria de alguien; sobre todo si ha pasado mucho tiempo³⁴.

La regulación de la Ley en este tema es de corte generalista y deja muchas cuestiones sin resolver; para lo cual habrá que atenerse a lo previsto en el CC en materia de Derecho de Sucesiones y de Derecho de Familia; habida cuenta el carácter supletorio del Código. El art. 4 no hace mención al tipo de testamento; tampoco se soluciona el supuesto que se plantea, si toda la herencia está distribuida en legados. Otras cuestiones que quedan sin resolver son las concernientes a la institución de heredero sujeta a una sustitución hereditaria, y si le corresponde la acción al sustituto en caso que el primer designado no acudiera a la sucesión o cómo resolver la cuestión que se plantea, si el heredero instituido en el testamento post muere a su vez, sin aceptar ni repudiar la herencia; si heredarían los sucesores del transmitente en virtud del art. 1006 CC, o si el testador nombró albacea, hasta dónde alcanzan sus facultades; y si dentro de ellas, se incluye la de ejercer acciones civiles para reivindicar la memoria del testador.

Finalmente, las uniones *more uxorio* no pueden ejercitar estas acciones; pues la ley en este punto es clara, sólo hace mención al cónyuge, sin embargo la reciente Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana en su art. 14 regula que “si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite”, por tanto las parejas de hechos formalizadas pueden acceder; si así la ley lo permite a las acciones para reclamar la protección de los derechos de la personalidad en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

III. ENFOQUE DE LA JURISPRUDENCIA.

Hay unanimidad en un amplio sector de la jurisprudencia en entender que los derechos de la personalidad, el honor, la intimidad y la imagen que se regulan en el art. 18 CE constituyen derechos fundamentales que se vinculan con la persona,

la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen cuando éstos no trascienden a las personas relacionadas en el art 4.2 y cuando son ejercitados por la persona designada en testamento o por el Ministerio Fiscal”. CABEZUELO ARENAS A.L: “Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen”, “La Ley”, 1999-I, 1580 también desarrolla la cuestión separando los intereses que confluyen y que dan origen a acciones distintas, por la propia naturaleza de los intereses que se defienden, en un caso el interés ajeno cuando se protege el nombre de quien ha fallecido y en el otro caso las consecuencias negativas que trae para la familia las ofensas a la memoria de quien ya no está.

34 Lo explica acertadamente ALONSO PÉREZ, M.: “Protección civil”, cit., p.127.

con la personalidad y con la dignidad humana. Idea que fundamenta por tanto las características que tienen los mismos de intransmisibilidad, indisponibilidad, irrenunciables e imprescriptibles³⁵, lo que implica la existencia de un espacio o entorno reservado a cada persona y vinculados a su existencia³⁶, siendo la persona cuyos derechos hayan sido lesionados a los que corresponde la legitimación activa para ejercitar la acción de reparar el daño haciendo efectiva por tanto la responsabilidad civil de quien ha invadido esta esfera de intimidad.

Sin embargo aún y a pesar de la naturaleza personalísima de los derechos de la personalidad que no es desconocida, el ordenamiento jurídico español reconoce la existencia de medidas de tutela o protección a estos derechos; hecho que tampoco ignora la jurisprudencia al tratar esta materia al advertir y admitir la existencia de diversas manifestaciones de los mismos, que aunque se desvinculan de la persona en cuestión afectada por la intromisión en sus derechos pueden ser ejercidos por determinadas personas.

La jurisprudencia ha considerado que el fundamento de esta protección se encuentra en la relación familiar³⁷, en el vínculo que existe entre determinados aspectos o momentos de la vida de cada persona y su entorno, de ahí que sea necesario evaluar cada caso y situación en concreto por las afectaciones que pueden padecer padres, cónyuges e hijos en general³⁸.

35 Vid MONTÉS PEÑADES, V.L: *Derecho Civil* cit., p.158.

36 En este sentido se pronuncia la SAP 26 abril 2004 Cáceres (JUR 2004, 147675) comentando STC 134/1999, de 15 julio 1999, apreciando que: "Lo que el art.18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos, o lo que hacemos, velando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos".

37 Esta tesis entra en contradicción con el hecho de que en estos procesos, pueda intervenir el Ministerio Fiscal y las personas jurídicas, si éstas últimas, ostentan la condición de sucesores testamentarios.

38 En este sentido señala la STC 231/1988, de 2 diciembre 1988, FJ 4º: "Debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existentes con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la Constitución protegen. Sin duda, será necesario en cada caso examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero, al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible". Alguna jurisprudencia extiende la protección de estos derechos de la personalidad no sólo en relación a la propia persona sino respecto también de su ámbito familiar señalando en cuanto a ello en el FJ 5º lo siguiente: "En aras de la tutela judicial efectiva, y si por las circunstancias del caso se pudiera deducir que el daño moral que protesta haber recibido el apelante, no lo experimentara por un atentado contra su honor, sino por una vulneración de su derecho a la intimidad personal y familiar o a su prestigio profesional, que ha sido quebrantado con la indebida difusión de una noticia, que, en su perjuicio revela una situación económica poco favorable, conviene advertir que, como establece la STC 20 de mayo 2002, el derecho fundamental a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por

La jurisprudencia delimita claramente entre los derechos que tiene el titular y que desaparecen con la muerte y las acciones de protección civil que se pueden generar en torno a esto. Dicha distinción fundamental se establece en orden a la dimensión constitucional; los derechos de la personalidad son protegidos como derechos fundamentales mientras que las referidas acciones carecen de este tratamiento³⁹.

Más recientemente sin embargo, y a pesar de haber sostenido, que sólo las personas vivas puedan tener derecho de amparo en la renombrada STC 231/1988, en el conocido caso Paquirri, esta doctrina ha sido matizada⁴⁰, pero en la solución final, ha cedido ante otros derechos como es el de la información por ejemplo, en el caso de la STC 43/2004, la cual no obstante, no estimó el correspondiente recurso, lo cual ha invadido de cierta ambigüedad el tema.

Sin embargo la doctrina jurisprudencial no ha sido, ni es ajena al vínculo existente y a la relación innegable entre los aspectos de la vida personal y propia con los aspectos de la vida de otra persona, en relación al derecho a la intimidad personal y familiar; lo que facilita la protección de lo que la doctrina ha llamado personalidad pretérita, ya que teniendo en cuenta la lógica que preside al derecho, no es posible separar la individualidad de cada persona, su destino y ciertas situaciones en las que se pueda ver inmersa la misma, de su entorno y de grupos de personas con las que le unen relaciones familiares o de afecto. En todo caso relativizan la protección de los derechos de la personalidad teniendo siempre en cuenta cada circunstancia en concreto y las características singulares que concurren en los diversos supuestos de hecho y en correspondencia con la persona titular del derecho, de ahí que en todo caso hay que tener en cuenta las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y siguiendo las pautas de comportamiento que cada persona según sus actos mantenga.

terceros y a una publicidad no querida. Así, pues, no se garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”.

39 Las agresiones a la *memoria defuncti* se deben reparar por vía civil, no por el cauce constitucional. Resulta representativa la STC 231/1988, de 2 de diciembre 1988, al referirse a este tema cuando advierte: “Ciertamente, el ordenamiento jurídico español reconoce en algunas ocasiones diversas dimensiones o manifestaciones de estos derechos que, desvinculándose ya de la persona del afectado, pueden ejercerse por terceras personas. Así el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, enumera las medidas integrantes de la tutela judicial de los derechos al honor; a la intimidad personal y a la propia imagen, entre las que se incluye la eventual condena a indemnizar los perjuicios causados; y el artículo 4 de la misma Ley prevé la posibilidad de que el ejercicio de las correspondientes acciones de protección civil de los mencionados derechos corresponda a los designados en testamento por el afectado, o a los familiares de éste. Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos y extinguida su personalidad -según determina el artículo 32 del Código Civil, “la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”- lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional que está encaminada a garantizar, como se ha dicho, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente”.

40 Vid DEVERDA, BEAMONTE, J.R.: “La protección constitucional del derecho a la propia imagen”, en AA.VV.: *El Derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 38-39.

Se invocan por tanto derechos como pueden ser la intimidad personal y familiar que trascienden del fallecido y que afectan a la familia y que son tenidos en cuenta por la jurisprudencia pero partiendo del presupuesto de que se ha extinguido la personalidad de quien ostentaba la titularidad, porque al producirse el fallecimiento deja de existir ese ámbito vital reservado a la protección constitucional tal como señala la propia Sentencia del Tribunal Constitucional referida anteriormente, entendiéndose que el derecho que se invoca, es el derecho a disponer de la imagen de una persona que ya ha desaparecido y que si bien la eventual explotación económica es protegible según lo que dispone la LO 1/1982 en vía civil y susceptible de poseer un contenido económico, este derecho no lo puede ser en vía de amparo porque una vez que fallece el titular de ese bien de la personalidad deja de existir un verdadero objeto del derecho fundamental- que lo constituye el derecho de la personalidad- aun cuando puedan pervivir sus efectos patrimoniales⁴¹. Pero teniendo en cuenta que existe un marco legal para la protección del ejercicio de acciones civiles para un grupo de personas, la jurisprudencia ha abocado por la existencia de un derecho a la intimidad de la familia en relación al fallecido y al dolor y circunstancias en qué se ha producido la muerte, dando lugar a acciones civiles⁴².

Desde el punto de vista procesal hay que tener en cuenta que si bien los arts. 4 y 9 LO 1/1982 se refieren a las personas legitimadas, a la indemnización y a las personas a quienes les corresponde lo cual han reconocido los tribunales, se exige que para que pueden percibir la misma deberán haber ejercitado la correspondiente acción y haber sido parte del procedimiento⁴³, evidenciándose de esta forma que las acciones correspondan a quienes tengan un interés legítimo y que sea debidamente acreditado como corresponde en el orden del procedimiento. Por ello la jurisprudencia, en el análisis de los sujetos que ostentan un interés legítimo, ha entendido que éste es una categoría más amplia que la de derecho subjetivo, precisando que la legitimación activa se concede a toda persona cuyo círculo jurídico

41 En este sentido señala la STC 231/1998, ya citada: "Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, y en esta vía, el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional... (ya que lo que) se invoca es, en realidad, el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, protegible, según la Ley 1/1982 en vías civiles y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aún cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales"

42 Hay que observar, que no siempre hay unanimidad en orden a estas cuestiones. Vid STC 171/1990, de 12 de noviembre, STC 172/1990, de 12 de noviembre, y STS 21 diciembre 1994 (RJ 1994, 9775).

43 La SAP Cáceres 26 abril 2004 (JUR 2004, 147675) reconoce los derechos de un hijo de una persona fallecida a ejercitar las acciones correspondientes al derecho a la intimidad y a la propia imagen, siempre y cuando intervenga como parte en el procedimiento correspondiente. En tal sentido señala que: "ciertamente el artículo 4 se refiere a las personas legitimadas y el art 9 alude a la indemnización y a las personas a quienes corresponde, pero obviamente siempre que haya ejercitado la correspondiente acción, porque por muy legitimada que esté alguna de las personas a que se refiere dicho precepto es evidente que para que puedan percibir la indemnización a que se refiere el artículo 9 deberán haber ejercitado la correspondiente acción y haber si parte del procedimiento".

pueda resultar perjudicado por la violación de un derecho fundamental aunque la mismo no se produjese directamente en su contra⁴⁴.

44 El ATC 385/2004, de 18 octubre, ha acordado en este sentido que el proceso constitucional no se extingue necesariamente por el fallecimiento del demandante, en cuyo lugar se subrogan por vía sucesión mortis causa, sus herederos, advirtiéndose que: “Los presupuestos formales que, en principio, permiten tal continuidad en el ejercicio de la acción, aun desaparecido el titular del derecho litigioso, originariamente legitimado, son litispendencia o existencia de un proceso pendiente, petición expresa de otra u otras personas para suceder al inicial demandante y acreditamiento del título justificativo de la instada sucesión. Pero junto a estos requisitos formales ha de añadirse otro de carácter sustantivo, atinente a que tal sucesión procesal o continuidad en el ejercicio de la pretensión tenga viabilidad jurídica, por tratarse de acciones o pretensiones transmisibles, o, lo que es lo mismo, que el derecho controvertido (en ese caso, el derecho fundamental cuya reparación se nos recaba en sede de amparo constitucional), y, más precisamente, la acción ya emprendida para su reconocimiento y protección, sea susceptible de ser ejercitada por persona diversa a la de su originario titular; el inicial demandante”. Se hace además hincapié en dilucidar si los derechos fundamentales invocados son susceptibles de ser ejercitados por quienes se subrogan en sus derechos y obligaciones en concepto de herederos, en especial el derecho al honor y el derecho a la presunción de inocencia. En este sentido resultan contrarios el ATC 242/1998, de 11 de noviembre, y el ATC 58/2000, de 28 de febrero, ambos referidos a otros derechos fundamentales como la vida y el derecho a la libertad sindical.



IMAGEN Y CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE DATOS

IMAGE AND DATA INTERNATIONAL MOVEMENT

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 130-147



Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de agosto de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 25 de septiembre de 2012

RESUMEN: El daño derivado de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen o en el derecho a la protección de datos (entendiendo que una imagen es un dato de carácter personal), manifestado en el uso indebido o ilegítimo de una imagen, sobre la base de la inexistencia de una vinculación jurídica entre el causante del daño y el afectado, puede ser consecuencia de una transferencia internacional. La exigencia de una indemnización por daños y perjuicios derivada del tratamiento internacional ilícito de datos (= imágenes), desde la perspectiva del Derecho internacional privado, plantea dos problemas, que están, fundamentalmente, relacionados con la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de un determinado litigio, así como de la determinación de la ley aplicable para resolver el conflicto planteado.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen, protección de datos personales, transferencia internacional de datos, competencia judicial internacional, ley aplicable.

ABSTRACT: The damage resulting from the unlawful interference in the personal image right or the right to data protection (understanding that an image is a personal data), expressed in the misuse or unlawful in an image, based on the absence of a legal link between the cause of damage and affected, may be the result of an international transfer. The demand for compensation for damages resulting from the illegal international treatment data (= images), from the perspective of international private law, raises two problems, which are mainly related to the determination of the court having jurisdiction to hear an particular dispute and the determination of the applicable law to resolve the dispute in question.

KEY WORDS: Personal image right, personal data protection, international data transfer, international jurisdiction, applicable law.

SUMARIO: I. Planteamiento: derecho a la propia imagen, protección de datos personales, y relaciones privadas internacionales. - I. La imagen como dato de carácter personal.- 2. Intromisión ilegítima en el derecho a la protección de datos personales y derecho internacional privado.- II. Competencia judicial internacional y responsabilidad no contractual derivada de la vulneración del derecho a la propia imagen por transferencia internacional de datos personales.- I. El sistema español de competencia judicial internacional.- 2. Foro de la sumisión de las partes.- A) Foro de la sumisión expresa.- B) Foro de la sumisión tácita.- C) Foro del domicilio del demandado.- D) Foro especial en materia de obligaciones extracontractuales: el "lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso".- III. Responsabilidad no contractual, derecho a la propia imagen, y determinación de la ley aplicable: el Reglamento "Roma II" y el art. 10.9 del CC.- I. Regla general.- 2. Derecho a la propia imagen e internet.- IV. Responsabilidad no contractual, derecho a la protección de datos, y determinación de la ley aplicable: la Directiva 95/46/CE y la LOPD.- I. Ley aplicable y Directiva 95/46/CE.- 2. Ley aplicable y LOPD.- V. Reflexiones finales.

I. PLANTEAMIENTO: DERECHO A LA PROPIA IMAGEN, PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, Y RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES.

I. La imagen como dato de carácter personal.

Según el ordenamiento jurídico español por "dato de carácter personal" debemos entender "cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables", de acuerdo con los arts. 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD) y 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla (en adelante, RLOPD¹); y, "se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social" (de acuerdo con el art. 2.a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta

¹ BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

• Alfonso Ortega Giménez

Alfonso Ortega Giménez es Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche y Subdirector Académico del Master en Comercio Internacional, organizado por la Universidad de Alicante. Consultor de Derecho Internacional Privado de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Director del Observatorio de Inmigración de la ciudad de Elche y Vocal del Observatorio Valenciano de la Inmigración. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Economist & Jurist. Ponente habitual en numerosos cursos organizados en España y en el extranjero en materia de Derecho Internacional Privado, Derecho de la Nacionalidad y la Extranjería, Derecho del Comercio Internacional, Contratación Internacional y Protección de datos de carácter personal, entre otras. Además, es autor de diferentes artículos, notas, reseñas y comentarios publicados en Revistas científicas, técnicas y de divulgación, españolas y extranjeras, y ha participado, como coordinador y/o autor, en más de una treintena de libros, relacionados con dichas materias.

al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²)³. Por tanto, cualquier información puede convertirse en “datos de carácter personal” por el simple hecho de que mediante la aplicación de ciertas técnicas, automatizadas o no, pueda llegar a ser susceptible de identificar a una persona física concreta⁴, alcanzando no sólo a los datos relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino también a aquellos otros datos que identifiquen o permitan identificar a una persona, con el fin de elaborar su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que suponga una amenaza para el individuo⁵.

Este amplio concepto, permite incluir como “datos de carácter personal”, p. ej., al D.N.I. o N.I.F., a los números de la Seguridad Social o de la mutualidad, al nombre y apellidos, a la dirección, al teléfono, al lugar y la fecha de nacimiento, al sexo, al **e-mail**, a la dirección IP, al pulso cardiológico, o a la nacionalidad de un sujeto⁶. Ahora bien, no se incluyen en este concepto los datos referidos a personas jurídicas, ya que el objeto de protección es la intimidad y el honor, única y exclusivamente, de las personas físicas.

Así las cosas, entonces, ¿es la imagen un “dato de carácter personal”?...por supuesto que sí lo es, el art. 5.1.f) RLOPD no deja lugar a dudas al conceptuar que se entiende por “dato de carácter personal”: “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, ~~fotográfica~~, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Siempre que la imagen sea visible y reconocible, esto es, que permita la identificación de la persona (aunque sólo se pudiera identificar por la propia persona afectada o la identificación sólo pueda deducirse del contexto⁷), nos encontramos ante un “dato de carácter personal”.

Por tanto, sin duda alguna, la imagen de una persona física es un dato de carácter personal, pues es una información que hace identificable a dicha persona, en la medida en que la nitidez y calidad de la misma es suficiente para ello, al margen de

2 DOCE núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995. Vid. Informes de aplicación de la Directiva 95/46/CE: 1) Informe de la Comisión, de 15 de mayo de 2003, “Primer informe sobre la aplicación de la Directiva sobre protección de datos (95/46)” [COM (2003) 265 final - no publicado en el Diario Oficial]; y, 2) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 7 de marzo de 2007, “Seguimiento del Programa de trabajo para una mejor aplicación de la Directiva sobre protección de datos” [COM (2007) 87 final - no publicada en el Diario Oficial].

3 Vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: “Intimidad del consumidor y protección del consumidor”, en *Internet y comercio electrónico*, Salamanca, 2002, pág. 137; y, KUNER, C.: *European Data Privacy Law and online business*, New York, 2003, pp. 49-55.

4 Vid. MANRESA FARRERAS, B.: “Los datos personales en la legislación en materia de protección de datos: ¿Qué debe entenderse por dato de carácter personal?”, REDL, núm. 45, 16 de marzo de 2002, p. 4.

5 Vid. SSTC 202/1999, de 8 de noviembre de 1999, y 292/2000, de 30 de noviembre de 2000.

6 Y por “fichero de datos de carácter personal” debemos entender, en virtud del art. 3 de la propia LOPD, “todo conjunto organizado –siguiendo algún criterio– de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso, ya sea automatizado o no automatizado”.

7 Vid. SSTS (Sala de lo Civil) 19 julio 2004, y 18 junio 1998.

que se pueda ofrecer el nombre de la persona fotografiada⁸. El tratamiento y archivo de imágenes queda bajo el paraguas de la LOPD⁹. Y la falta de consentimiento – entendido como autorización (= declaración por la que el titular del derecho a la propia imagen y del derecho a la protección de datos)– del afectado (= persona física) a la obtención, reproducción, tratamiento, transmisión o difusión de su imagen (aunque se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga), supondrá una intromisión en ese espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído al conocimiento de terceros (= una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen o en el derecho a la protección de datos de una persona física).

2. Intromisión ilegítima en el derecho a la protección de datos personales y Derecho internacional privado.

El daño derivado de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen o en el derecho a la protección de datos (imagen = dato de carácter personal), manifestado en el uso indebido o ilegítimo de una imagen, sobre la base de la existencia o no de una vinculación jurídica entre el causante del daño y el afectado, puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad civil contractual (= cuando entre el autor y la víctima hubiere existido una previa relación contractual y se hubiere producido un incumplimiento de lo pactado), o de responsabilidad civil extracontractual (= exigencia de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados).

La vulneración de cualquiera de estos derechos fundamentales (= derecho a la propia imagen y derecho a la protección de datos personales –manifestación del derecho a la intimidad–)¹⁰ traerá como resultado la exigencia de responsabilidad civil objetiva, derivándose, en la mayoría de ocasiones, el derecho a indemnización del afectado por el tratamiento de sus datos, tal y como señala el art. 19.1 LOPD: “los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley [Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal] por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”.

8 No es necesario que se establezca una vinculación entre la identidad de la persona y su aspecto de modo que la imagen se predique activamente de la persona, sino que basta con que alguien sea capaz de identificar con una imagen a una persona. *Vid.*, en el mismo sentido SAN 24 enero 2003; y, en sentido contrario, APARICIO SALOM, J.: “El derecho a la imagen y la protección de datos”, en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 7, Año 2005-1, Cizur Menor (Navarra), p. 22.

9 Las imágenes quedan bajo el ámbito de aplicación objetivo de la LOPD; eso sí, siempre que se realicen con ellas cualquier tipo de operación (= tratamiento) que la haga accesible (= fichero) y que sea relativa a una persona identificada o identificables (= dato de carácter personal). *Vid.*, en el mismo sentido, REBOLLO DELGADO, L.: “El derecho a la propia imagen y la imagen como dato”, en *Revista Española de Protección de Datos*, Núm. 5, Julio-Diciembre 2008, Cizur Menor (Navarra), pág. 171; y, APARICIO SALOM, J.: “El derecho a la imagen y la protección de datos”, en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 7, Año 2005-1, Cizur Menor (Navarra), pp. 27-28.

10 *Vid.*, entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 170/1987, de 30 de octubre.

La exigencia de una indemnización por daños y perjuicios derivada del tratamiento ilícito de datos (= imágenes) no excluye la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación frente al responsable del fichero de datos¹¹. Los afectados o interesados por el tratamiento de sus datos (= imágenes), como titulares del derecho fundamental a la protección de datos, se encuentran facultados para conocer y acceder a las informaciones que les pudieran afectar, archivadas en bancos de datos, y controlar su calidad, permitiendo que puedan ser corregidos o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y la disposición sobre su transmisión.

En el ámbito del Derecho internacional privado, los problemas para el derecho a la propia imagen / derecho a la protección de datos personales que plantean están, fundamentalmente, relacionados con la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de un determinado litigio, así como de la determinación de la ley aplicable para resolver el conflicto planteado. La delimitación de ambos aspectos será de vital importancia ya que, como es bien sabido, cada sistema jurídico tiene establecido un sistema de normas de conflicto, en virtud del cual se determina quién será el órgano jurisdiccional competente, y cual será la ley aplicable para resolver la controversia que se plantee¹². Ambas cuestiones están interrelacionadas: la determinación de la ley aplicable no es independiente de la jurisdicción competente (= determinación de la competencia judicial internacional): la obtención de una sentencia que ponga fin al litigio privado internacional planteado por las partes exige: primero, determinar el tribunal competente de todos aquellos que tienen cierta conexión con el litigio; y, segundo, que el tribunal elegido determine la ley aplicable al fondo del asunto.

Visto que el mundo está dividido en Estados, que estos cuentan con su propia organización de tribunales y sus propias leyes, que son diferentes de país a país; los interrogantes son claros: ¿qué tribunales estatales son competentes? y ¿qué ley aplicarán? ante un litigio derivado de la vulneración del derecho a la propia imagen / derecho a la protección de datos personales, como consecuencia de la transferencia internacional de datos de carácter personal? Así, p. ej., en el caso que nos ocupa, si una empresa domiciliada en Alemania, que se dedica a la captación fraudulenta de imágenes (= datos personales) en Alemania, España y Francia, para ser almacenadas y tratadas en Alemania, recibiera una reclamación por parte de un sujeto español con domicilio también en España, por el tratamiento informatizado y transferencia de sus datos sin su consentimiento, dos serían, entre otras, las

11 Por su parte, la reclamación de la indemnización por daños y perjuicios por vulneración del derecho a la propia imagen no excluye la posibilidad de ejercitar el derecho réplica (= rectificación) y la difusión de la sentencia (completa, los fundamentos jurídicos, o el encabezamiento y el fallo)

12 Vid., sobre la materia, en particular, BING, J.: "Data protection, jurisdiction and the choice of law", en *Privacy Law & Policy Reporter*, volume 6, 1999, pp. 92-98; y, REIDENBERG, J. R.: "Technology and Internet Jurisdiction", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, pp. 1951-1974.

cuestiones *iusinternacionalprivatistas* a resolver: ¿ante qué órganos jurisdiccionales se debería interponer la demanda? y ¿cuál sería la ley aplicable?

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y RESPONSABILIDAD NO CONTRACTUAL DERIVADA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN POR TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES.

I. El sistema español de competencia judicial internacional.

La determinación de la competencia judicial internacional en materia de reclamaciones por el tratamiento in consentido de imágenes (= vulneración del derecho a la propia imagen o del derecho a la protección de datos), derivadas de una transferencia internacional de datos de carácter personal, nos lleva a un laberinto normativo de intrínseca complejidad, ya que se acumulan fuentes de origen diverso: institucional o comunitario, convencional y autónomo. Así, debemos acudir a los siguientes instrumentos normativos: 1º) al “limitado”¹³ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968 (en lo sucesivo, CB); 2º) a su “gemelo”¹⁴, el “también limitado” Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano, el 16 de septiembre de 1988 (a partir de ahora, CL)¹⁵, y su “sucesor”, el **Convenio de “Lugano II”, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**¹⁶ (en adelante, CL II); 3º) al Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –Reglamento “Bruselas I”– (a partir de ahora, RB)¹⁷; o, 4º) a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)¹⁸. La aplicación de un instrumento jurídico u otro dependerá del domicilio del demandado.

13 El CB se aplica, en la actualidad, únicamente con relación a los territorios franceses de ultramar y a las Antillas holandesas.

14 El CB y el CL poseen un contenido normativo prácticamente idéntico, siendo sus únicas diferencias las referidas al contrato individual de trabajo y a los contratos de arrendamiento de corta duración.

15 BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

16 DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007. Una vez aprobado por las partes (UE, Suiza, Noruega e Islandia) derogará al actual Convenio de Lugano 1988 y, por fin, el llamado *Espacio Judicial Europeo* (con unas mismas reglas de jurisdicción y un sistema simplificado de ejecución de sentencias) se extenderá a 30 Estados.

17 DOCE 2001 L 12/1.

18 BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Centrándonos en la materia que nos ocupa, lo habitual será que consecuencia de una transferencia internacional de datos, se haya utilizado, de forma incontestada, una imagen (= dato de carácter personal) dando lugar a una reclamación por daños y perjuicios, en aplicación del RB, del CL II, o del CB/CL, los criterios atributivos de competencia serían los siguientes: a) el foro del domicilio del demandado, esto es, los tribunales del país donde esté domiciliado el “presunto vulnerador-demandado” conocerá de todas las pretensiones que se deduzcan contra él, independientemente del país o países en los que se haya producido el hecho dañoso; b) el foro de la sumisión, expresa o tácita, que nos permite concentrar los litigios a los que las partes se refieran, bajo el conocimiento de los tribunales de un solo país; y, c) el foro del lugar del hecho dañoso, que atribuye competencia a los tribunales del “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” del que nace la responsabilidad extracontractual, pudiendo considerarse como “país donde ocurre el hecho dañoso” tanto el país donde ocurre el hecho causal como el país donde se verifica el resultado lesivo, esto es, el país donde radica el fichero de datos de carácter personal.

Ahora bien, esto no tiene por qué ser siempre así, ya que, por ejemplo, si la actividad consiste en la recogida ilícita de imágenes (= datos personales) en España para su ulterior almacenaje informático en un fichero sito en Lisboa, el lugar del daño es tanto España como Portugal. Y, en otras ocasiones, el daño puede ser consecuencia de la vulneración de un contrato *interpartes*, en cuyo caso no es el mencionado art. 5.3 RB aplicable sino el art. 5.1 RB, que concede competencia a los Tribunales del país en el que se incumplió la obligación contractual, por lo que, siguiendo con nuestro ejemplo, si según el contrato, los datos debían tratarse en Portugal y allí son objeto de tratamiento ilegal, los Tribunales lusos son competentes, sin perjuicio de la competencia de los tribunales del país del domicilio del demandado (= art. 2 RB) o de los tribunales pactados, expresa o tácitamente (= arts. 23 ó 24 RB).

En definitiva, en esta materia, los foros de competencia operativos serían los siguientes: los tribunales elegidos por las partes, en virtud de sumisión expresa o tácita, el domicilio del demandado y el lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso. Veamos cada uno de ellos:

2. Foro de la sumisión de las partes.

Este fuero de atribución de competencia (= sumisión expresa o tácita de las partes a favor de los Tribunales de un determinado Estado) viene contemplado en los instrumentos internacionales de atribución de competencia judicial internacional antes mencionados (= arts. 23 y 24 RB/CL II; y, 17 y 18 CB/CL), y no introduce ningún cambio sustancial respecto a los criterios aplicables al resto de litigios transfronterizos. Por su parte, el art. 22.2 LOPJ afirma que los tribunales españoles serán competentes “cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente

a los Juzgados o Tribunales españoles”. El “acuerdo de sumisión” es un pacto entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud éstas determinan el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir entre las partes. Tal sumisión puede realizarse mediante acuerdo **expreso** o mediante ciertas prácticas que denotan la voluntad de las partes de someterse a un órgano jurisdiccional: es la “sumisión tácita”.

Para que el acuerdo de “sumisión expresa” sea válido es necesario, fundamentalmente, que: a) se designen claramente los tribunales a los que se someten las partes; y, b) el acuerdo de sumisión expresa puede realizarse en cualquier momento, antes o después de la conclusión de un contrato o negocio internacional.

Por su parte, se entiende que las partes se someten tácitamente a los tribunales españoles cuando el demandante acude a tales tribunales interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda, y cuando el demandado realiza, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria.

La validez de un acuerdo atributivo de competencia exige la prueba del acuerdo efectivo entre el demandante y el demandado: la sumisión debe hacerse por escrito¹⁹; en este sentido, el RB/CL II, sensible con su adaptación al entorno de Internet, admiten la formalización de la sumisión expresa por medios electrónicos; esto es, la elección **online** del tribunal competente, siempre que se encuentre en el territorio cubierto por la aplicación del RB/CL II; y, la elección del mismo podrá efectuarse bien mediante intercambio de **emails** o especificándose claramente en el contrato **interpartes**²⁰.

A) Foro de la sumisión expresa.

Los arts. 23 RB/CL II y 17 CB/CL (= “sumisión expresa”) constituyen una prolongación de la autonomía de la voluntad al campo de la competencia judicial internacional, ya que permiten a las partes (a ambas o a una con el consentimiento de la otra) atribuir a los tribunales de un Estado la competencia para conocer de las controversias que puedan surgir del mismo. Asimismo, de acuerdo con los arts. 24 RB/CL II y 18 CB/CL, las partes se pueden someter tácitamente a un tribunal nacional que, en principio, no resultaría competente.

19 Vid., en general, sobre la validez de las cláusulas atributivas de competencia en el comercio electrónico, DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Derecho privado de Internet*. 3ª edición, Madrid, 2002, pp. 448-455.

20 Vid., en relación con la elección *online* de los Tribunales competentes, CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, 2001, pp. 43-46.

El foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa exige que nos encontremos ante un "litigio internacional" (= que quede dentro del ámbito de aplicación material del RB, del CL II, o del CB/CL); que al menos una de las partes litigantes tenga su domicilio en un "Estado contratante" (esto es, miembro del RB, del CL II, o del CB/CL); y, que se designe como competente un determinado tribunal (de un Estado del RB, del CL II, o del CB/CL).

B) Foro de la sumisión tácita.

Se considera que existe "sumisión tácita"²¹, de acuerdo con el art. 24 RB/CL II y el art. 18 CB/CL, la siguiente conducta procesal de las partes: cuando el demandante presenta una demanda ante el tribunal de un Estado miembro y la comparecencia del demandado ante ese tribunal no tiene por objeto impugnar su competencia judicial²². En tal caso, debe entenderse que las partes aceptan tácitamente someter el litigio a ese tribunal. Aunque no lo diga explícitamente el artículo, resulta independiente para su aplicación que el domicilio de las partes se halle en el territorio de un Estado miembro; lo relevante, en la práctica, es que el litigio sea "internacional"; que se presente la demanda ante un tribunal de un Estado del RB, del CL II, o del CB/CL; y, que el demandado comparezca y conteste o formule reconvenición.

Los requisitos básicos para que se entienda que se ha producido sumisión tácita son los siguientes: por un lado, que, interpuesta la demanda por el demandante ante los órganos jurisdiccionales de un Estado concreto, el demandado efectúe después de personado en juicio cualquier gestión distinta de la de impugnar la competencia; y, por otro lado, que la controversia no verse sobre ninguna de las denominadas "competencias exclusivas" (arts. 22 RB/CL II y 16 CB/CL).

Para que no exista sumisión tácita, la impugnación de la competencia del tribunal ante el que se presenta la demanda debe realizarse de acuerdo con las normas de Derecho procesal del Estado del foro (esto es, el Derecho procesal del país cuyos tribunales conocen del asunto). En el caso de España, la impugnación debe realizarse en el momento y de acuerdo con los cauces procesales previstos en el art. 64 de nuestra LEC.

21 El foro del acuerdo de "sumisión tácita" para la determinación del Tribunal internacionalmente competente permite el ahorro de costes procesales y (al igual que con la sumisión expresa) que las partes decidan ante qué tribunal quieren litigar. *Vid.*, en general, sobre el concepto, límites y requisitos de la sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional, *Vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre 2000", en CALVO CARAVACA, A.-L. y AREAL LUDENA, S.: *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 203-215.

22 Tampoco operará la "sumisión tácita" cuando nos encontremos ante materias que son objeto de competencias exclusivas, *Vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 2003, p. 130.

C) Foro del domicilio del demandado.

La aplicación del foro general del domicilio del demandado (= *forum defensoris*) viene contemplado en los diferentes instrumentos jurídicos relativos a la atribución de competencia judicial internacional antes reseñados; así, a falta de pacto expreso o tácito atributivo de jurisdicción, el criterio que atribuye competencia es el del “domicilio del demandado” (= art. 2 RB/CL II, o CB/CL), que lo hace a favor de los tribunales del domicilio del juez natural, esto es, del demandado (= *actor sequitur forum rei*)²³.

De acuerdo con el art. 2.I RB/CL II o CB/CL “las personas domiciliadas en un Estado miembro/contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”. Sin perjuicio de esta disposición, el art. 3.I establece que estas personas podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro / contratante en virtud de las reglas establecidas en el RB/CL II o en el CB/CL. Dichos foros de competencia resultan aplicables, como hemos señalado, en defecto de cláusula de elección de foro a los tribunales de un Estado miembro/contratante.

Eso sí, el domicilio del demandado se configura como una nueva forma de ataque del demandante; una solución fácil, neutra y práctica. El “domicilio” constituye un concepto jurídico cuyo significado debe venir determinado por una norma legal.

En el caso de las “personas jurídicas”, dicha norma es el art. 60.I RB que establece una noción autónoma de domicilio. Se considera que, en el sentido del Reglamento, las personas jurídicas están domiciliadas en aquel Estado miembro en el que tienen: a) su sede estatutaria, o b) su administración central, o c) su centro de actividad principal. Esta disposición supone un cambio respecto a la norma contemplada en los CB/CL –art. 53– que establece que el domicilio de las personas jurídicas se determina a partir de la ley señala por la norma de Derecho internacional privado del foro –la *lex societatis*–.

En el caso de las “personas físicas”, el RB no establece una noción autónoma. Para determinar si están domiciliadas en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el juez aplicará su ley interna²⁴. Cuando sea necesario determinar si el demandado está domiciliado en otro Estado miembro, se aplicará, según el art. 59 RB, la ley de dicho Estado.

23 Para determinar si una persona está domiciliada en un Estado o en otro, el Tribunal competente aplicará su ley interna, según señalan los arts. 59 y 60 RB, y 52 y 53 CB/CL.

24 En el caso de España, el art. 40 CC señala que “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Ahora bien, en la práctica, esta atribución de competencia plantea dos “dificultades principales”²⁵, que justifican la habitual derogación de tal foro general por medio del recurso a la autonomía de la voluntad: la falta de neutralidad de la jurisdicción resultante y la llamada genérica que el art. 2 realiza a todos los órganos en ella integrados: a) en primer lugar, el recurso al foro general situaría al demandante en la nada cómoda situación de tener que litigar en casa de su contraparte, con lo que ello supone: desconocimiento del idioma, aumento de los costes, desconocimiento de las normas procesales aplicables, etc.; y, b) en segundo lugar, el art. 2 nos conduce a la designación de la jurisdicción competente en términos genéricos: tribunales españoles, alemanes, suizos, belgas, etc.; y, a partir de ahí, serán las normas de reparto territorial de la organización jurisdiccional correspondiente quienes deban designar el órgano jurisdiccional concreto ante el cual plantear la reclamación.

Es más, se trata de un foro de competencia poco útil en nuestro caso por una razón práctica de peso: en ocasiones el presunto responsable actúa desde países lejanos o exóticos, de modo que el demandante no conoce o puede no averiguar fácilmente el domicilio del demandado.

D) Foro especial en materia de obligaciones extracontractuales: el “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”.

En lo que respecta a la responsabilidad civil extracontractual en esta materia (= vulneración del derecho a la propia imagen / derecho a la protección de datos personales) establece el art. 5.3 RB/CL II (y CB/CL) que, “[...] las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro [...] en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso [...]”; además, el art. 5.3 RB, permite la indeterminación del lugar de producción del hecho dañoso, al señalar que “[...] las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro [...] en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso [...]”.

Por su parte, la LOPJ señala que, en defecto de cláusula de elección de foro, cuando el demandado está domiciliado en un tercer Estado, los tribunales españoles se pueden declarar competentes de acuerdo con su apartado 3 del art. 22 LOPJ. La posición jerárquicamente superior que ocupan el RB en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, respecto de las normas de producción interna implica la desactivación de ciertos foros de competencia previstos en estas disposiciones. Esto

²⁵ Vid., en particular, sobre los problemas que plantea este foro en materia de comercio electrónico, CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción*, cit., pp. 37-41; y, DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Derecho privado de Internet*. 3ª edición, cit., pp. 455-456.

ocurrirá cuando los elementos necesarios para su aplicación sean los mismos que los establecidos en los foros previstos en el RB, en el CL II, o en el CB/CL²⁶.

El art. 22.3 LOPJ ofrece una serie de foros de competencia judicial internacional en cuya virtud los Tribunales españoles pueden conocer de situaciones privadas internacionales. En la materia que nos ocupa, nos interesa el contenido de su regla VIII (= responsabilidad civil extracontractual). Así las cosas, los tribunales españoles pueden resultar competentes cuando el hecho del que derivan haya ocurrido en territorio español²⁷.

La competencia del tribunal del lugar donde se produjo el hecho dañoso (ya sea donde se haya producido el hecho generador del daño o donde se padezca el daño)²⁸ –*forum locus delicti commissi*– constituye la solución tradicional en esta materia. Solución que, frente a la ventaja de su sencillez, atrae sobre el apartado 3 del art. 5 RB/CL II, o CB/CL todos los problemas tradicionalmente anejos a la responsabilidad extracontractual, entre otros: la heterogeneidad y complejidad de supuestos, la diversificación funcional del propio concepto de responsabilidad, o la dificultad de concreción del *forum locus delicti commissi*²⁹.

El principal problema que plantea el *forum locus delicti commissi* es el de determinar si por país en que se produce el daño debemos entender el del lugar en el que se localiza el hecho causal (p. ej. el Estado desde el que se recaban de forma incontestada las imágenes) o el del lugar en que se verifica el resultado dañoso (p. ej., el Estado desde el que se accede a dichas imágenes), sobre todo, en casos de disociación geográfica del ilícito (cuando el daño y el hecho generador se localizan en distintos países).

Lo normal es que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen / derecho a la protección de datos personales, derivada de una transferencia internacional de datos, se haya realizado en el entorno de Internet (p. ej., publicación de videos, distribución de fotos a través del correo electrónico, publicación de imágenes en una red social). Pues bien, la determinación del *lugar donde se ha producido el hecho dañoso* plantea, en el mundo virtual, dos dificultades a reseñar:

26 Así, no resulta aplicable en materias incluidas en el ámbito de aplicación del RB el art. 22.2 LOPJ, que atribuye competencia a los tribunales españoles, cuando el demandado esté domiciliado en España o cuando las partes así lo hayan pactado tácita o expresamente, si al menos una de las partes estuviera domiciliado en un Estado miembro.

27 El art. 22.3 otorga también la competencia a los tribunales españoles, en materia extracontractual, si “el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España”. Ahora bien, esto implica que el demandado tendrá su domicilio en un Estado miembro, por lo que se estaría dando el elemento necesario para aplicar los arts. 2 y 5 RB, por lo que este foro previsto en el art. 22.3 ya no resulta aplicable.

28 Vid., con relación a la determinación del *locus delicti*, en general, REST, ALFRED: “Transfrontier Environmental Damages: judicial competence and the *forum delicti commissi*”, en *Environmental Policy and Law*, vol. 1, 1975, pp. 127-131.

29 Vid. XALABARDER PLANTADA, R.: “Cuestiones de derecho internacional privado: jurisdicción competente y ley aplicable”, en *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, 2005, pp. 484-486.

por un lado, la determinación del lugar donde tienen lugar el evento generador del daño; y, por otro lado, la concreción del lugar del resultado lesivo. Respecto de la primera cuestión, la doctrina mayoritaria entiende que se debe ubicar dicho lugar donde se han introducido tales contenidos perjudiciales por parte del causante del daño. Y, respecto de la segunda cuestión, decir que, en tales supuestos, dicho lugar puede ser: a) el lugar desde donde se han introducido los datos (= imágenes); b) en el marco de Internet, el lugar donde está ubicado el servidor que los alberga; c) el lugar desde donde se puede tener acceso a los datos (= imágenes); o, d) el lugar donde reside el titular del derecho infringido (= persona física que se identifica por la imagen), que es, en definitiva, donde se ha producido el hecho dañoso.

Lo habitual es que el hecho dañoso se produzca en el “país donde radica el fichero de datos (= imágenes)”, aunque no tiene por qué ser siempre así³⁰; ya que, el lugar donde se ha producido el hecho dañoso puede ser, efectivamente, el país o países (si se han producido transferencias de datos sucesivas, y sólo para los perjuicios causados en cada uno de esos territorios) donde se han transferido los datos (que en las transferencias de datos de España al extranjero, ese lugar será, por aplicación del art. 2.1 LOPD, España), así como, el país donde se haya manifestado el daño por el tratamiento de datos realizado en ese lugar, por parte del que recibió los datos.

III. RESPONSABILIDAD NO CONTRACTUAL, DERECHO A LA PROPIA IMAGEN, Y DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: EL REGLAMENTO “ROMA II” Y EL ART. 10.9 CC.

I. Regla general.

Teniendo en cuenta que la vulneración del derecho a la propia imagen genera obligaciones extracontractuales, podríamos pensar que el nuevo instrumento jurídico de origen comunitario: el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante, “Roma II”)³¹ podría ser de aplicación. No obstante, no es así ya que los Estados miembros no alcanzaron un acuerdo satisfactorio para todos en torno a esta cuestión (= art. 30.2 del Reglamento “Roma II”). Tampoco se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico un convenio internacional de Derecho internacional privado uniforme, ni existe ley específica española, que forme parte de nuestro sistema jurídico.

30 Vid. CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción*, cit., p. 153.

31 DO L 199/40, de 31/07/2007.

En consecuencia, la Ley aplicable a las consecuencias jurídicas de la infracción del derecho a la propia imagen se determinará con arreglo al párrafo primero del art. 10.9 de nuestro CC (= “las obligaciones no contractuales se regirán por la Ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven” –*lex loci delicti commissi*–). Dicha ley regulará el tipo de responsabilidad y la extensión de la responsabilidad, la existencia del hecho dañoso y los medios para su reparación, los derechos a ejercitar por el perjudicado, en su caso, los daños indemnizables –patrimoniales y/o no patrimoniales–, la cuantía y las modalidades de la indemnización, así como las personas con derecho a indemnización.³²

El art. 10.9 CC conduce a la aplicación de la Ley del país donde se produce el hecho que genera la responsabilidad extracontractual (= “lugar del hecho dañoso”). El *Locus Damni* (= lugar del daño) será aquél en el que, efectivamente, se difunden las imágenes que suponen la lesión del derecho a la propia imagen.

2. Derecho a la propia imagen e internet.

Si el sujeto no es conocido en un país donde se ha vulnerado su derecho a la propia imagen, no podrá reclamar la aplicación de la Ley de dicho país, aunque le sea más favorable y aunque la información se haya difundido en dicho país. Lo normal será que sea de aplicación la ley del país de residencia habitual del sujeto presuntamente perjudicado (= titular del derecho a la propia imagen), pues en ese país es donde dicho sujeto tiene su centro social de vida (que, además, normalmente, será el “lugar del hecho dañoso”).

IV. RESPONSABILIDAD NO CONTRACTUAL, DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS, Y DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: LA DIRECTIVA 95/46/CE Y LA LOPD.

El derecho a la propia imagen puede ser también consecuencia del tratamiento informatizado de datos personales. En tal caso, las reglas contenidas en la Directiva 95/46/CE y en la LOPD determinarán la Ley aplicable a dicho “tratamiento de datos” y a la responsabilidad del responsable del fichero de datos (= imágenes).

1. Ley aplicable y Directiva 95/46/CE.

La determinación de la ley aplicable en materia de tratamiento de datos de carácter personal supone la aplicación del art. 2.1 LOPD, que transpone el art. 4 de la mencionada Directiva 95/46/CE, y que implica alinearse en alguno de estos dos bandos: el de la liberalización de la circulación de datos (= imágenes), o el de

32 Vid. AA.VV.: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1996, pp. 302-303.

la protección del derecho a la protección de datos³³. Así, mientras el art. 4 de la Directiva 95/46/CE opta por la aplicación de la ley del lugar de residencia del responsable del fichero de datos (no es relevante el lugar de tratamiento de los datos ni la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del sujeto cuyos datos se tratan o del sujeto responsable del tratamiento, sino que sólo es relevante el lugar de su establecimiento); el art. 2.1 LOPD³⁴ opta por la ley del lugar de tratamiento de los datos de carácter personal.

La Directiva 95/46/CE opta por el criterio de la residencia del responsable del fichero en la medida en que de esta forma, “[...] 1º) Se evita la aplicación de la regla general en materia de responsabilidad no contractual: no se aplica la *lex loci delicti commissi* o ley del país donde se produce el tratamiento ilícito de los datos [...] 2º) [Se recurre a una argumentación económica que se aleja] de la Ley del país más vinculado al supuesto [, de forma que] la proximidad del supuesto con un país no guía la mano del legislador comunitario a la hora de construir la solución de Derecho internacional privado en esta materia [favoreciendo, así, a las empresas informáticas que operan en este sector por cuatro razones:] 1º) El criterio promueve la actividad internacional de tratamiento de datos en la UE, ya que, sean cuales sean los países en los que la empresa desarrolle sus actividades, la Ley aplicable al tratamiento de datos será siempre la misma, la Ley del fichero [...] 2º) Se trata, además, de una Ley conocida por la empresa [...] 3º) Por otro lado, la empresa que trata los datos queda sometida a un mismo Derecho nacional tanto por lo que respecta a sus relaciones administrativas con las Autoridades públicas, como por lo que se refiere a las relaciones con los particulares afectados por el tratamiento de datos [...] 4º) La norma de conflicto contenida en el artículo 4 [de la] Directiva es una norma de conflicto específica, diseñada para una materia concreta. Por eso, difícilmente admite excepciones o reducciones teleológicas, desviaciones que permitan apartarse del criterio de la aplicación de la Ley de situación del responsable del fichero, lo que sería factible si la norma fuera una norma general o principal. Tampoco el artículo 4 [de la] Directiva se ve corregido por una cláusula de escape o por una cláusula de excepción [...]”.

Además, el art. 4 de la Directiva 95/46/CE concreta el criterio de la ubicación del fichero de datos (= imágenes) en dos supuestos especiales que, por su fisonomía, la localización del fichero de datos supone casi misión imposible: a) según el art. 4.1.a *in fine* de la Directiva, si el responsable del fichero de datos posee distintos establecimientos en diferentes Estados de la UE, el tratamiento de datos realizado “en el marco de las actividades de cada establecimiento” se rige por la Ley del país donde radica cada establecimiento; y, b) en virtud del art. 4.1.b de la Directiva, en el supuesto de un responsable del tratamiento establecido en un lugar que no

³³ Vid., en el mismo sentido, *ibidem*, pp. 154-155.

³⁴ BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

pertenece a la UE, pero en el que se aplica la legislación nacional de un Estado miembro en virtud del Derecho internacional público, se aplicará la Directiva 95/46/CE.

2. Ley aplicable y LOPD.

En este supuesto, y en virtud de una combinación del art. 2 LOPD y del art. 4 del Reglamento “Roma II”, el tratamiento de datos personales (= imágenes) por parte de un responsable cuyo establecimiento se encuentra en un tercer Estado no comunitario se rige por las siguientes Leyes: a) la Ley elegida por las partes; b) en su defecto, se aplicará la Ley del país de residencia habitual común de las partes; c) en su defecto, se aplicará la Ley del país donde se lleve a cabo el tratamiento de datos, sea un Estado miembro o un tercer Estado (= Ley del país de comisión del hecho dañoso); y, d) no obstante, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto, se aplicará la Ley de ese otro país³⁵. Ahora bien, si el hecho dañoso se produce en varios países, entonces el perjudicado deberá reclamar con arreglo a cada una de las Leyes de los países en los que su derecho ha sido vulnerado y por los daños allí sufridos.

V. REFLEXIONES FINALES.

Primera.- Aumento del flujo (internacional) de imágenes. Hoy en día, la vida social se ha convertido en un complejo y continuo flujo de imágenes (= datos de carácter personal), gracias, sin duda, a la utilización de las nuevas tecnologías. Los avances tecnológicos permiten mil maneras de utilización de una imagen de una persona, incluso sin que ésta pueda llegar a darse cuenta de ello³⁶. Además, la utilización de imágenes para fines distintos para los que fueron cedidos o su uso, sin mediar el consentimiento real o efectivo, puede desembocar en situaciones en las que el titular de las mismas vea amenazada su vida privada. Suponen, en definitiva, la violación del derecho a la propia imagen o a la protección de datos –entendido como el “poder de disposición y de control sobre los propios datos personales”³⁷– del cual es titular³⁸.

35 Vid. CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*. vol. I, 9ª edición, Granada, 2008, p. 796.

36 Vid., como botón de muestra, en relación con la vulneración del derecho a la propia imagen en las redes sociales, HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales”, en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 20, Año 2009-2, Cizur Menor (Navarra), pp. 19 y ss.

37 Vid. SANCHO VILLA, D.: *Negocios Internacionales de Tratamiento de Datos Personales*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 30.

38 Vid. CAMPUZANO, H.: *Vida privada y datos personales*, Madrid, 2000, pp. 58-59.

El derecho a la propia imagen es un derecho *in crescendo*, por la casuística y las respuestas que, hasta la fecha, han dado los tribunales. En este contexto, cada día cobra más fuerza el debate sobre la defensa de nuestra propia imagen; sobre todo, en Internet. Este debate se ha forjado gracias a la publicación de vídeos en *Youtube*, a la distribución de fotos a través del correo electrónico, a la publicación de las mismas en las redes sociales, o a la emisión por Internet de imágenes captadas por técnicas de vigilancia por videocámara, tanto en lugares públicos como privados.

Segunda.- Preocupación (internacional) por el tratamiento in consentido de imágenes. Sin duda alguna, hoy día, el tratamiento in consentido y la utilización por terceros con fines ilícitos de imágenes y otros datos personales (= supuestos de usurpación de identidad –apropiación del nombre, imagen o apariencia de otro–, ataques al derecho a la propia imagen y al derecho a la protección de datos) es una preocupación creciente para todo aquel que utiliza a diario las nuevas tecnologías.

El derecho fundamental a la protección de datos se ha consolidado como el instrumento jurídico preciso y refinado, para cumplir con el objetivo y acomodo a las nuevas realidades sociales, de forma que se alcance el fin último: la normalización de una auténtica cultura de la protección de datos de carácter personal.

La sistematización y el conocimiento del régimen jurídico de un sector de actividad básico para la tutela de cualquiera de estos dos derechos fundamentales (= derecho a la propia imagen y derecho a la protección de datos) y para la organización de las más variadas y actuales relaciones privadas transfronterizas, justifica la importancia del tema y el papel capital del Derecho internacional privado. Esa internacionalización de las relaciones privadas hace necesario contemplar el derecho a la propia imagen y el derecho a la protección de datos desde una perspectiva *iusinternacionalprivatista*, en la medida en que, como vemos, son frecuentes los supuestos de utilización in consentida de imágenes de las personas, que se producen con ocasión de las denominadas “relaciones transfronterizas”; y, en definitiva, exige de la cooperación internacional para que los trasvases de imágenes y datos personales de un país a otro (= transferencias internacionales de datos) se realice de una forma segura, eficaz, y, sobre todo, lícita.

Un consejo para terminar... No debemos olvidar que, en todo caso, es el propio titular de sus imágenes / de sus datos de carácter personal el que debe ser responsable y actuar en consecuencia. *Cuando eres pequeño, te enseñan que si un niño te pregunta ¿quieres ser mi amigo? debes decir que sí.* Hoy en día, nos cuesta decir que no a alguien (sobre todo, en el ámbito de Internet), ya no nos duele en prendas ceder nuestra intimidad... Sin embargo, nuestros padres también nos advirtieron otra cosa: *no hables con extraños...*

EL DERECHO A LA IMAGEN DE LOS FAMOSOS:
EL CASO ELSAPATAKY

*THE RIGTH TO IMAGE FROM FAMOUS PEOPLE:
THE ELSAPATAKY CASE*

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 148-159



Enric
BATALLER
RUIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de agosto de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: Son muy numerosas las resoluciones judiciales españolas dictadas a propósito de la colisión entre la libertad de información y los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen personal. Particularmente interesantes han sido las disputas planteadas por personajes públicos que habitualmente acaparan las portadas de los medios de comunicación dedicados al entretenimiento. Los tribunales se han ido enfrentando a una densa casuística que les ha permitido determinar cuándo acaba la información y cuándo empieza la intromisión en la intimidad, así como para fijar los límites entre los lugares públicos y el espacio privado.

PALABRAS CLAVE: Libertad de información, derecho a la intimidad, derecho a la imagen personal, colisión de derechos fundamentales, personaje público, espacio público y espacio privado.

ABSTRACT: There are many judiciary rulings concerning conflict between freedom of the press and privacy. Particularly interesting are those relating disputes held by celebrities that usually cover the front pages of entertainment newspapers and magazines. Courts have been facing a large casuistry that allows them to determine when information finishes and when starts non-permitted access to privacy, as well as to fix limits between public places and private space.

KEYWORDS: Freedom of the press, privacy, right to public image, conflict between constitutional rights, celebrity, public and private space.

SUMARIO: . Introducción.- II. Los hechos.- III. El iter procesal.- I. El planteamiento de la demanda.- 2. El recurso de apelación.- 3. El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La STS 24 julio 2012 (RJ 2012, 8371) puso fin a la controversia que enfrentó judicialmente durante más de 5 años a la actriz Elsa Pataky con varias empresas editoriales, a propósito de la publicación de ciertas imágenes captadas inconscientemente mientras la actriz realizaba un reportaje fotográfico pactado. Esta sentencia, que será objeto de mi comentario, tiene interés no sólo porque resuelve un caso que suscitó en su momento una considerable expectación mediática, sino porque delimita mejor los contornos jurídicos del derecho a la intimidad y a la propia imagen. Especialmente interesante resulta la fijación que hace de los parámetros que han de emplearse para ponderar la colisión de los derechos a la intimidad y a la imagen con la libertad de información, así como para distinguir entre espacios públicos y privados a los efectos puramente tuitivos del derecho vulnerado.

II. LOS HECHOS.

Dada su condición de conocida modelo y actriz, en diciembre de 2006 la empresa editora de la revista "Elle" contrató a Elsa Pataky para la realización de un reportaje fotográfico en el que debía aparecer semidesnuda en diferentes poses, y que se publicaría en el mes de mayo de 2007. Por acuerdo de ambas partes, el reportaje se realizó los días 10 y 11 de marzo de 2007 en la playa existente frente al hotel Paraíso de la Bonita Resort, en la Riviera Maya, playa que, si bien no quedó finalmente acreditado si tenía carácter público o privado en cuanto perteneciente su uso al hotel, en cualquier caso era de tránsito público porque podían acceder a ella cuantos clientes se encontraran albergados en tal enclave turístico.

Las sesiones fotográficas transcurrieron entre las 6 y las 16 horas de ambos días, realizándose numerosas tomas en diversas poses y con diversos atuendos. En el curso de las sesiones, la actriz quedó en diversas ocasiones total o parcialmente

• Enric Bataller Ruiz

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universidad de Valencia. Abogado en ejercicio. Especialista en materia de propiedad intelectual, ámbito en el que tiene diversas publicaciones, habiendo impartido cursos y conferencias.

desnuda, tanto en sus sucesivos cambios de ropa como con la finalidad de que se fotografiase únicamente la parte superior de su espalda desnuda.

Tal situación fue aprovechada por dos fotógrafos ajenos a la revista "Elle", quienes realizaron a la actriz, sin su conocimiento ni su consentimiento, diversas fotografías que la captaban en esos momentos de desnudez. Estos fotógrafos ofrecieron su material a dos agencias, que a su vez negociaron su venta a la mercantil "Ediciones Zeta, S. A.", que pagó a tales agencias las cantidades de 53.360 y 34.800 euros, respectivamente, y todo ello con el fin de publicarlas en la revista "Interviú", que la citada empresa edita.

Tales fotografías fueron publicadas, siempre sin el consentimiento de la actriz, en el número 1.612 de la revista "Interviú". En la portada de ese número se publicó una fotografía en la que la señora Pataky aparecía sin ropa alguna en la parte superior del cuerpo, bajo el titular "¡Por fin! Elsa"; en páginas interiores se publicaron otras fotografías acompañadas por una serie de comentarios carentes de valor informativo y bien expresivos de la intención del reportaje, tales como "Bajo las telas empapadas de mar se adivinan las contundentes curvas de esta rubia objeto de nuestro deseo", o esta otra: "Ahora ya sabemos por qué Fonsi Nieto tenía la cilindrada alterada cuando salía con ella".

Siendo "Ediciones Zeta, S.A." socio y administrador únicos de la mercantil "Zoom Ediciones, S. L.", cedió a la misma gratuitamente parte de las fotografías para su publicación en el ejemplar número 46 de la revista "Cuore" que ésta última edita, en el que se insertó una fotografía en portada en la que la actriz aparece de espaldas totalmente desnuda, bajo el titular "Elsa consejos y productos para tener unas curvas Pataky", siguiendo esta línea discursiva en páginas centrales.

Igualmente, siendo "Ediciones Zeta, S. A." socio y administrador únicos de la mercantil "Ediciones Primera Plana, S. A.", editora de "El Periódico de Catalunya", cedió a ésta dos de las fotografías para su publicación en el ejemplar del diario correspondiente al 21 de marzo de 2007.

Por último, y siendo también "Ediciones Zeta, S.A." socio y administrador únicos de la entidad "Zeta Digital, S. L.", encargada de la explotación de las páginas web www.interviu.es y www.elperiodico.com, cedió a ésta las fotografías indebidamente tomadas para que fueran colgadas en las indicadas páginas.

La publicación de las fotografías de la actriz en "Interviú" tuvo una importante repercusión mediática. A título de ejemplo, el diario "El Mundo", en su anuario de 2007, calificó la publicación del desnudo como uno de los temas de los que más se había hablado en el año. Ciertamente, se le dedicaron numerosos programas radiofónicos y televisivos, y generó una polémica entre las revistas "Elle" e "Interviú",

de la que se aprovechó esta última para continuar publicando las fotografías en sus números 1.613, 1.614 y 1.617¹.

III. EL ITER PROCESAL.

I. El planteamiento de la demanda.

Elsa Pataky presentó ante el Juzgado demanda en ejercicio de acción personal al amparo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, contra las cuatro mercantiles que habían publicado las fotografías captadas sin su consentimiento, por considerar que se había producido una intromisión ilegítima por parte de las demandadas en su derecho a la intimidad personal y en su derecho a la propia imagen². En el suplico interesó que se declarase la existencia de tal intromisión ilegítima, y que se condenase a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, a destruir todo el material en que se hallasen fijadas las fotografías publicadas y cualesquiera otras captadas los mismos días, absteniéndose de explotar y utilizar directa o indirectamente las fotografías por cualquier medio existente, solicitando igualmente que se las condenase a publicar a su costa el fallo en los diarios “El País”, “El Mundo”, “La Razón”, “El Periódico de Catalunya”, así como en las revistas “Interviú” y “Cuore” y en las páginas web www.interviú.es y www.elperiodico.com, y condenándolas igualmente a pagarle unas cantidades dinerarias incrementadas en el total beneficio neto obtenido por cada una con la publicación incontestada, todo ello con expresa imposición de costas.

La sentencia de esta primera instancia, de 9 de enero de 2009, estimó parcialmente la demanda porque:

1º) Consideró que no se había producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad corporal de la actora, porque las fotos se realizaron en una playa de libre tránsito, y además la actora no había intentado preservar del conocimiento

1 Como indicación de la repercusión económica que tuvo la publicación del desnudo incontestadamente captado, “Ediciones Zeta” vendió 178.617 ejemplares de su número 1.612, aproximadamente el doble de los que vende habitualmente, y obtuvo unos beneficios netos de tal número de 164.954 €, y ello a pesar de que se trata de una publicación habitualmente deficitaria. El resto de medios implicados también obtuvo aumentos muy considerables en sus ingresos.

2 MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Los derechos fundamentales”, en AA.VV.: *Derecho civil. Parte General* (coordinado por A. LÓPEZ LÓPEZ, y V.L. MONTÉS PENADÉS), 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 276, recuerda que por medio del derecho a la imagen se tutela “la imagen física”, pero no “la imagen espiritual o social, cuya distorsión afecta al honor y desde este derecho se protege”.

La demandante no accionó, sin embargo, en defensa de su derecho al honor, y ello a pesar de que la publicación de las fotografías en “Interviú” había ido acompañada de comentarios escritos de nulo valor informativo y que podrían considerarse denigrantes. En este sentido, coincido con DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El derecho a la propia imagen”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinado por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 151, para quien “es, así, posible que, mediante la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere el honor de una persona [...] si a la fotografía se le añade un comentario injurioso”.

ajeno las partes íntimas de su cuerpo, ya que se expuso a la vista de cuantas personas pudieran acudir o transitar dicha playa durante la realización del reportaje.

2º) En cambio, sí que apreció una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, al ser captadas las fotografías sin su consentimiento, porque ni concurría un interés público o general legitimador de su publicación, ni la publicación respondía a un propósito informativo sino a una finalidad puramente lucrativa o comercial, de promoción y venta de las revistas.

La sentencia, recogiendo el sentido teleológico de la expresión "interés público", que proclama, entre otras, la STS 17 julio 1993 (RJ 1993, 6458), entiende que no cabe elevar "el simple fenómeno de la curiosidad a la categoría de interés social a despecho de las circunstancias de usual reserva de la interesada". EITS ha acuñado al respecto el término "publicación innecesaria" para designar aquella cuya utilidad sólo se presenta como comercial, por no responder a suceso público alguno y buscar la obtención de una mayor difusión del medio que publica la fotografía, presentando a los lectores actividades íntimas de las personas³. En esta línea jurisprudencial se oyen los ecos de la STC 29/1992, 11 de febrero, FJ 3, que estableció que "la preservación del reducto de inmunidad protegido con el reconocimiento de estos derechos subjetivos [intimidad, imagen] sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar meramente la curiosidad de los otros".

2. El recurso de apelación.

El recurso de apelación resuelto por la SAP Madrid 1 diciembre 2009 57 (AC 2010, 300).

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y desestimó íntegramente la demanda, desestimando también el recurso de apelación que la propia demandante había interpuesto por no haber sido acogida la totalidad de sus pretensiones en primera instancia. La Audiencia consideró que las fotografías publicadas no suponían intromisión ilegítima en ningún aspecto, porque la playa era de libre tránsito para terceros, sin que la demandante preservara su cuerpo del conocimiento ajeno. Además, se consideró que la actora es una persona de proyección pública, con profesión de notoriedad, y que las fotografías tenían interés informativo en aplicación de la doctrina del TS⁴, sin que fuera relevante para determinar su ilicitud el fin comercial de las demandadas.

3 SSTS 11 diciembre 1995 (RJ 1995, 9477), 22 marzo 2001 (RJ 2001, 4751) y 19 julio 2004 (RJ 2004, 5463), entre otras muchas.

4 Citando al efecto la sentencia de 12 de junio de 2009 (RJ 2009, 3392), en la que el Tribunal Supremo consideró que la publicación inconsentida de unas fotografías de una modelo fotográfica y de pasarela y antigua Miss

Por tal motivo, la Audiencia Provincial estableció lo siguiente:

1º) Sobre la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad corporal, o derecho a mantener reservadas del conocimiento ajeno ciertas partes cuya exhibición afecta al pudor y cuya delimitación depende de las convenciones sociales, se reitera en los argumentos de la sentencia de primera instancia, ya que no se probó el carácter privado de la playa en que se tomaron las fotografías, y la actora, aun cuando no deseara ser observada, se expuso a la vista de cuantas personas pudieran pasar.

2º) Con respecto a la intromisión en el derecho a la propia imagen, la Audiencia entendió que las fotografías controvertidas quedaban amparadas por la excepción prevista en el art. 8. 2. a) LO 1/1982⁵, dado el carácter público tanto de la persona afectada como del lugar en que se encontraba, sin que fuera óbice el tenor del art. 7.6 de la misma ley, que considera ilegítimas las intromisiones cuando se utilice la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin que concurra un interés general en la información transmitida por dichas imágenes. La Audiencia trae a colación la STS 18 noviembre 2008 (RJ 2008, 6054), que establece que el derecho constitucional a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.a, CE) no desaparece ni se debilita por la circunstancia de que mediante la transmisión se obtengan beneficios económicos, porque ésta es la finalidad de toda publicación, ni tampoco por el hecho de que una primicia o exclusiva aumente las ventas, ni implica que toda información relevante tenga que ser necesariamente política, económica, científica o cultural, pues también existe el género frívolo de la información de entretenimiento.

3. El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación resueltos por la STS 24 julio 2012 (RJ 2012, 8371).

Tras la desestimación íntegra de sus pretensiones, Elsa Pataky acudió al TS, ante el que interpuso dos recursos de naturaleza extraordinaria, uno de ellos por infracción procesal y el otro de casación. El primero de ellos se sustentaba en dos motivos, a saber, la "infracción de normas procesales de la sentencia", y la "infracción del art. 24.1 CE por denegación de la tutela judicial efectiva".

España, captadas mientras la demandante disfrutaba de una jornada habitual de playa en Ibiza sin la pieza superior del bikini, no supone una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen, al entender que dicha publicación tiene interés informativo para los medios del género frívolo o de entretenimiento; interés que estaría plenamente admitido por los usos sociales, según dice aquí el Tribunal Supremo.

5 Art. 8.2.a) LO 1/1982: "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."

Con respecto al primero de los motivos de infracción procesal alegados, entendía la recurrente que se había producido una inversión de la carga de la prueba, con vulneración del art. 217 LEC, por cuanto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió el asunto en segunda instancia afirmaba literalmente que “no constaba probado el carácter privado de la playa”, siendo así que a quien correspondía acreditar que la playa era pública era a las demandadas, por haber alegado ellas la excepción del art. 8.2 LO 1/1982, sin que hubieran propuesto prueba alguna sobre la legislación mejicana relativa al carácter de la playa donde se tomaron las fotografías. Este motivo es estimado por el TS, dado que, en materia de derechos fundamentales, cuando existen indicios de vulneración, el *onus probandi* se desplaza hacia la parte demandada, como establece el TC desde la doctrina fijada por su STC 38/1981, de 23 de noviembre, y prolijamente reiterada⁶; lo que también ha sido establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 7 de mayo de 2002⁷. Y acogida, en fin, por la STS 12 septiembre 2011 (RJ 2011, 7380) en relación a unas fotografías tomadas en una playa de Estados Unidos, en un caso en el que, idénticamente al que nos ocupa, se esgrimía el art. 8.2.a) LO 1/1982 como excepción al art. 7.5⁸, siendo deber del demandado probar el carácter público de la playa al tratarse de un hecho de los que impiden la eficacia jurídica de los hechos en que se basa la demanda⁹.

La recurrente alegaba también que no se le había dispensado una tutela judicial efectiva, por cuanto se dio una arbitrariedad en la valoración de la prueba, con el resultado de que no se han adoptado las medidas necesarias para acabar con la intromisión sufrida. Este motivo es igualmente estimado por el TS, porque la cuestión relativa al carácter teóricamente público o privado de la playa no es el núcleo esencial para resolver la controversia, sino que hay que atender a las circunstancias concretas, a saber; que el lugar elegido para realizar el reportaje pactado por la recurrente con “Elle” estaba fuera de España, en México, y concretamente en un lujoso **resort** exclusivo, lo que en principio debía garantizar cierta privacidad; que se eligió el mes de marzo, no comprendido entre los períodos vacacionales más comunes, lo que determinaba una cierta tranquilidad que es observable en las fotografías enjuiciadas, en las que tanto la modelo como los miembros del equipo fotográfico aparecen distendidos y en actitud propia de quien está trabajando sin sentirse observado; y que la panorámica de una de las fotos que publica “Interviú” corrobora que no

6 SSTC 293/1993, 18 octubre; 87/1998, 21 abril; 140/1999, 22 julio; 29/2000, 31 de enero; 207/2001, 22 octubre; 214/2001, 29 octubre; 14/2002, 28 enero; 29/2002, 11 febrero; 30/2002, 11 febrero; y 17/2003, 30 enero, recaída en el ámbito laboral, en la que establece que “el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que haya podido producirse”

7 Caso *McVicar vs Reino Unido*.

8 Artículo 7.5 LO 1/1982: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: 5) 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 octavo, dos.”

9 Caso *Enrique Iglesias y Ana Kournikova vs Telecinco*.

podía observarse a nadie en la zona de hamacas de la playa en que se realizaba el reportaje.

Todas estas circunstancias permiten afirmar al Alto Tribunal que la actriz fue captada en un lugar apartado buscado de propósito para la realización de una sesión fotográfica de un reportaje pactado, cuya publicidad quería evitarse, y que tal circunstancia fue aprovechada por los fotógrafos que realizaron las fotos enjuiciadas.

Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, el TS entró a analizar la cuestión de fondo planteada en el recurso de casación, que es la colisión entre el derecho a la libertad de información y los derechos a la imagen y a la intimidad personal. A este respecto, la sentencia recuerda que la limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por medio de la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación, dice la sentencia, se entiende, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de los derechos fundamentales en presencia resulta afectado por la colisión, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

Habiéndose invocado en este proceso el derecho a la libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar varias cuestiones, a saber:

1º) El peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Así, considerado en abstracto, resulta que los derechos a la libertad de expresión e información son prevalentes por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático¹⁰.

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción¹¹.

2º) La técnica de ponderación también exige valorar el peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión, y desde esta perspectiva:

i) 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

10 STS 11 marzo 2009 (RJ 2009, 1638).

11 Este es el criterio sentado, entre otras, por las SSTC 105/1990, 6 junio, FJ 4; y 29/2009, 26 enero, FJ 4; actualmente viene recogido en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el art. 8.2.a) LO 1/1982¹².

ii) La prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones.

iii) La transmisión de la noticia- reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como dice reiteradamente el TC, la Constitución Española no reconoce un derecho al insulto¹³.

iv) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden, y la forma en que tiene lugar la difusión¹⁴.

v) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o bien si hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

vi) La STC 30 enero 2012 señala que el criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas, es el de las “expectativas razonables” que la propia persona o cualquier otra en su mismo lugar y circunstancia, podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno, pudiéndose conducir con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores.

Aplicando toda la doctrina anterior al caso enjuiciado, el TS concluye que, frente a la inmisión en el derecho a la propia imagen e intimidad de la demandante, atendidas las circunstancias del caso, no puede prevalecer la libertad de información y, consecuentemente, ha de apreciarse la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la recurrente porque:

12 La STS 17 diciembre 1997 (RJ 1997, 9100), en línea con otras muchas, declara que la “proyección pública” se reconoce en general por razones diversas, como puedan ser la actividad política, la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica y la relación social, entre otras circunstancias.

13 Véanse, por ejemplo, SSTC 112/2000, 99/2002 y 56/2008.

14 STS 19 marzo 1990 (RJ 1990, 1708).

1º) Desde el punto de vista abstracto, hay una colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen de la actora porque las fotografías enjuiciadas mostraban partes de su anatomía que ella no quería mostrar al público. Asimismo, tales fotografías muestran momentos que pueden ser considerados pertenecientes a su intimidad, como son aquellos en los que se estaba cambiando de ropa.

2º) Del examen del peso relativo de los derechos en colisión en el caso concreto, el Alto Tribunal concluye que no existe un interés público en el reportaje fotográfico publicado por las entidades demandadas, ya que afectan a un personaje público pero ubicado en un lugar buscado de propósito por su carácter reservado. Este hecho deslegitima, desde el punto de vista de la información, el interés público de las imágenes y no justifica la intromisión en el derecho a la intimidad de la recurrente, que debe prevalecer. Además, las imágenes fueron captadas en un lugar apartado en el que se buscaba tanto preservar la imagen de Elsa Pataky, que había sido previamente vendida para un determinado reportaje, como preservar su intimidad en la elaboración del mismo¹⁵. Razona el TS que tanto la actriz como el resto de los miembros del equipo estaban desarrollando su labor profesional en la creencia de que no estaban siendo observados, lo que demuestra que las imágenes fueron captadas de forma furtiva. Los fotógrafos, como profesionales del periodismo, conocían o debían conocer que se estaba desarrollando un reportaje profesional en unas determinadas condiciones, por lo que la difusión de esas imágenes, que muestran el lado no artístico de la fotografía que verdaderamente se pretendía con el reportaje, denota una actitud cuestionable en la profesión. Pero, al margen de tal reproche, desde el plano jurídico ese hecho supone una intromisión en la imagen de una persona pública y en su intimidad, por suponer la captación de imágenes sin consentimiento del fotografiado en un lugar apartado, aprovechándose abusivamente de tales circunstancias.

La Sala considera que en el análisis de los derechos fundamentales en colisión hay que seguir un procedimiento que obliga a considerar, en primer lugar, la prevalencia del derecho a la libertad de información en un Estado Democrático de Derecho; a continuación, debe pasarse a considerar que las imágenes publicadas podían tener

15 Como recuerda REBOLLO DELGADO, L.: "La imagen como dato", "Anuario Facultad de Derecho", Universidad de Alcalá II, 2009, p. 180, "la importancia de la propia imagen tiene dos proyecciones significativas. Una primera alcanza de forma introspectiva al propio individuo y al concepto de sí mismo, con dos ámbitos substanciales, uno físico o corporal y otro mental o psíquico. En lo que hace referencia a la segunda proyección, es externa, hacia fuera, con respecto a los demás y procura o pretende reservar o realizar una imagen acorde con lo que nosotros pensamos o entendemos de nosotros mismos.

En esta línea, SALVADOR CODERCH, P., RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P.: "Imágenes veladas. Libertad de información, derecho a la propia imagen y autocensura de los medios", "InDret", n° 1/2011, p. 13, recuerda que "se han venido diferenciando dos ámbitos del derecho a la propia imagen: uno positivo y el otro negativo. Así, y como derecho de la personalidad, tiene carácter bifronte, ya que otorga al titular la facultad de controlar la representación de su aspecto físico, en tanto que identificativo de su persona, lo cual lleva aparejado, por un lado, el derecho a determinar la información gráfica en la cual sea reconocible que puede ser captada o difundida públicamente -ámbito positivo del derecho-. Por el otro, el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su imagen por tercero que carezca de autorización -ámbito negativo-."

interés algún público, aunque débil en la ponderación, cual es el interés propio de los medios pertenecientes al género de entretenimiento, plenamente admitido por los usos sociales y para el que puede ser noticia el físico de una reconocida actriz; pero, en un paso más, debe entenderse que la difusión de las imágenes captadas de forma furtiva del cuerpo semidesnudo de la recurrente en un espacio solitario, durante la elaboración de un reportaje profesional, supone una intromisión ilegítima en su imagen e intimidad, razón por la que finalmente cabe casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y, en su lugar, dictar otra por la que declara que las demandadas cometieron una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen e intimidad de Elsa Pataky y se reconoce en lo sustancial las pretensiones condenatorias por ésta formuladas.

IV. CONCLUSIONES.

Entiendo que el valor de esta sentencia reside en que reafirma unos principios que son muy de tener en cuenta en esta materia, a saber:

1º) El derecho a la información también cubre la de carácter más frívolo, pero no puede llegar a amparar las publicaciones innecesarias cuando éstas confrontan con el derecho a la imagen.

2º) El concepto jurídico de espacio público o privado, a los efectos de tuición del derecho a la intimidad, no depende de una previa calificación administrativa, sino que tiene que delimitarse en cada caso concreto y de un modo teleológico, de manera que será privado aquel espacio que, aunque teóricamente abierto a todos, ofrezca en un momento dado unas garantías de reserva dada la hora del día, la lejanía, la época del año u otras circunstancias que produzcan análogo resultado.

3º) Tal y como señala la STC 156/2001, 2 de julio, el derecho a la propia imagen no sólo sirve para evitar injerencias indeseadas, sino también para que el individuo pueda velar por una determinada imagen externa y no estar a merced de la que otros quieran atribuirle. El derecho a la imagen no se circunscribe, pues, a la simple apariencia física que la naturaleza ha otorgado a cada persona, sino que se extiende hasta abarcar también la facultad, siempre autónoma, de construcción de la propia imagen pública.

**LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO
EN LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.**

A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ART. 197 CP ANTEPROYECTO DE OCTUBRE DE 2012

***THE IMPORTANCE OF CONSENT TAXPAYER IN CRIMINAL PROTECTION
OF THE RIGHT TO OWN IMAGE.***

A PURPOSE OF THE PROPOSED AMENDMENT OF ART. CP 197 DRAFT OCTOBER 2012

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 160-179



Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 25 de septiembre de 2012

RESUMEN: El trabajo analiza la problemática particular de la protección penal del derecho a la propia imagen realizando un análisis de las conductas relevantes para el derecho penal, haciendo hincapié especial en el valor del consentimiento de la víctima como elemento excluyente de la responsabilidad criminal. Se analiza así mismo la propuesta de modificación de estos delitos que viene a limitar la eficacia del consentimiento.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen, responsabilidad penal, consentimiento sujeto pasivo, reforma legislación penal.

ABSTRACT: The paper analyses the problematic individual of the protection criminal of the right to the own image, realizing an analysis of the notable behaviors for the penal right, doing special upsetting in the value of the consent of the victim like element to exclude the criminal responsibility. It analyses likewise the proposal of modification of these crimes limiting the efficiency of the consent.

KEY WORDS: Right to the own image, criminal responsibility, passive subject consent, reforms penal legislation..

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Criterios para la delimitación de las conductas punibles. III. Los valores protegidos mediante el derecho penal. IV. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Conductas punibles. 1. Apoderarse 2. Interceptar las telecomunicaciones. 3. Utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión grabación o reproducción. 4. Protección del habeas data. V. El papel del consentimiento del sujeto pasivo para la relevancia de las conductas típicas.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Entre las características de la protección penal de la intimidad destaca por su singularidad la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo. Es éste el que determina mediante su voluntad ese ámbito de intimidad que quiere ajeno a las miradas de terceros. Pero de la misma manera que el particular decide libérrimamente qué parcelas de su vida íntima quedan fuera de intromisiones ajenas, una vez ha consentido, la divulgación por parte de los partícipes deja de tener trascendencia penal como ataque a la privacidad de la persona, en tanto ha sido ésta la que con su comportamiento, permitiendo la captación de imágenes o incluso cediéndolas, ha abierto la llave de su intimidad. Esta particularidad ha dado lugar al planteamiento de situaciones reales especialmente problemáticas en los casos en que la persona consiente o cede imágenes en un contexto de intimidad a una persona concreta y posteriormente -muchas veces a causa de una ruptura sentimental- dichas imágenes son utilizadas como represalia, más poco se puede hacer para perseguir dichas conductas, claramente atentatorias a la dignidad de la persona ultrajada, mediante los delitos que tutelan la intimidad, pues como ya se ha subrayado la existencia del consentimiento inicial, veta por atipicidad la relevancia penal de dicho comportamiento. Es verdad que ante dicha situación la jurisprudencia, consciente de la actitud claramente insidiosa del divulgador; ha acudido en ocasiones a los delitos contra el honor; contra la integridad moral o a la vía de reparación prevista por la LO 5/1982 de protección civil del derecho al honor; intimidad y propia imagen.

A pesar de que el problema ya se había planteado por la jurisprudencia y por la doctrina, ha sido la alarma social generada por la difusión, rápidamente propagada

• Asunción Colás Turégano

Asunción Colás Turégano es Licenciada en Derecho por la Universidad de Valencia, en enero de 1996 defendió su Tesis Doctoral dirigida por el profesor D. Tomás Vives Antón sobre los problemas de constitucionalidad planteados por los delitos contra el medio ambiente. Desde 1993 imparte clases de Derecho penal en la Universidad de Valencia, siendo profesora titular de derecho penal desde enero de 1999. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural, derechos de la mujer; Actualmente es Profesora titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia (España) y forma parte del Proyecto de Investigación dirigido por el profesor José Ramón de Verda y Beamonte financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación Tecnológica, que lleva por título "La protección del derecho a la imagen frente a los medios de comunicación y las nuevas amenazas tecnológicas".

a través de internet, del vídeo íntimo de un personaje público¹ lo que ha propiciado que, atareado el ejecutivo español en la elaboración de un nuevo anteproyecto de reforma del CP decidiera la introducción de una nueva figura dentro de los delitos contra la intimidad, dirigida precisamente a hacer frente a la conducta del que ha obtenido la grabación o la fotografía con el consentimiento de la víctima y luego la divulga sin su anuencia.

Este reciente acontecimiento descubre el salto cualitativo que han experimentado los atentados contra la intimidad mediante el uso de la imagen. La necesidad de crear mecanismos jurídicos de tutela de este derecho surge paralela con el desarrollo de tecnologías capaces de captar la imagen, estática o en movimiento de la persona. La fotografía y, posteriormente el video, se revelaron como técnicas especialmente adecuadas para perturbar el legítimo derecho del ciudadano a preservar facetas de su vida íntima. Ese incremento del riesgo para los derechos reconocidos por el art. 18 de la CE, a la intimidad, el honor y a la propia imagen ha alcanzado una intensidad sin precedentes por los últimos desarrollos técnicos vinculados al uso de la telefonía móvil y al tráfico de datos por la masiva incorporación de los ciudadanos a las redes sociales.

¿Qué papel desempeña el derecho penal en la tutela de estos derechos? Y, de manera especial en la protección del derecho del ciudadano a la propia imagen. Como es sabido, el derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima solo será de aplicación ante los ataques más graves e intolerables a los bienes jurídicos más importantes. El derecho penal ha de ser siempre la *ultima ratio*; de ser posible solucionar el conflicto de manera menos lesiva mediante el recurso a otras vías, a ellas habrá de acudir. De manera principal, la imagen va a ser tutelada, a través de los mecanismos previstos en el orden civil por la LO 5/82, de protección a la intimidad, al honor y a la propia imagen.

Pero ante ataques de indudable gravedad, especialmente invasivos para estos bienes jurídicos, el derecho penal también reacciona ocupándose de manera subsidiaria de la tutela del derecho a la imagen. Es verdad que no hay en el CP ningún delito que tenga como bien jurídico tutelado tal derecho, pero sí encontramos delitos en los que la captación, reproducción, divulgación o utilización de cualquier otra forma de la imagen de la persona aparece como medio para la afectación a otros bienes jurídicos que sí reciben tutela penal.

¹ Como se expone en la edición digital del Diario El País de 6 septiembre 2012: "La concejal no sabe explicar cómo ese vídeo íntimo acabó en Internet y en los ordenadores de todos sus vecinos. "No me robaron el móvil. Sinceramente, no sé cómo ha pasado. Solo sé que empezó a difundirse por Whatsapp y que en dos horas lo tenía todo el pueblo y gente de los pueblos de alrededor". La difusión empezó el pasado ocho de agosto. En el pueblo no se habló de otra cosa durante varias semanas, pero el asunto, como casi todos, iba a menos. Hasta que el pasado miércoles las redes sociales decidieron convertirlo en trending topic (tema del momento)".

Así, es posible que con la divulgación de determinadas imágenes sobre la vida íntima de una persona se afecte a su dignidad y honor y, por ello, tal conducta puede ser constitutiva de un delito de injurias, pues claramente implica una **conducta** – la de distribuir fotos o videos que reflejan la intimidad de la persona, muchas veces tomadas en un contexto privado y dirigidas exclusivamente a dicho ámbito-especialmente denigrante que efectivamente lesiona la dignidad de la persona, perjudicando su fama o atentando contra su propia estimación².

La especial preocupación que en general se tiene por la tutela de los menores, potenciada en el momento histórico actual por el peligro que ha supuesto el desarrollo de nuevas tecnología de la comunicación, especialmente internet, en las que han proliferado conductas de contenido sexual que tienen como sujeto pasivo, especialmente sensible, a los menores de edad ha traído como consecuencia una ampliación de las conductas en el ámbito de la pornografía infantil. En el art. 189 CP se tipifican tanto la captación y utilización de menores para actuar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración, venta, distribución, exhibición... de material pornográfico, en todos estos casos se utiliza la imagen del menor con esa concreta finalidad de interferir en la indemnidad sexual del menor; al suponer un perjuicio para el adecuado proceso madurativo y educativo del menor el que se ve entorpecido con la utilización del menor y su imagen en dichas prácticas.

Pero de manera más específica la represión del control visual clandestino de la imagen se materializa a través de los delitos contra la intimidad y, en concreto, mediante los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, tipificados en los arts. 197 y ss., CP. En concreto el art. 197.1 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, al “que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación”. Asimismo, en el apartado segundo se castiga con las mismas penas “al que sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o un tercero”.

2 Así en la SAP Lleida 25 febrero 2004 (ARP 2002, 636). Se condena por delito de injurias con publicidad a quien divulga la grabación consentida de una relación sexual. No se considera la existencia de un delito contra la intimidad pues la grabación se realizó con el consentimiento de la afectada, fue meses después, cuando, sin su consentimiento, se decide a divulgar la intimidad compartida. Un supuesto similar en SAP Huelva 15 febrero 2002 (JUR 2002, 115257).

La compleja descripción típica, la variedad de conductas típicas y las particularidades del bien jurídico, caracterizado por su disponibilidad, suscitan cuestiones muy interesantes en la concreción de la forma que ha elegido el legislador de tutelar la intimidad prohibiendo la utilización no consentida y subrepticia de la imagen.

Como veremos, por la subsidiariedad propia del derecho penal sólo van a tener trascendencia penal los supuestos de acceso, captación, divulgación... de la imagen en situaciones de especial intimidad, contra la expresa voluntad del sujeto pasivo y con la específica finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad, especial momento subjetivo requerido por el tipo que dota a éste de una estructura particular por exceso subjetivo, al no requerir para su consumación la efectiva lesión de la intimidad³, sino, simplemente la realización de las conductas sin la voluntad del sujeto pasivo, movido el autor por la finalidad de descubrir la intimidad de éste.

Como subrayábamos al principio, la voluntad del sujeto pasivo tiene una especial importancia en la delimitación de las conductas con significación penal, puesto que si con relación a otros bienes jurídicos es posible fijar de manera objetiva su contenido (vida, salud, libertad, propiedad...), en el caso de la intimidad es el sujeto pasivo el que concreta el ámbito que debe quedar fuera del conocimiento de terceros. Sin embargo la asunción de una posición absolutamente voluntarista y subjetiva pudiera pugnar con los principios de intervención mínima y proporcionalidad que deben imperar en el ámbito punitivo. Es por ello que la doctrina ha tratado de poner algún límite objetivo con el fin de que las conductas subsumibles en el tipo ciertamente representen un grado de ofensividad significativo para el bien jurídico pudiendo entrar dentro de un concepto objetivo de privacidad individual o secreto. Con dicha finalidad MORALES PRATS⁴ utiliza el criterio de la adecuación social considerando que los objetos del apoderamiento han de suponer “una proyección de la intimidad del sujeto”, y en dicha dirección, RUEDA MARTÍN⁵ entiende que hay que “coordinar la voluntad del sujeto con la existencia de un objeto material en el que objetivamente se manifieste la pretensión de valor del bien jurídico intimidad”. Desde otra perspectiva, aunque también con una pretensión delimitadora, GONZÁLEZ

3 La mayoría de la doctrina considera que nos encontramos ante un delito de peligro (Art. 197.1) que no exige para su consumación la efectiva lesión del bien jurídico intimidad, así: MORALES PRATS, F., en: AA.VV.: *Comentarios al Código Penal* (QUINTERO OLIVARES, dir. y MORALES PRATS, coord.), t. II, Parte Especial, 5ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pág. 451; DOVAL PAIS y JUANATEY DORADO: “Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y(o) a la propia imagen”, en AA.VV.: *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal* ((CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.), t. I., Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 548; ROMEO CASABONA, C.: “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet”, en “Derecho y Conocimiento: Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento”, núm. 2, 2002, pág. 127; RUEDA MARTÍN, Mª Á.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 47. Sin embargo consideran que estamos ante un delito de lesión: ANARTE BORRALLO, E.: “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secreto (I). En especial el art. 197.1 del CP”, “Jueces para la Democracia”, núm. 43, marzo 2002, pág. 55; JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, lustel, Madrid, 2008, pág. 25.

4 MORALES PRATS, F., en AA.VV.: *Comentarios*, cit., p. 451.

5 RUEDA MARTÍN, Mª Á.: *Protección penal*, cit., p. 44.

Rus⁶ considera que la fijación del ámbito íntimo tutelado penalmente depende de cada titular; la determinación concreta de su contenido se manifestará mediante conductas en las que el titular “ponga claramente de manifiesto frente a los otros su deseo de mantener fuera de su conocimiento informaciones de naturaleza privada y personal...sin importar la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales...el bien jurídico se vulnera si se actúa contra la voluntad del sujeto pasivo”.

II. CRITERIOS PARA LA DELIMITACIÓN DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES.

La facultad dispositiva del sujeto respecto a los límites de tutela del bien jurídico intimidad, unido a la necesidad de respetar principio penales como el ya mencionado de intervención mínima y la proporcionalidad con la gravedad de la conducta realizada exige establecer criterios claros de delimitación entre las infracciones penales y civiles.

La existencia de dos niveles de tutela del bien jurídico intimidad mediante la captación ilícita de imágenes impone que se fijen los criterios usualmente manejados para decidir qué conductas son merecedoras del más grave reproche penal y cuáles precisan la mera sanción civil.

El art. 18 CE se desarrolla en sus aspectos civiles por medio de la LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Se articula de esta forma un cauce para la tutela civil de estos derechos fundamentales. No obstante, como la propia ley establece, si el ataque contra los mismos es constitutivo de ilícito penal, esta jurisdicción será la preferente, aunque la responsabilidad civil se determinará según los criterios establecidos en la ley civil. Por tanto el legislador establece un cauce para la efectiva tutela de las intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad e imagen de terceros, sin perjuicio de que, en función de la gravedad de la intromisión, de darse los elementos típicos exigido por la legislación penal, tales comportamientos sean constitutivos de delito, siendo entonces la jurisdicción penal la encargada de resolver sobre la cuestión planteada, siempre que así lo decida el sujeto afectado, pues nos encontramos ante delitos semipúblicos perseguibles a instancia del interesado (art. 201 CP).

Para la concreción de aquellas conductas que van a ser relevantes penalmente habrá que atender a los principios imperantes en esta rama del ordenamiento jurídico sobresaliendo, entre todos ellos, el principio de legalidad concretado en el ámbito de la teoría jurídica del delito en el elemento de la tipicidad. Especialmente importante

6 GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (COBO DEL ROSAL, coord.), 2ª ed., Colex, Madrid, 2005, p. 345.

a la hora de fijar criterios de delimitación, la exigencia de que la acción típica suponga una grave afectación al bien jurídico intimidad. No basta pues la mera coincidencia formal de la conducta realizada con la descripción típica, también dicha conducta debe representar una significativa lesión al bien jurídico tutelado por la norma, en este caso la intimidad personal. Ello supone que solo deben tener trascendencia penal aquellas conductas que afecten de manera más incisiva sobre el núcleo duro de la intimidad, aquellas que afecten a sus aspectos más sensibles y tomada la imagen en situaciones de especial privacidad y reserva. Por ello, exclusivamente aquellas conductas que colmen las exigencias típicas, cumplimentando la dimensión formal y valorativa del tipo, tendrán relevancia penal, quedando el resto de conductas lesivas para el derecho a la intimidad o para el derecho a la propia imagen a expensas de la protección civil⁷.

Respecto a las conductas consistentes en la utilización de artificios técnicos de grabación o reproducción de la imagen, en general la doctrina reserva la tutela penal a las grabaciones realizadas sin consentimiento del sujeto pasivo en un lugar privado y cerrado, dejando a la tutela civil las realizadas en lugares privados abiertos (jardín, balcón) o en un lugar público cerrado (restaurante, cine, hotel), siendo irrelevantes las que se producen en un lugar público abierto (calle, jardín público), siempre dentro de los límites que fija la LO 1/1982⁸. No obstante tales criterios deberían ser matizados teniendo en cuenta no sólo las características del lugar donde se realiza la actividad sino la propia naturaleza de la misma, así GONZÁLEZ RUS⁹ propone la extensión de la responsabilidad penal de la grabación de imágenes de personas que se hallan realizando una actividad que no puede realizarse en otro lugar que garantice la reserva, como tomar sol en un jardín privado. En dicha línea de razonamiento, menos dudas plantea la relevancia penal de las grabaciones subrepticias llevadas a cabo dentro de lugares reservados de un establecimiento público¹⁰ (Aseos de un Centro comercial o Edificio Público, habitación de hotel, etc.).

Si atendemos a la aplicación jurisprudencial de estos criterios, hallamos cierta contradicción en la jurisprudencia, así nos encontramos con alguna sentencia en la que se da trascendencia penal a la grabación realizada en lugar público cerrado. En la SAP Málaga 16 septiembre 2009 (ARP 2010, 17) se resuelve un recurso de apelación frente a la sentencia de un juzgado de menores en la que se condenaba por la comisión del delito tipificado en el art. 197.1, a la menor que había grabado la agresión de su compañera en el colegio (lugar público cerrado) y luego la había

7 Sobre la frontera entre ilícito penal y civil vid SAP Madrid 23 marzo 1999 (ARP 1999, 1465).

8 CARRASCO ANDRINO, M^a M., en: AA.VV.: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (ÁLVAREZ GARCÍA, F., dir., MANJÓN-CABEZA OLMEDA y A. VENTURA PÜSCHEL, A., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 568, GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 360.

9 GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 360.

10 Sobre la consideración de la celda de establecimiento penitenciario como ámbito de intimidad vid ATC 176/2007, de 1 de marzo.

difundido mediante el bluetooth de su teléfono móvil. En los razonamiento jurídicos de la sentencia se afirma que “El delito del art. 197 del Código Penal en este caso viene constituido por la captación de unas imágenes que formaban parte de la intimidad de la víctima y de su derecho a la propia imagen, sin su consentimiento”, no llega a plantearse la importancia del lugar en el que se produce la grabación como criterio de delimitación entre la infracción penal y la civil y consecuentemente, sobre dichos presupuestos, la audiencia confirmó la sentencia del juzgado de menores.

Sin embargo, en otros casos sí se valora especialmente el contexto de intimidad para considerar o eludir la responsabilidad penal del sujeto. En el caso enjuiciado por la SAP Las Palmas 2 octubre 2008 (ARP 2008, 699), procedente de un recurso a la sentencia absolutoria dictada por un juzgado de lo penal, se enjuicia la conducta de una persona que graba a una conocida concursante de un programa televisivo de tele realidad tomando el sol en la piscina de un hotel. La Audiencia ratifica la sentencia absolutoria, valorando de manera especial, además del lugar en el que se han tomado las fotografías, el carácter público del personaje. Como en la sentencia se afirma “el ataque que para la privacidad de la afectada supone la captación de unas simples imágenes de la misma tomando el sol en una piscina es, en cualquier caso, de una intensidad mínima, por no decir que totalmente inocua, para el concepto de intimidad de una persona que no es un sujeto anónimo sino que voluntariamente ha decidido compartir con los telespectadores buena parte de ella al protagonizar un programa de tele realidad y por tanto desprenderse parcialmente de ella. No corresponde, en definitiva, al derecho penal valorar si la captación furtiva de las imágenes de la recurrente en una piscina pública violan su derecho a la propia imagen reconocido en el art. 18 CE, que para ello ya establece el ordenamiento jurídico otros mecanismos y cauces procedimentales adecuados, pero sí concluir, por todo lo dicho anteriormente, que la acción imputada al acusado en sí misma considerada no supone un atentado intolerable a la intimidad del personaje público que deba merecer especial reproche criminal”.

Puede explicar la diversidad de criterio jurisprudencial, además del lugar en el que se han tomado las imágenes, en los casos transcritos ambos eran lugares públicos (colegio, piscina de hotel), se valora de manera especial el previo actuar de la víctima, persona privada en el caso de la menor captada en su colegio y personaje con cierta trascendencia pública en el segundo caso.

III. LOS VALORES PROTEGIDOS MEDIANTE EL DERECHO PENAL

Mediante el derecho penal se tutela el núcleo duro de la intimidad. La evolución actual de la configuración de este derecho muestra cómo a través de las figuras delictivas recogidas en el art. 197 CP se tutelan dos aspectos o facetas del mismo:

En primer lugar, se preservaría el concepto clásico de intimidad configurada en sentido negativo y excluyente como la configuración de un ámbito reservado para la propia persona excluido de las "miradas" y el conocimiento de terceros ajenos. La existencia de ese ámbito reducido excluido del conocimiento ajeno constituye un presupuesto indispensable para la propia seguridad del individuo¹¹. Para su tranquilidad anímica el sujeto ha de tener un ámbito reservado libre del conocimiento ajeno. Es el clásico derecho a ser dejado solo (*to be alone*)¹², que se tutela con la incriminación de las conductas recogidas en el ap. 1º del art. 197.

Al propio tiempo, fruto del desarrollo de las nuevas tecnologías y la recepción de la concepción anglosajona de la *privacy*, reflejada en el art. 18 CE también se ha avanzado en la tutela del aspecto positivo de la intimidad como facultad del individuo de controlar y conocer los datos personales incluidos en ficheros o soportes especialmente informáticos, aspecto tutelado en el ap. 2 del art. 197 CP. Evolución¹³ del concepto de intimidad que también se ha materializado en la jurisprudencia de nuestro TC, a partir de la STC 134/ 1999, 15 julio 1999, en la que se afirma que "el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona y familia pudiendo imponer a terceros... particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida"¹⁴.

IV. LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS. CONDUCTAS PUNIBLES

El estudio de la protección penal de la intimidad mediante la utilización de la imagen exige determinar qué acciones quedan dentro del ámbito típico del art. 197 CP. Son varias las conductas tipificadas en el mismo que pudieran resultar lesivas para el derecho a la imagen como medio para atentar contra la intimidad. Todas las conductas referidas en el art. 197 exigen que se actué con una concreta finalidad: "descubrir los secretos o vulnerar la intimidad" de otro y con la misma se apodere de sus cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, en los que podemos encontrar imágenes... asimismo es factible que se intercepten las telecomunicaciones y se capten

11 GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 342.

12 La doctrina considera referencia indispensable de esta concepción el clásico de WARREN, S. y BRANDEIS, L.: *El derecho a la intimidad* (ed. BENIGNO PENDÁS y PILAR BASELGA), Civitas, Madrid, 1995.

13 Sobre la ampliación del concepto clásico del derecho a la intimidad y su doble dimensión positiva y negativa: CARRASCO ANDRINO, Mª M., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 559; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 270-271; MORALES PRATS, F., en AA.VV.: *Comentarios*, cit., pp. 443-444, GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (COBO DEL ROSAL, coord.), 2ª ed., Colex, Madrid, 2005, p. 342; RUEDA MARTÍN, Mª Á.: *Protección penal*, cit., p. 31.

14 Sobre la evolución de la jurisprudencia del TC, vid GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 343.

conversaciones con imágenes, sin embargo el supuesto más común es aquel en que, sin consentimiento del titular se han utilizado artificios técnicos para la grabación de la imagen, normalmente en situaciones íntimas. También es posible atentar contra la intimidad de la persona accediendo a la imagen de la misma depositada en cualquier tipo de registro, como recoge la figura regulada en el apartado segundo del art. 197. Pero analicemos de manera más detenida dichas conductas.

I. Apoderarse.

En primer lugar el art. 197.1 CP castiga la conducta consistente en apoderarse de *papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales* de otra persona con la finalidad de *descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad*. Es claro que en cualquiera de dichos soportes podemos encontrar elementos en los que se materialice la imagen del tercero, puede tratarse de fotografías o incluso vídeos, por ejemplo, en el caso de mensajes adjuntos al correo electrónico, siendo dicho documento gráfico el medio por el que se tiende al descubrimiento de la intimidad.

Hay una importante controversia doctrinal alrededor del sentido y contenido que cabe dar al término “apoderarse”, por su paralelismo con el empleado en el ámbito de los delitos patrimoniales, al ser idéntico al utilizado en el delito de robo, exigiéndose en dicho ámbito la aprehensión material del objeto para conseguir su apropiación, siendo la propiedad el bien jurídico tutelado. Ello ha propiciado que un importante sector de la doctrina española postule una interpretación estricta del término, equiparable a la utilizada en el delito de robo¹⁵. Sin embargo, la especificidad del bien jurídico tutelado en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, ha llevado a otro sector doctrinal¹⁶ a proponer una ampliación en el entendimiento al apostar por una clara espiritualización del término, fundamentando tal ensanchamiento en las particularidades del bien jurídico protegido, en tanto éste se podría ver afectado, no sólo por conductas de apoderamiento material, sino también, por actuaciones de apoderamiento sin necesidad de desplazamiento material.

Ello se hace especialmente comprensible cuando el objeto de apoderamiento es virtual: v. gr. los mensajes de correo electrónico que, ciertamente pueden ser objeto de apoderamiento material, si su titular ha decidido imprimirlos y un tercero se apodera del documento en el que constan, pero parece que también se cumplirían las exigencias típicas, cuando el tercero accediera, sin el consentimiento del titular, a la cuenta de correo del sujeto pasivo y leyera los correos de éste o se los renviara a su cuenta para leerlos o verlos posteriormente. De exigirse que para

15 ANARTE BORRALLO, E.: “Consideraciones”, cit., p. 54; CARRASCO ANDRINO, M^a M., en: AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 273; OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del art. 197.1 del CP*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 78.

16 MORALES PRATS, F., en AA.VV.: *Comentarios*, cit., p. 448; ROMEO CASABONA, C.: “La protección penal”, cit., pp. 131-137; RUEDA MARTÍN, M^a Á.: *Protección penal*, cit., 41.

apoderarse de los correos electrónicos, estos han de estar impresos, ningún sentido tendría su inclusión entre los objetos materiales del delito, pues en ese caso nos encontraríamos ante un papel, soporte de la intimidad, y podría haber sido incluido en el primer inciso de la relación¹⁷.

Ciertamente tal espiritualización de la comprensión de la conducta podría plantear problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, en concreto porque podría ser interpretada como un supuesto de analogía *in malam partem* (prohibida en Derecho penal), es por ello que se impone una interpretación restrictiva de los supuestos en los que quepa admitir la misma. En dicho intento de interpretación restrictiva cabe acudir al bien jurídico tutelado, esencialmente sometido a la voluntad del titular; por ello para que los supuestos en los que parece que se cubren las exigencias típicas sin necesidad de apoderamiento material ha de constar, necesariamente, la voluntad contraria del titular; éste ha de manifestar de alguna manera su deseo de que lo contenido en sus documentos no sea público, al tiempo que el responsable de la conducta ha de quebrantar las defensas¹⁸ que el titular ha puesto para salvaguardar el bien jurídico: v. gr. conseguir subrepticamente la clave del correo electrónico.

Sin embargo, la espiritualización experimentada por el término en ningún caso permite incluir la situaciones en las que el tercero accede al contenido de los diferentes soportes, sin realizar ningún tipo de esfuerzo, sería el supuesto del que en el despacho de otro lee los documentos que están a la vista de todos sobre la mesa, o el texto del documento que está en ese momento en la pantalla del ordenador ajeno¹⁹. Conductas en sí moralmente reprochables, pero sin trascendencia penal, su fácil acceso a terceros impide incluirlas dentro del concepto de secreto o intimidad. La utilización del término apoderamiento exige que el sujeto despliegue una cierta energía con la finalidad de descubrir el secreto, no se cumplirían las exigencias típicas en aquellos casos en que el sujeto meramente se encuentra con éste sin haber realizado ningún tipo de comportamiento tendente a su descubrimiento subreptico.

Por otra parte de acuerdo con las exigencias típicas ha de coincidir la titularidad de los soportes aprehendidos con la de la intimidad puesta en peligro, lo que puede llegar a plantear problemas en casos de no coincidencia. Pues este criterio no siempre se ha mantenido por la jurisprudencia dando lugar a resoluciones cuanto menos discutibles; así, en la SAPValencia 30 mayo 2012 (ARP 2012, 704) el imputado es un Médico cirujano, contratado por una clínica estética quien descubre casualmente un engaño en las prótesis colocadas a las pacientes, se les cobraba una determinada marca y se les implantaba una de menor calidad y precio, decidiendo investigar por

17 Como claramente expone, siguiendo la interpretación de Romeo Casabona, RUEDA MARTÍN, M^º Á.: *Protección penal*, cit., p. 43.

18 Exige asimismo el efectivo quebrantamiento de las defensas: JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen*, cit., p. 24.

19 MORALES PRATS, F., en: AA.VV.: *Comentarios*, cit., p. 448.

su cuenta se apodera de las historias clínicas de numerosas pacientes de la clínica en las que figuran fotografías, guiado por la intención de denunciar a la empresa. En este caso no se condenó por la vía del art. 197.2- acceso a datos incluidos en ficheros-, al razonarse en la sentencia la inexistencia de perjuicio para las interesadas y se condena por la vía del art. 197.1 a pesar de no coincidir la titularidad. Puesto que las historias clínicas como por otra parte se razona en la sentencia con base en lo dispuesto en el art. 23.1 de la Ley de asistencia sanitaria de la comunidad valenciana “son documentos confidenciales propiedad de la administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario cuando el médico trabaje por cuenta ajena y bajo la dependencia de un institución sanitaria. En caso contrario, la propiedad corresponde al médico que realiza la atención sanitaria”.

Sí cumplen totalmente con las exigencia típica de coincidencia de la titularidad, los hechos juzgados por la sentencia del JP n° 2 Mérida 29 diciembre 2009 (ARP 2010, 311), por la que se condena a un técnico encargado del mantenimiento informático de los equipos de un conocido bufete de la ciudad que aprovechando sus conocimientos accede a las fotografías contenidas en uno de los equipos, de claras connotaciones sexuales, y las publica en internet.

2. Interceptar las telecomunicaciones.

El término interceptar tiene distintos significados, la primera acepción que consta en el diccionario de la RAE: apoderarse de una cosa antes de que llegue a su destino, cabe descartarla pues su mención sería superflua, habida cuenta la interpretación y sentido que se da a la primera de las conductas referidas en el delito. Es por ello que, con buen criterio, la doctrina se decanta por interpretar que la conducta interceptar es equivalente a la “intromisión clandestina en una telecomunicación privada”²⁰. Bien entendido que sólo van a tener relevancia penal aquellas conductas que interfieran para conocer una telecomunicación, por tanto, como establece el Diccionarios de la RAE “un sistema de comunicación telefónica, telegráfica, radio telegráfica o demás análogas”, no el simple escuchar detrás v.gr. de un puerta o pared la conversación de terceros. Se exige por tanto la utilización de medios tecnológicos, no habiéndose admitido por la jurisprudencia que se colman las exigencias típicas en el hecho de escuchar una conversación a través de un teléfono supletorio²¹.

3. Utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión grabación o reproducción.

La tercera modalidad típica consiste en la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de

20 ROMEO CASABONA, C.: “La protección penal”, cit., pp. 137-138; OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L.: *El descubrimiento*, cit., p. 81

21 AAP Huesca 21 septiembre 2001 (JUR 2001, 291866).

cualquier otra señal de comunicación. Al exigir la utilización de artificios técnicos se excluye del ámbito típico los supuestos de captación por medio de los sentidos. En ningún caso tendría trascendencia penal la observación o escucha directa sin el empleo de medios técnicos que incrementen las facultades sensoriales del individuo.

En una situación difusa y, por ello, discutida en sede doctrinal, está el empleo de instrumentos para aumentar la capacidad natural para ver y oír; por ejemplo obtener imágenes con un teleobjetivo²². Desde un punto de vista gramatical no hay problema en incluir el teleobjetivo dentro del concepto de artificio técnico que nos va a servir para-en el ejemplo propuesto- grabar una imagen en la memoria de la cámara fotográfica. La trascendencia penal de tal conducta va a depender del contexto de intimidad en que se tomen dichas imágenes. Como hemos fijado en el apartado anterior solo tienen trascendencia penal por implicar un alto nivel de intimidad las imágenes captadas en lugares privados y cerrados, sólo en aquellos casos en que mediante un teleobjetivo se capten imágenes de la persona en tales lugares, podría tal conducta cumplir las exigencias típicas. Sin embargo, parece que son muchas las dificultades para grabar imágenes en tales condiciones, habida cuenta que si el sujeto está, por ejemplo en la ventana o balcón de su domicilio, grabar su imagen no tendrá trascendencia al ser un lugar en que se puede observar la conducta de la persona a simple vista, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil. Solo en el caso que con teleobjetivo se pudieran captar imágenes del interior de la vivienda a través de una ventana o balcón abierto o con el interior iluminado, se podría plantear la discusión. Precisamente mediante la utilización de un teleobjetivo se captó la imagen de un famoso financiero que había sido condenado penalmente, y que se encontraba comiendo un bocadillo en su celda de la prisión. Tanto el TC como el TS consideraron la irrelevancia de la conducta aunque resulta discutible la postura mantenida por la STS 8 julio 2004 (RJ 2004, 5112) reiterada por el ATC 176/2007, de 1 de marzo, respecto a la no consideración de la celda como espacio en que se pueden desarrollar actividades íntimas, cierto es que en el caso objeto de análisis el sujeto se había acercado a la ventana a comer el bocadillo con lo que estaba tácitamente permitiendo que su imagen pudiera ser vista desde el exterior, en una actividad que no descubre ningún secreto o aspecto íntimo, por lo que no cabe plantear la trascendencia penal del comportamiento por falta de afectación al núcleo duro de la intimidad. Sin embargo, ello no nos debe llevar a concluir que la celda de una prisión no puede constituir lugar de desarrollo de actividades íntimas, imágenes que, de ser captadas sin el consentimiento del sujeto y de forma clandestina si tendrían relevancia penal.

En la práctica jurisprudencial han quedado subsumidos en esta modalidad de conducta los siguientes supuestos: Amante se concierta con una tercera persona quien desde un armario lleva a cabo la grabación sin conocimiento de la pareja. Las

22 Vid sobre la polémica CARRASCO ANDRINO, M^a M., en: AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 567.

cintas luego son enviadas a distintas instituciones y a medios de comunicación. Así, la SAP Madrid 31 julio 2002 (ARP 2002, 475), confirmada por STS 10 de diciembre 2004 (RJ 2004,7917) También es condenatoria la sentencia del **amante despechado de Granada**, esto es, la SAP Granada, 16 de enero 2007 (JUR 2007,178248). Según los hechos recogidos en los considerandos de la sentencia, el acusado inicia una relación sentimental con la víctima, habiendo mantenido ambas relaciones sexuales en el domicilio de aquel, que fueron grabadas con una cámara de vídeo por parte del acusado, quien además grabó las conversaciones de ambos, sin que la mujer hubiera tenido conocimiento de que se estaban produciendo dichas grabaciones. Ella se siente culpable al tener esposo e hijos, decide romper la relación y como represalia él difunde las imágenes entre amigos y familiares de la mujer.

Especialmente interesante desde la perspectiva del ataque a la intimidad la sentencia por la que se condena a un **falso ginecólogo** que grababa las imágenes de las pacientes que acudían a su consulta, sometiéndolas en algunos casos a abusos sexuales, sin consentimiento de las víctimas para ninguna de dichas actuaciones, desconocedoras las mismas tanto de los abusos como de las grabaciones. Es la STS 14 octubre 2011 (RJ 2011,7488). En los considerandos de la misma se reafirma por el tribunal el derecho de los que acuden a una consulta médica a su intimidad, la parcela de intimidad que la persona cede en un reconocimiento médico es la mínima imprescindible para el desarrollo del mismo, mínimo que se ve claramente desbordado por la conducta del facultativo que graba el abuso sexual en virtud del engaño, haciendo creer a las víctimas que, en todo caso, se trata de una intervención o exploración ginecológica y no un acto sexual.

Encontramos un matiz diferente en el caso del **fotógrafo de Cuenca**. LA SAP Cuenca 16 noviembre 2011 (JUR 2011, 50623), frente al desconocimiento en los casos anteriores de las víctimas de ser objeto de grabaciones, en éste último si hay conocimiento y consentimiento de éstas, sin embargo la conducta es relevante al ser las víctimas menores y no considerarse válido su consentimiento por comprometer las imágenes tomadas los aspectos más sensibles de su intimidad. El fotógrafo aprovechaba que las chicas acudían a su negocio, aprovechando la vulnerabilidad de las mismas al ser menores les mostraba fotografías de otras menores, consiguió que alguna de ellas posaran para él, total o parcialmente desnudas, siendo fotografiadas por el acusado en poses y actitudes insinuantes que él mismo les indicaba, impropias de un menor de edad. Fue condenado por la comisión de varios delitos de descubrimiento y revelación de secretos en concurso ideal, concurriendo la agravante específica de afectar a datos sensibles y ser la víctima menor de edad. También fue acusado de ocho delitos de corrupción de menores del art. 189.1º de los cuales quedó, al considerar el Tribunal que no tenían las fotografías carácter pornográfico.

4. Protección del habeas data.

En el apartado 2º del art. 197 CP se castiga a “quien sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o un tercero”.

Se protege mediante esta figura el aspecto positivo de la intimidad como facultad del individuo de controlar y conocer los datos personales incluidos en ficheros o soportes especialmente informáticos.

La aplicación de esta modalidad se plantea en dos sentencias vinculadas al acceso de datos incluidos en archivos de historias clínicas. La primera de ellas, esto es, la SAP Valencia 16 noviembre 2006 (JUR 2006, 2471 I 4) juzga la conducta de la empleada de una clínica de medicina estética, quien para perjudicar a una paciente y a su esposo por previas desavenencias, difunde las imágenes íntimas que habían sido tomadas previas a la realización del tratamiento. No parece cumplirse el requisito exigido por el art. 197.1 de coincidencia en la titularidad del soporte aprehendido con la titularidad de la intimidad, por lo que aunque no se indica expresamente en la resolución, parece haberse calificado con arreglo a este apartado, concurriendo el tipo cualificado recogido en el ap. 4º para los casos en los que la imagen o el dato se difunde tras su descubrimiento o captación. Se da, por otra parte, el elemento tendencial exigido por el tipo, pues la clara intención de la acusada era perjudicar a la mujer cuyas fotos desnuda fueron distribuidas por la población en la que residía. Más complejo es el segundo caso, resuelto por la SAP Valencia 30 mayo 2012 (ARP 2012, 704), en el que el imputado es un Médico cirujano, contratado por una clínica estética quien descubre casualmente un engaño en las prótesis colocadas a las pacientes, se les cobraba una determinada marca y se les implantaba una de menor calidad y precio, decidiendo investigar por su cuenta se apodera de las historias clínicas de numerosas pacientes de la clínica en las que figuran fotografías, guiado por la intención de denunciar a la empresa. En este caso no se condenó por la vía del art. 197.2, al razonarse en la sentencia la inexistencia de perjuicio para las interesadas y se condena por la vía del art. 197.1 a pesar de no coincidir la titularidad. Puesto que las historias clínicas no son propiedad del titular de la intimidad, como por otra parte se razona en la sentencia con base en lo dispuesto en el art. 23.1 de la Ley de asistencia sanitaria de la Comunidad Valenciana “son documentos confidenciales propiedad de la administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario cuando el médico trabaje por cuenta ajena y bajo la dependencia de un institución sanitaria. En caso contrario, la propiedad corresponde al médico que realiza la atención sanitaria”.

V. EL PAPEL DEL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO PARA LA RELEVANCIA DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS.

La LO 1/1982 configura los derechos a la intimidad y a la propia imagen como irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, en consonancia con su naturaleza como derechos de la personalidad, configurando un ámbito propio y específico de la persona por el mero hecho de serlo, vinculado a la propia dignidad de la persona humana. Sin embargo no son derechos absolutos, puede admitirse la existencia de intromisiones legítimas cuando, el propio titular otorga su consentimiento para la difusión de la imagen, o por la concurrencia de alguna excepción prevista en la propia ley pues, como en la misma se establece, la protección civil de estos derechos queda delimitada por las leyes y por los usos sociales.

El derecho a la tutela de la propia imagen no incluye un derecho al anonimato absoluto y por ello en función de las circunstancias y por la entidad del sujeto, en ocasiones la propia ley admite la legitimidad de ciertas injerencias. Es por ello que nos vamos a encontrar ante situaciones en las que, sin contar con el consentimiento del sujeto pasivo, va a ser posible captar y reproducir lícitamente su imagen. En la propia ley se regulan excepciones en que por el interés general y público que las preside es posible la utilización de la imagen ajena. De esta forma, el art. 8 LO 1/1982 claramente establece que “no se reputarán 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”.

Puede también el titular consentir intromisiones ajenas en tales ámbitos reservados, consentimiento que ha de ser expreso y que puede revocar en cualquier momento (art. 2 LO 1/1982). Respecto al consentimiento se establece un mayor nivel de protección para los menores e incapaces, al disponer la ley que en estos casos ellos lo podrán prestar siempre que sus condiciones de madurez lo permitan y de no ser así, serán los representantes quienes prestarán el consentimiento por escrito, poniéndolo en conocimiento del Ministerio fiscal, y, si este se opone, habrá de resolver el Juez. El marco jurídico lo encontramos en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en cuyo art. 4 se realiza una regulación particularizada de estos derechos con relación a los menores, fijando un ámbito de protección más intensa al establecerse respecto a la utilización de su imagen que cualquier uso de la misma en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o ser contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal que instará las medidas cautelares y/o de tutela de los intereses del menor previstas en la ley y la reclamación de las indemnizaciones pertinentes. En este supuesto, la intromisión se considerará ilegítima incluso aunque conste el consentimiento del propio menor o de sus representantes. Por tanto,

siempre que se pretenda difundir imágenes de menores habrá que estar al régimen más restrictivo de la LO 1/1996.

Una de las cuestiones más controvertidas en la verificación de la relevancia penal de la conducta y el papel del consentimiento del sujeto pasivo es la que situación de se plantea cuando son varios los sujetos que intervienen en una conversación o actividad y sólo alguno o algunos de los participantes prestan su consentimiento para la grabación o captación de la conversación o imágenes. Son diferentes las situaciones que nos podemos encontrar y la respuesta de la jurisprudencia es distinta según lo grabado sean conversaciones o imágenes, en todos los casos partimos de la ausencia de consentimiento para la grabación.

a) En los supuestos de grabación de conversaciones, si el que graba la conversación es el otro interlocutor y luego difunde, no se considera la existencia de responsabilidad penal ni por el hecho de la grabación ni por su posterior difusión, siguiéndose la doctrina sentada en la STC 114/1874, de 29 noviembre, según la cual la conducta del interlocutor que graba la conversación en la que participa no vulnera el derecho a la intimidad al estimarse que “no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige”.

b) Sin embargo no ha sido ese el criterio seguido en los supuestos de grabación de imágenes, pues si quien graba es el *partenaire* en la actividad íntima desarrollada y posteriormente difunde, sí se ha considerado su responsabilidad penal como autor del delito²³.

c) Finalmente cuando es un tercero quien graba, con el consentimiento de alguno de los participantes de la conversación o actividad, el tercero responde como autor de la grabación y quien ha propiciado la misma con su consentimiento responde como partícipe necesario²⁴.

Dado que la intimidad es un bien jurídico disponible, es relevante como causa de atipicidad²⁵ el consentimiento libre y voluntariamente prestado por el sujeto mayor de edad en la transmisión de datos relevantes de su intimidad mediante la revelación en una conversación de hechos privados, o aceptando la grabación de

23 En la SAP Granada 16 enero 2007 (JUR 2007, 178248). Condenan por descubrimiento y revelación de secretos al sujeto que, sin consentimiento, graba relaciones sexuales con su amante para posteriormente amenazarla con divulgarlas con el fin de que abandone a su marido, al no atender la víctima su petición, difunde las imágenes.

24 Situación que se planteó en la SAP Madrid 31 julio 2002 (ARP 2002, 475). Sobre las diferentes consecuencias de la grabación subrepticia de conversaciones/imágenes en orden a su relevancia penal y una propuesta de reinterpretación ante la pérdida de control sobre la intimidad del sujeto cuya voz o imagen es grabada *vid* JUANATEY DORADO C., y DOVAL PAIS, A.: “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (BOIX REIG, J., dir., y JAREÑO LEAL, A., coord.), Iustel, Madrid, 2010, pp. 127 y ss.

25 CARRASCO ANDRINO, M^a M., en: AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 569; GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 350. RUEDA MARTÍN, M^a Á.: *Protección penal*, cit., p. 49; OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L.: *El descubrimiento*, cit., p. 90. Sin embargo considera que estamos ante una causa de justificación: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, cit., p. 275.

imágenes incluso aquellas que más puedan comprometer la intimidad por afectar a datos sensibles. Son contextos que en principio no plantean especiales problemas. No obstante hay cierta jurisprudencia respecto a situaciones en las que el sujeto ha consentido la grabación de imágenes y/o voz en un contexto de intimidad y posteriormente, sin su consentimiento, tales documentos son difundidos. En tanto el tipo exige que la grabación, o la obtención de la imagen no sean consentidas, la conducta quedaría fuera de los requerimientos mínimos de la tipicidad del art. 197.1. Ahora bien, ciertamente constituye un comportamiento falaz que en algunos casos -si la divulgación de tales imágenes implica una grave afectación a la dignidad y honor de la persona cuyas imágenes íntimas han sido divulgadas-, ha sido calificado como delito de injurias²⁶. Como se ha señalado por la doctrina es preciso “establecer una distinción entre consentir la realización de una grabación para uso privado de dos personas y consentir su realización para difundirla, puesto que es manifiesto que hay un aspecto importante de la intimidad para el que no hay consentimiento”.

La exigencia típica de acceder a la imagen contra la voluntad del sujeto pasivo está presente en un suceso reciente que se difunde en los medios de comunicación a principios del mes de septiembre²⁷, el caso de la difusión del vídeo de una concejal de un pueblo de Toledo, ha motivado la apertura de un procedimiento judicial y a su vez ha propiciado la inclusión de una nueva figura en el anteproyecto de CP. Efectivamente, unas semanas más tarde el Ministro de Justicia anuncia que se incorpora al anteproyecto de reforma del CP la difusión de imágenes íntimas aunque se hubieran conseguido con el consentimiento de la víctima: Se añade un apartado 4 bis al art. 197, con el siguiente contenido: “4 bis. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

Son muchas las dudas que suscita la introducción de esta figura, que de convertirse en derecho positivo requerirá un detenido análisis, pero si es posible adelantar los problemas de delimitación de las conductas punibles que el mismo plantea. Nos encontramos ante situaciones en que se ha tomado la imagen en un contexto privado (domicilio u otros lugares equiparables en cuanto a su privacidad), imágenes que, de ser divulgadas, han de suponer un menoscabo grave de la intimidad personal. Es claro que nos tendremos que encontrar con imágenes que revelen aspectos

26 Así en la SAP Lleida 25 febrero 2004 (ARP 2002, 636) Se condena por delito de injurias con publicidad a quien divulga la grabación consentida de una relación sexual. No se considera la existencia de un delito contra la intimidad pues la grabación se realizó con el consentimiento de la afectada, fue meses después, cuando sin su consentimiento, se decide a divulgar la intimidad compartida. Un supuesto similar en SAP Huelva 15 febrero 2002 (JUR 2002, I 15257), en este caso se insta a la perjudicada a acudir a la vía civil.

27 Edición digital del Diario El País, 6 septiembre 2012, cit., nota 1.

sensibles de la intimidad como las relativas a actividades sexuales, pero también otras como las que afecten a la ideología, religión o creencias, salud, etc.

Pero no es este el único problema que el nuevo precepto suscita, al incluirse en el ámbito de responsabilidad todo aquel que difunda, revele o ceda a terceros, la duda interpretativa que se plantea es si se limita la responsabilidad al que habiendo obtenido con consentimiento la imagen, divulga sin la anuencia de la víctima, o se extiende la responsabilidad a todo el que contribuye a la difusión. Pese a que el objetivo del Ministerio según la nota de prensa publicada el día en que se presentó el anteproyecto es la aplicación **a todos los eslabones de la cadena**²⁸, la dicción literal del precepto parece limitar su aplicación, exclusivamente, a quien tras obtener la imagen divulga sin consentimiento, interpretación que resulta más plausible, sin perjuicio de la responsabilidad de otra naturaleza que pudiera tener el que contribuye a la difusión. Cuya persecución, por otra parte resultaría ciertamente compleja, dada la facilidad de divulgación de datos a través de las redes.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN EN EL DERECHO
ITALIANO

PROTECTING THE RIGHT TO IMAGE UNDER ITALIAN LAW

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 180-199



Gabriele
CARAPEZZA
FIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de agosto de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2012

RESUMEN: Los conflictos de intereses en la circulación de la imagen encuentran diferentes criterios de solución en los ordenamientos italiano y español. El artículo analiza las principales técnicas de protección civil del derecho a la imagen, cuales la tutela inhibitoria, el resarcimiento del daño moral y del daño patrimonial y la restitución del provecho obtenido por el infractor.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen - protección civil - tutela inhibitoria - resarcimiento del daño - restitución del provecho

ABSTRACT: The paper analyzes the different approaches of Italian and Spanish legal systems to the problems of image's circulation. The author focuses on remedies: inhibitory, compensation for pecuniary damages and non-pecuniary damages, restitutions.

KEY WORDS: Tersonal image right – civil protection – inhibitory – compensations - restitutions.

SUMARIO: I. Conflictos de intereses en la circulación de la imagen: criterios de solución en los ordenamientos italiano y español. – II. Autonomía de la tutela de la imagen respecto de otras situaciones jurídicas. Aspectos patrimoniales y no patrimoniales de un unitario derecho de la personalidad. – III. Tutela inhibitoria y ponderación de los intereses concurrentes. Secuestro judicial de publicaciones. – IV. Resarcimiento del daño moral y carga probatoria. – V. Resarcimiento del daño patrimonial y cuantificación del lucro cesante: “el precio del consentimiento”. La problemática restitución del provecho obtenido por el infractor. – VI. Conclusiones.

I. CONFLICTOS DE INTERESES EN LA CIRCULACIÓN DE LA IMAGEN: CRITERIOS DE SOLUCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO Y ESPAÑOL.

En el Derecho italiano la regulación del derecho a la imagen se encuentra contenida en una serie de normas dispersas, dictadas con anterioridad a nuestra Constitución, en las que es posible encontrar numerosas lagunas.

A diferencia del ordenamiento jurídico español –en el que el derecho a la imagen es consagrado como un derecho fundamental en el art. 18 CE y es objeto de una específica protección civil por parte de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo– en el italiano no existe un expreso reconocimiento constitucional de este derecho, ni tampoco es protegido por una regulación civil de carácter sistemática y detallada. Es, por ello, que la labor del intérprete, al resolver los conflictos de intereses que la tutela del derecho a la imagen plantea, resulta más ardua que en España¹.

Las principales fuentes normativas sobre la materia son el art. 10 CC y los arts. 96 y 97 de Ley de 22 de abril de 1941, núm. 633, de protección de los derechos de autor, los cuales contemplan la protección del derecho a la imagen desde una perspectiva diversa al Derecho español.

1 Sobre el derecho a la imagen, en la doctrina italiana, se véan VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959; DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu A. y Messineo F., Milano, 1959, pppp. 256 ss.; BAVETTA, G.: *Immagine (diritto alla)*, “Enc. dir.”, XX, Milano, 1970, pp. 144 ss.; TOMMASINI, R.: “Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema”, *Rass. dir. civ.*, 1985, ppp. 84 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: “Il diritto all'utilizzazione del nome e dell'immagine delle persone celebri”, *Dir. inf.*, 1988, ppp. 1 ss.; DE VITA, A.: *Art. 10. Abuso dell'immagine altrui*, en PIZZORUSSO, A., ROMBOLI, R., BRECCIA, U. y DE VITA, A.: *Personae fisiche*, in *Comm. cod. civ.*, dirigido por Scialoja A. y Branca G., Bologna-Roma, 1988, ppp. 534 ss.; URCIUOLI, M.A.: *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000; RESTA, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; PERLINGIERI, C., sub art. 10, en PERLINGIERI, G. (coordinador): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, Napoli, 2010, ppp. 292 ss.

• Gabriele Carapezza Figlia

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Salerno, Italia. Licenciado en Derecho en la Universidad de Palermo se encuentra en posesión de un Doctorado en Derecho civil conseguido en la Universidad del Sannio. Es autor de una monografía, numerosos ensayos, comentarios y otros artículos científicos. Ha coordinado obras colectivas e impartido conferencias en universidades italianas y europeas.

El art. 10 CC establece que, cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada, fuera de los casos consentidos por la ley o de tal modo, que cause un perjuicio al decoro o a la reputación de aquélla, la autoridad judicial puede “ordenar que cese tal abuso, quedando a salvo el posible resarcimiento de los daños causados”. Por su parte, los arts. 96 y 97 de la Ley de protección de los derechos de autor, establecen los supuestos en los que es posible la utilización de la imagen ajena, estableciendo que su exposición, reproducción o difusión requieren el consentimiento de la persona retratada. Además, la imagen puede ser considerada un dato personal, cuyo tratamiento exige el consentimiento del interesado (art. 23 del Decreto Ley de 30 de junio de 2003, núm. 196, que establece el llamado código de la privacidad), en ausencia del cual se produce un ilícito que obliga al sujeto infractor al resarcimiento del daño (también del de carácter moral), conforme a lo dispuesto en la regulación sobre ejercicio de actividades peligrosas (art. 15 del citado Decreto y art. 2050 CC).

Sin embargo, no es preciso el consentimiento para la divulgación de la imagen, en algunos casos, establecidos por el legislador, en los que se considera prevalente el interés público a la libertad de información (art. 97 de la Ley de protección de los derechos de autor). En la realidad actual, en la que las intromisiones en la imagen ajena, ya no son algo excepcional, sino un hecho estructural de las sociedades modernas, dominadas por los medios de comunicación de masas, el ordenamiento jurídico, sin embargo, supedita la difusión de la imagen al consentimiento de los interesados, salvo en ciertos supuestos, taxativamente determinados por la ley, en los que prevalece el interés general, sobre el particular; del titular del derecho². Dichos supuestos son los siguientes: exigencia judicial o policial para la intromisión; existencia de una finalidad científica, didáctica o cultural; notoriedad o carácter público de la persona, cuya imagen se reproduce o difunde; y, por último, utilización de la imagen, en relación con hechos o ceremonias, que son de interés general o se desarrollan en público. Sin embargo, en ningún caso, es lícita la reproducción de la imagen, cuando la misma cause un perjuicio al honor, a la reputación o al decoro de la persona interesada.

Por lo tanto, a primera vista, se observan algunas diferencias significativas con la regulación del derecho a la imagen en la legislación española³.

2 SIRENA, P.: “La tutela inibitoria e cautelare del diritto all’immagine”, en Riv. crit. dir. priv., 1996, pp. 325.

3 Para la situación en España, véase, señaladamente, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador): *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., TALAVERA FERNÁNDEZ, P. Y PARADA VACA, O.: *Imagen, Honor e Intimidad*, Editorial El País, Valencia-Santa Cruz de la Sierra, 2012; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, en REGLERO CAMPOS, L.F.: *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1333 ss.

Ante todo, en España, el art. 7.5° de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tipifica como intromisión ilegítima, no sólo la “reproducción” o “publicación” de la imagen ajena, sino también la mera “captación” de la misma. En consecuencia, se considera como parte del contenido del derecho a la propia imagen la facultad de impedir la materialización de la figura humana en un soporte estable, aunque dicha materialización no esté destinada su difusión posterior⁴. En cambio, en la doctrina y la jurisprudencia italianas, prevalece la tesis de que la mera captación de la imagen no es una intromisión ilegítima, sino que la ilicitud presupone la reproducción (en el sentido de exteriorización) de la imagen previamente captada⁵.

En el segundo lugar, no coinciden exactamente los supuestos en los que le ley permite la intromisión en la imagen de una persona, sin la necesidad de su consentimiento.

En el Derecho italiano, existe una norma, que actúa a modo de cláusula de cierre, la cual impide la reproducción de la imagen de una persona, cuando ello cause perjuicio a su honor; reputación o decoro: se trata de un límite infranqueable, frente al cual no puede invocarse la prevalencia de un interés general⁶.

Por otro lado, el legislador español ha determinado, de manera más precisa y restrictiva, los supuestos de intromisión ilegítima. El art. 7.6° de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, prohíbe específicamente la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento, “para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Esta prohibición expresa no existe en el Derecho italiano. Sin embargo, la jurisprudencia de nuestra Corte de Casación llega por vía interpretativa, a la misma solución, afirmando que la divulgación de la imagen de una persona, incluso aunque tenga proyección pública, solamente es posible realizarla sin su consentimiento, para satisfacer las exigencias requeridas por la libertad de información, siendo, por el contrario, ilícita, cuando, con ella, se pretende conseguir un objetivo, exclusiva o prevalentemente comercial, como sucede en la publicidad⁷; no obstante, se insiste en la dificultad de distinguir, en ocasiones, claramente ambas hipótesis⁸. Por último, el art. 8.1 del Código de la Propiedad Industrial (aprobado por el Decreto Ley de

4 En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho a la propia imagen*, en Id. (coordinador), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, cit., pp. 171 ss.

5 Así, entre otros, VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., pp. 22 ss.; DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, cit., p. 291; SIRENA, P.: “La tutela inibitoria e cautelare del diritto all’immagine”, cit., pp. 340 ss. En sentido contrario, FERRARA, L.: “Riproduzione abusiva di ritratto altrui a scopo di «reclame»”, *Dir. aut.*, 1938, pp. 501 ss.; GIORGIANNI, M.: “La tutela della riservatezza”, *Riv. trim.*, 1970, p. 20; CATAUDELLA, A.: *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 103, nota 49.

6 Cass., 5 abril 1978, n. 1557; Cass., 29 septiembre 2006, n. 21172.

7 Cass., 13 abril 2007, n. 8838. Véase, con anterioridad, SCOGNAMIGLIO, C.: “Il diritto all’utilizzazione del nome e dell’immagine delle persone celebri”, cit., pp. 30 ss.

8 SIRENA P.: *Il danno non patrimoniale derivante dall’abusivo sfruttamento dell’immagine altrui e il suo rapporto con il danno patrimoniale*, en DELLE MONACHE, S. (coordinador), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 264.

10 de febrero de 2005, núm. 30) excluye que el retrato de una persona pueda ser registrado como una marca sin el consentimiento de la misma y, después, de su muerte, sin el de sus parientes más allegados.

En el Derecho español, además, la notoriedad de la persona, cuya figura se representa, no justifica, en sí misma, la posibilidad de divulgar su imagen. De una lectura conjunta de los arts. 7.5º y 8.II de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, resulta que no es lícita la captación, reproducción o difusión de la imagen de una persona con proyección social, "en lugares o momentos de su vida privada", sino, exclusivamente, cuando "se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público". En cambio, la reproducción de la imagen de una persona carente de proyección social, captada en acontecimientos públicos sólo será posible, cuando sea "meramente" accesoria respecto al suceso ilustrado, el cual deberá ser "el objeto principal del reportaje"⁹.

Por el contrario, en Italia, el art. 97 de la Ley de protección de los derechos de autor no establece ninguna conexión entre la notoriedad de la persona, cuya figura se representa, y la presencia de un acontecimiento público, de modo que, según el tenor literal de la norma, bastaría la concurrencia de cualquiera de estos dos requisitos, aisladamente considerados, para poder justificar la difusión de la imagen de una persona sin necesidad de su consentimiento.

Sin embargo, lo cierto es que la interpretación de la norma, conforme a la Constitución, orienta a la jurisprudencia hacia soluciones análogas a las previstas por la legislación española, supeditando la posibilidad de difundir la imagen de una persona sin su autorización, exclusivamente, a los casos en que así lo exija un interés superior de carácter general.

En particular, se considera que la notoriedad de la persona no excluye la necesidad de que ésta autorice el uso de su imagen, si no concurre un interés actual y efectivo a la información pública, el cual tendrá lugar cuando la imagen esté objetivamente conectada con el ámbito de la actividad de la persona representada y exista un interés general serio en su difusión¹⁰, lo que también se exige respecto de personajes que desempeñen cargos públicos. La jurisprudencia, en fin, subordina la posibilidad de reproducir la imagen captada en acontecimientos desarrollados en público a la concurrencia de presupuestos específicos, como son que dichos acontecimientos tengan un cierto grado de relevancia social y una correcta contextualización de la

9 STS 19 octubre 1992 (RJ 1992, 8079); STS 14 marzo 2003 (RJ 2003, 2586); STS 1 julio 2004 (RJ 2004, 4844). Al respecto, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Intrusiones legítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la ley*, en Id. (coordinador): *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, cit., pp. 94 ss.

10 V. Cass., 2 mayo 1991, n. 4785; Pret. Roma, 15 julio 1986, en Dir. inform., 1986, pp. 926 ss., con nota de ZENO-ZENCOVICH, V.: "Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza"; Cass., 6 febbraio 1993, n. 1503. En sentido contrario, SIRENA, P.: "Il danno non patrimoniale derivante dall'abusivo sfruttamento dell'immagine altrui", cit., pp. 265.

imagen, de modo que la intromisión en ella sirva para hacer efectiva la libertad de información¹¹.

Por lo tanto, la difusión de la figura de una persona genera un conflicto de intereses, en el cual la tutela del derecho a la imagen sólo cede ante un interés superior; el cual no puede identificarse con la mera pretensión de la sociedad de conocer la imagen de una persona, por el mero de tener notoriedad o ser famosa. La imagen, de hecho, constituye un medio de exteriorización social del ser humano de carácter “emotivo”, no filtrada por una mediación lingüística de tipo racional e intelectual¹²; y, de ahí, que haya que acentuarse la exigencia de control de su difusión, subordinándola a la prestación del consentimiento del interesado o a la constatación de la existencia de un interés general superior, que sea merecedor de tutela jurídica.

Esta solución es confirmada por la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual el interés general a la información puede prevalecer sobre el respeto al derecho a la vida privada, el cual comprende la tutela del derecho a la imagen¹³, frente a abusos por parte de terceros, solamente, cuando la divulgación de la figura de una persona no se dirija a satisfacer “la curiosidad de cierto público”, sino que sirva para aportar una contribución a un “debate de interés general” en una sociedad democrática¹⁴, hallándose al servicio de la comunicación de ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público¹⁵.

II. AUTONOMÍA DE LA TUTELA DE LA IMAGEN RESPECTO DE OTRAS SITUACIONES JURÍDICAS. ASPECTOS PATRIMONIALES Y NON PATRIMONIALES DE UN UNITARIO DERECHO DE LA PERSONALIDAD.

Antes proceder al análisis de las formas de protección del derecho a la imagen parece oportuna una breve reflexión preliminar; tanto sobre su autonomía respecto de otras situaciones jurídicas, como sobre la doble dimensión, patrimonial y personal, del objeto de tutela.

En España se considera que el expreso reconocimiento del derecho a propia imagen en el art. 18 CE fundamenta, con total claridad, la autonomía conceptual de dicho derecho fundamental respecto de otros, que, como el honor o la intimidad,

11 Sobre este aspecto, puede verse Trib. Roma, 12 marzo 2004; Cass., 15 marzo 1986, n. 1763.

12 Cfr. TOMMASINI, R.: “Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema”, cit., p. 87.

13 CEDU, 21 febrero 2002, *Schüssel c. Austria*.

14 CEDU, 24 junio 2004, *von Hannover c. Alemania*, en *Danno e resp.*, 2005, pp. 275 ss., con nota de UBERTAZZI, T.M.

15 CEDU, 24 junio 2004, *von Hannover c. Alemania*, § 63; CEDU, 26 noviembre 1991, *Observer e Guardian c. Regno Unito*, §. 59.

protegen bienes jurídicos distintos¹⁶. Su delimitación conceptual ha sido obra de la jurisprudencia, porque ni el art. 18 CE, ni la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que lo desarrolla, definen los derechos fundamentales de la personalidad que regulan¹⁷. Según la jurisprudencia constitucional española, el derecho a la imagen tutela “un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que 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”¹⁸.

En el Derecho italiano, en cambio, la ubicación del derecho a la imagen en la categoría de los derechos de la personalidad ha conducido, a menudo, a agotar su contenido en una mera facultad negativa, consistente en la posibilidad de impedir la difusión de la representación gráfica de la propia figura. Desde este punto de vista, el derecho a la propia imagen pierde su propia autonomía objetiva y acaba por ser considerado un instrumento que salvaguarda bienes jurídicos diversos, como el honor o la intimidad.

Sin embargo –más allá del hecho de que existan numerosos supuestos de divulgación ilegítima de la imagen que no se resuelvan en una violación del honor o de la intimidad- es también posible identificar un contenido positivo del derecho, conectado con el interés al control de la difusión de la imagen, mediante la prestación del consentimiento del titular del mismo¹⁹. Dicha facultad es susceptible de valoración patrimonial, en virtud del creciente relieve económico de los signos de identificación de la persona, pero se relaciona también con la idoneidad de la representación gráfica de la figura humana para proyectar socialmente la auténtica personalidad del individuo.

En la medida en que la imagen evoca, de algún modo, la identidad de persona, entre ambas, existe una correlación, aunque no una superposición²⁰. El carácter unitario del valor de la vida humana²¹ no es incompatible con la tutela del poder

16 Véase, al respecto, DEVERDA y BEAMONTE, J.R.: *El derecho a la propia imagen en la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, en *Id.* (coordinador), *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, cit., pp. 41 ss.

17 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, cit., p. 1334.

18 STC 139/2001, de 18 de junio.

19 El derecho a la intimidad ha experimentado una parábola parecida, desde *right to be alone* (RESCIGNO, P.: “Il diritto di essere lasciati soli”, *Syntelala* per V. Arangio Ruiz, Napoli, 1964, pp. 494 ss.) hasta el poder de controlar los datos personales (RODOTÀ, S.: “La «privacy» tra individuo e collettività”, *Pol. dir.*, 1974, pp. 547 ss.).

20 TOMMASINI, R.: “Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema”, *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 84 ss.

21 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 299 ss.; *Id.*: “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 1020 ss., ahora en *Id.*: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 104 ss.; *Id.*: *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, Dykinson, 2008, pp. 421 ss.

de decisión sobre la reproducción de un elemento representativo que constituye un atributo de la personalidad, por su aptitud para identificar la semblanza física del individuo. De ahí, la superación de la identificación del contenido del derecho a la imagen con una mera facultad de exclusión y la renovada centralidad del consentimiento como instrumento de control de la difusión de aquélla.

En la doctrina italiana se han hecho sugerentes propuestas: una de ellas, es la que identifica como objeto de tutela del derecho, no la imagen en sí, sino la notoriedad de la persona como bien jurídico autónomo susceptible de utilización exclusiva²²; otra es la que distingue en el derecho a la imagen una vertiente existencial y otra patrimonial, la cual tiene por objeto el valor económico de la representación de la propia figura humana²³. En sentido diverso, la jurisprudencia de instancia comparte una visión unitaria del derecho a la imagen, como derecho de la personalidad constitucionalmente protegido, en el seno del cual emergen también aspectos patrimoniales, que no pueden reconducirse a una situación subjetiva autónoma²⁴.

La proyección sobre situaciones existenciales de aspectos susceptibles de valoración económica poner en discusión el dogma del carácter indisponible de los derechos de la personalidad y reclama una renovada elaboración de los mecanismos de protección, adaptados a las exigencias de nueva realidad social, que tenga en cuenta todos los intereses (existenciales y patrimoniales) implicados en la utilización de la imagen de la persona.

III. TUTELA INHIBITORIA Y PONDERACIÓN DE LOS INTERESES CONCURRENTES. SECUESTRO JUDICIAL DE PUBLICACIONES.

Una característica común de los ordenamientos jurídicos español e italiano es la amplitud y la diversificación de las formas de tutela del derecho a la imagen. En el español, el art. 9.II de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, afirma expresamente que “La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate”, contemplando mecanismos de protección de carácter inhibitorio, resarcitorio y restitutorio. En el italiano, donde –como se ha dicho– no existe una regulación sistemática de los derechos de la personalidad, el art. 10 CC sólo contempla sucintamente la tutela inhibitoria y la resarcitoria, cuya coordinación, así como su extensión hacía otros medios de protección jurídica, han sido llevadas a cabo por la doctrina y por la jurisprudencia.

22 METAFORA, V.: “Il mito di Narciso e la giurisprudenza”, Riv. crit. dir. priv., 1990, pp. 868 ss.

23 SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, pp. 180 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: “Il diritto all'utilizzazione economica”, cit., pp. 27 ss.

24 Cass., 11 mayo 2010, n. 11353; Cass., 19 noviembre 2008, n. 27506; Cass., 16 mayo 2008, n. 12433.

La configuración del derecho a la imagen como un derecho fundamental de la persona humana acentúa la necesidad de instrumentos de tutela preventiva, los cuales encuentran fundamento en el plano sistemático, tanto en el rango primordial de la situación jurídica protegida, como en la inadecuación de los remedios resarcitorios para ofrecer una reparación efectiva de la lesión de intereses esenciales de la persona.

Así como en el caso de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, el art. 9.II, a) y b) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, prevé las acciones de cesación y de abstención²⁵, el art. 10 CC italiano contempla un caso específico de ejercicio de la acción inhibitoria, a través de la cual es posible obtener una orden judicial, que impida o haga cesar la conducta ilícita. La tutela inhibitoria puede también tener lugar de manera cautelar, por aplicación del art. 700 del Código de Procedimiento Civil, mediante providencias, de carácter urgente, dirigidas a prevenir un daño inminente e irreparable.

Existe una disociación entre la persona a quien corresponde prestar el consentimiento para la difusión de la propia imagen (que es, exclusivamente, el titular del derecho sobre ella, al menos, hasta el momento de su muerte)²⁶ y aquéllas, a quienes se les concede legitimación procesal para ejercitar la acción inhibitoria, la cual, no sólo corresponde al titular del derecho a la imagen, sino también a sus parientes próximos (padres, cónyuge, hijos)²⁷. Un parte de la doctrina explica este fenómeno, mediante el mecanismo de la sustitución procesal²⁸, pero parece preferible entender que los parientes ejercitan un derecho propio, que se funda en razones de naturaleza familiar²⁹.

El art. 10 CC italiano, que, como se ha dicho, regula la acción inhibitoria para la defensa del derecho a la propia imagen (del mismo modo que hacen los arts. 7, 8 y 9 del referido cuerpo legal, en relación al nombre y al pseudónimo), ha permitido a la jurisprudencia extender dicha forma de protección a todos los derechos de la

25 Un desarrollo más amplio en YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, cit., p. 1392; ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, cit., pp. 141 ss.

26 Cfr. VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 44; BAVETTA, G.: *Immagine (diritto alla)*, cit., p. 154. Observa PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, ahora en *Id.: La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 451 ss., que el consentimiento de los familiares es necesario cuando la difusión de la imagen pueda perjudicar sus honor y reputación.

27 Extiende la legitimación al hijo natural y a la pareja more uxorio, PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", cit., p. 450.

28 Así, DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, cit., p. 291. Véase, también, VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 48.

29 En este sentido, PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", cit., pp. 449 ss.; SIRENA, P.: "La tutela inhibitoria e cautelare del diritto all'immagine", cit., pp. 363 ss.

personalidad, bien a través de la técnica de la interpretación analógica, bien mediante el recurso al derecho a la tutela judicial efectiva³⁰.

A través de la acción inhibitoria, el derecho a la propia imagen es objeto de una protección preventiva, la cual trata de impedir la realización de una conducta ilícita o la persistencia de la misma. Se trata, además, de una forma de tutela plena, directamente dirigida a la satisfacción integral del interés lesionado; y ello, a diferencia de lo que sucede con el resarcimiento, el cual trata de compensar, de manera sustitutiva (mediante una reparación económica), un daño, ya producido. A ello hay que añadir que, para el ejercicio de la acción inhibitoria, se requiere, exclusivamente, la constatación de una conducta objetivamente ilícita, sin que sea, pues, necesaria la existencia de un daño resarcible, como tampoco los elementos subjetivos de la responsabilidad civil, esto es, la culpa y la imputabilidad al agente causante del daño.

En orden a determinar el carácter ilícito de la conducta, contra la que se ejercita la acción inhibitoria, habrá que valorar todos los intereses implicados en ella, debiendo ponderarse si la intromisión en la imagen de una persona, realizada sin su consentimiento, puede encontrar justificación en un interés, igualmente digno de protección, que la jurisprudencia identifica, constantemente, con el interés público a la información, tutelado por el art. 21 de la Constitución italiana.

La necesidad de realizar dicha ponderación pone de manifiesto el carácter unitario de la estructura del derecho a la propia imagen, en el cual convergen también aspectos de carácter patrimonial, que si fueran el objeto de una situación subjetiva autónoma, estarían destinados a sucumbir ante otros intereses más dignos de protección desde un punto de vista constitucional. Desde este punto de vista, la tutela del derecho a la imagen (art. 2 de la Constitución, art. 10 CC y art. 96 y 97 de la Ley de protección de los derechos de autor) prevalece siempre sobre otros intereses concurrentes de carácter patrimonial, como la iniciativa económica (art. 41 de la Constitución), debiéndose en cambio, proceder a una ponderación, cuando el otro interés implicado sea expresión de una libertad fundamental, como la manifestación de pensamiento (art. 21 de la Constitución).

El conflicto entre el derecho a la imagen y la libertad de expresión se evidencia, de manera clara, en los casos de secuestro judicial de material fotográfico, especialmente de los que tienen lugar por vía de urgencia (art. 700 del Código de Procedimiento Civil). De hecho, una parte de la doctrina ha dudado de su compatibilidad con el art. 21.III de la Constitución, según el cual la autoridad judicial solamente puede acordar el secuestro de periódicos, cuando se trate de delitos para los que lo ley lo autorice expresamente³¹.

30 PERLINGIERI, P.: *El derecho civil en la legalidad constitucional*, cit., pp. 691 ss.

31 Véase, a respecto, SIRENA, P.: "Il sequestro della stampa a tutela del diritto all'immagine", cit., pp. 135 ss.

La Corte Constitucional, en dos importantes fallos³², ha realizado la distinción entre las publicaciones impresas, que están cubiertas por la garantía constitucional de la libertad de expresión del pensamiento, y las imágenes que todavía no han sido objeto de impresión, las cuales, sí son susceptibles de secuestro, incluso fuera de los casos constitucionalmente previstos³³. En una decisión posterior, la misma Corte Constitucional, adoptando una posición, compartida por la Corte de Casación³⁴, ha excluido que la publicidad comercial pueda considerarse un ejercicio de la libertad de expresión, por lo que no son reconducibles a la noción de “manifestación de pensamiento”, ni las representaciones fotográficas que todavía no han sido publicadas, ni las usadas en la publicidad con la exclusiva finalidad de distinguir la empresa y sus productos, razón por la cual quedan fuera de la garantía del art. 21.III de la Constitución.

Sin embargo, una parte de la doctrina, para evitar conceder al juez un poder censor, prefiere referir la libertad de expresión a toda forma de publicación impresa, remitiendo, por tanto, la solución del hipotético conflicto con el titular del derecho a la imagen reproducida a la técnica de la ponderación de intereses. Así pues, el interés de la persona cuya figura se representa prevalecería sobre la libertad de prensa, solamente cuando, tuviera naturaleza existencial, pero no, cuando tuviera una finalidad económica, en cuyo caso su protección no podría justificar una providencia judicial de secuestro³⁵.

Tal orientación interpretativa supone proponer una dicotomía conceptual del derecho a la imagen, que contrasta con el valor asignado a la representación de la figura humana, aun cuando la misma sea susceptible de generar utilidades económicas.

El carácter unitario de la situación objetiva y de su referente objetivo reclama, pues, una solución diversa al problema del conflicto con la libertad de imprenta. En particular, si la publicidad comercial es una indudable manifestación de la iniciativa económica (art. 41 de la Constitución) y no puede ser incluida en la garantía constitucional prevista en el art. 21 de nuestra Carta Magna, debe admitirse la posibilidad del secuestro judicial de materiales publicitarios que divulguen abusivamente la imagen ajena³⁶. De hecho, si la difusión de una imagen no encuentra justificación en un interés público a la información, significa que “no transmite ideas”³⁷ y no puede considerarse manifestación de la libertad de expresión. La ilicitud de

32 Corte cost., 9 julio 1970, n. 122, en *Foro it.*, 1970, I, c. 2294; Corte cost., 12 abril 1973, n. 102, *ivi*, 1973, I, c. 1707.

33 Cass., 29 abril 2008, n. 17408, en *Dir. inf.*, 2008, pp. 345 ss.

34 Corte cost., 17 octubre 1985, n. 231, en *Foro it.*, 1985, I, c. 2829 ss.V, también, Cass., 24 octubre 2007, n. 39354.

35 SIRENA, P.: *Il danno non patrimoniale derivante dall'abusivo sfruttamento dell'immagine altrui*, cit., pp. 282 ss.

36 Excluyen de la garantía del art. 21 III de la Constitución las imágenes destinadas a la curiosidad del público, DE CUPIS, A.: “Limiti della tutela preventiva dell'immagine”, *Foro it.*, 1971, I, c. 28 s.; VISINTINI, G.: *Il diritto all'immagine*, en *AV.VV.: L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, pp. 64 s.

37 CEDU, 24 giugno 2004, *von Hannover c. Germania*.

la utilización de imagen (que resulta de la ausencia de un interés general, merecedor de mayor tutela que el del titular a controlar la representación gráfica generada por sus rasgos físicos personales) sirve de filtro decisivo para excluir aquélla del campo de la libertad de pensamiento, condicionado, así, el ámbito de aplicación de la tutela inhibitoria.

IV. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL Y CARGA PROBATORIA.

La tutela inhibitoria no agota las formas de protección del derecho a la imagen. En la práctica jurisprudencial asume un papel primordial la técnica de tutela dirigida al resarcimiento del daño en forma específica³⁸ o por el equivalente.

El legislador español, además de prever genéricamente "la indemnización de los daños y perjuicios causados" (art. 9.II.c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo) introduce dos importantes novedades respecto a la disciplina general de la responsabilidad civil (art. 9.III de la referida Ley). Ante todo, establece una presunción de daño, siempre que concurra una intromisión ilegítima³⁹. En segundo lugar, reconoce, por primera vez, de manera expresa, el resarcimiento del daño moral por intromisión en un bien de la personalidad, fuera de los casos en que no haya un delito.

Una parte de la doctrina española sostiene que la presunción se refiere, tanto a los daños personales, como a los patrimoniales⁴⁰. Sin embargo, el carácter excéntrico de esta previsión respecto a los principios inspiradores de la responsabilidad civil lleva a la mayoría de los autores y a la jurisprudencia a circunscribir la presunción a los daños morales, con exclusión de los materiales⁴¹. Se discute si la presunción establecida en el precepto es *iuris tantum* o *iuris et de iure*, decantándose, claramente, la jurisprudencia por la última de estas soluciones⁴².

38 Entre las medidas de resarcimiento en forma específica (art. 2058 c.c.) de la protección del derecho a la imagen, destaca la difusión de la sentencia (art. 120 c.p.c.), que en España se limita a la hipótesis de la intromisión ilegítima en el derecho al honor (art. 9.II.a LO 1/1982).

39 Entre otros: ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, cit., pp. 144 ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *El derecho a la propia imagen hoy*, en *Libro Homenaje a J.B. Goytisolo*, Consejo General del Notariado, vol.VI, Madrid, 1988, pp. 249 ss.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 171 ss.

40 GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *El derecho a la propia imagen hoy*, cit., pp. 249; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, M.L.: *Honor, intimidad e imagen*, cit., p. 171.

41 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, cit., pp. 1392 ss.; MARTÍN CASALS, M. y SALVADOR CODERCH, P.: *Comentario a la STS de 18 de abril de 1989*, CCJC, 1989, pp. 757 ss.; ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, cit., pp. 146 ss.; GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Madrid, 1990, p. 270. En la misma línea, STS 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 10274); STS 14 noviembre 2002 (RJ 2002, 9816); STS 18 noviembre 2002 (RJ 2002, 10261).

42 STS 11 marzo 2009 (RJ 2009, 1639); STS 7 marzo 2006 (RJ 2006, 5695); STS 9 marzo 2006 (RJ 2006, 5413); STS 7 marzo 2003 (RJ 2003, 2900). Sin embargo acoge la tesis que la presunción tiene un carácter *iuris tantum*, porque puede haber intromisiones ilegítimas sin que haya un daño que indemnizar, ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas*

A diferencia de lo que sucede en España, en Italia no existe una disciplina específica para la reparación del daño moral derivado de lesión del derecho a la imagen. El art. 10 CC se limita a afirmar que la tutela inhibitoria no excluye el resarcimiento del daño.

En el pasado se discutía sobre la posibilidad de reparar el daño moral por abuso de la imagen ajena. De hecho, según el art. 2059 CC, el daño moral debe ser resarcido solamente en los casos previstos en la ley, entre los cuales una parte de la doctrina incluía el art. 10 CC⁴³. Sin embargo, las críticas de los autores ante la estrechez de un sistema de responsabilidad civil, que limitaba extraordinariamente la tutela resarcitoria de los derechos fundamentales de la persona, indujeron a la jurisprudencia de instancia, con el apoyo de la Corte Constitucional, a admitir la plena reparación del daño no patrimonial originado por la lesión de un interés constitucionalmente protegido⁴⁴.

Por lo tanto, la inclusión del derecho a la imagen en el elenco de los derechos inviolables permite sustraer la reparación de los daños no patrimoniales a la reserva de ley, la cual normalmente condicionaba el resarcimiento al carácter delictivo del hecho ilícito (art. 2059 CC y art. 185 CP)⁴⁵. Sin embargo, queda todavía por resolver el problema de la carga probatoria, solucionado por el legislador español con la introducción de una presunción de daño. En cambio, la jurisprudencia italiana excluye que la lesión de un interés constitucionalmente protegido, en sí misma, pueda dar lugar a un daño moral. El ofendido, por lo tanto, ha de alegar y probar las consecuencias dañosas que provoca la lesión ilícita del derecho a la imagen⁴⁶, si bien podrá ayudarse de valoraciones o simples presunciones sobre la base de los elementos objetivos que aporte al proceso.

En conclusión, en la experiencia jurídica italiana, la presunción del daño moral se considera incompatible con la función compensatoria de la responsabilidad civil, ya que convertiría el resarcimiento en una sanción privada de un comportamiento lesivo que no produce consecuencias dañosas. En la práctica, sin embargo, las diferencias con el Derecho español se reducen de manera significativa. En este último, de hecho, la anomalía que supone la concesión de un resarcimiento concedido por intromisiones ilegítimas que no causan daños morales se redimensiona, bien

cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen, cit., pp. 148 ss.

43 Así lo defienden: PUGLIATTI, S.: *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945-1946, p. 16; CATAUDELLA, A.: *La tutela civile della vita privata*, cit., p. 57; BAVETTA, G.: *Immagine (diritto alla)*, cit., p. 155. En cambio, DE CUPIS, A.: p. 287, según el cual si el hecho dañoso no es constitutivo de delito, no se puede reconocer la indemnización de los daños morales.

44 Cass. 31 mayo 2003, nn. 8827 e 8828; Corte cost. 11 julio 2003, n. 233; Cass., Sez. Un., 11 noviembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975.

45 Negaban el resarcimiento del daño moral al derecho a la imagen porque el hecho dañoso no es constitutivo de delito: Trib. Milano, 3 noviembre 1997, cit.; Pret. Milano, 24 enero 1992, en *Aida*, 1992, p. 85.

46 Cass., 25 marzo 2003, n. 4366.

atribuyendo a la presunción carácter *iuris tantum*, bien mediante la praxis de las “indemnizaciones simbólicas”, las cuales transfieren al ámbito de la cuantificación del daño la ausencia de perjuicios objetivamente valorables⁴⁷. Por su parte, en el Derecho italiano, si bien se asume que la lesión del daño no patrimonial no puede hacerse coincidir con la lesión del valor de una persona, la carga probatoria del ofendido es fuertemente mitigada mediante el recurso a simples presunciones, que adquieren gran relevancia⁴⁸. El juez puede inferir deductivamente de los hechos alegados por el ofendido la existencia del perjuicio, cuyo resarcimiento se solicita.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la violación del derecho a la imagen difícilmente puede dar lugar a un perjuicio moral, si no va acompañada de la lesión de otros bienes jurídicos, como la intimidad, el honor o la reputación, protegidos por situaciones existenciales diversas. El cambio de costumbres ha permitido superar la consideración negativa que tenía la difusión de la imagen, anacrónicamente definida por la jurisprudencia de los años cincuenta como “tráfico de sí mismos”⁴⁹, de, por sí, reprochable⁵⁰. De ahí se deduce que la difusión abusiva de la imagen, que no suponga una lesión del derecho a la intimidad o que no deforme la identidad personal del individuo en el contexto social, no produce necesariamente daños morales, en especial, cuando estemos ante una persona famosa que explota habitualmente su imagen con fines comerciales⁵¹. La casuística jurisprudencial confirma que, en ausencia de lesión de otros bienes de la personalidad, raramente, se resarcen los daños morales, si no es cuantificándolos de manera exigua⁵² o poniéndolos en relación con otros daños, como el biológico o el que afecta a la vida de relación⁵³, lo que hace entrar en juego derechos diversos al de la propia imagen.

V. RESARCIMIENTO DEL DAÑO PATRIMONIAL Y CUANTIFICACIÓN DEL LUCRO CESANTE: “EL PRECIO DEL CONSENTIMIENTO”. LA PROBLEMÁTICA RESTITUCIÓN DEL PROVECHO OBTENIDO POR EL INFRACTOR.

Una de las cuestiones más problemáticas es la de la cuantificación del daño resarcible, también la del patrimonial.

47 Véase, sobre esta praxis, ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, cit., pp. 150 ss.

48 Cass., 16 febrero 2012, n. 2228; Cass., Sez. un., 22 febrero 2010, n. 4063; Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572.

49 Trib. Milano, 12 abril 1956, en *Giust. civ.*, 1956, I, p. 572.

50 SANTINI, G.: *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 163.

51 Cass., 11 agosto 2009, n. 18218.

52 Trib. Milano, 9 enero 2004, en *Danno e resp.*, 2004, pp. 91 ss.

53 Véase, por el biológico, App. Trieste, 13 enero 1993, en *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 358, con nota de ZIVIZ, P.: “Il danno biologico oltre la salute: una prospettiva fuorviante”; para el daño que afecta a la vida de relación, Trib. Roma, 29 marzo 1993, en *Dir. inf.*, 1996, p. 233; Trib. Verona, 26 febrero 1996, en *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1436.

En el caso de utilización abusiva de los signos de identificación de la persona, el resarcimiento comprende, según los principios generales sobre la materia (arts. 1223 y 2056 CC), tanto el daño emergente, como el lucro cesante, que es valorado por el juez equitativamente, según las circunstancias del caso.

La jurisprudencia requiere la prueba, aunque sea por medio de presunciones, de la pérdida de una ganancia futura, que sea cierta, y no meramente posible⁵⁴. El sujeto lesionado por la divulgación ilícita de su imagen podrá obtener el resarcimiento del daño, suministrando la prueba de “las ventajas económicas que habría podido conseguir si -habiéndosele pedido el consentimiento para la publicación- hubiese podido negociar su concesión y pedir por ella una compensación”⁵⁵. En otras palabras, la jurisprudencia se inclina a cuantificar el lucro cesante, tomando como parámetro “el precio del consentimiento”, atribuyendo, así, a la imagen “un valor económico objetivamente determinable”⁵⁶.

Esta técnica de cuantificación del daño patrimonial suscita, sin embargo, numerosas complejidades.

Ante todo, identificar el perjuicio resarcible con el “precio del consentimiento” supone algo parecido a asignar carácter contractual a un hecho ilícito⁵⁷. Puesto que el resarcimiento no puede ser superior al daño sufrido (de lo contrario, nos encontraríamos ante una indemnización con función punitiva), el disfrute abusivo de la imagen ajena resultará económicamente más conveniente que la búsqueda del consentimiento del interesado, ya que el importe de la reparación no podrá sobrepasar la contraprestación por el uso del retrato⁵⁸.

Supone, además, incurrir en el riesgo de dar relieve a la mera potencialidad dañosa del ilícito⁵⁹, comprometiendo el riesgo de la “certeza”, que, desde el punto de vista de la regularidad causal⁶⁰, es también exigible respecto del lucro cesante⁶¹. Sin embargo, según la jurisprudencia, la publicación ilícita de una imagen es un hecho que disminuye su valor comercial –ligado a la rareza del uso y a su asociación a productos de elevada calidad- de modo que no se trataría del peligro de sufrir un

54 Cass., 22 octubre 2009, n. 22403; Cass., 8 noviembre 2007 n. 23304.

55 Cass., 16 mayo 2008, n. 12433.

56 Cass., 16 mayo 2008, n. 12433. Unos fallos consideran la falta de remuneración como un daño emergente: Trib. Milano, 29 abril 1999, en *Aida*, 1999, pp. 641 ss.; Trib. Milano, 3 noviembre 1997, *ibi*, 1998, pp. 541 ss.

57 MONATERI, P.: *Le fonti delle obbligazioni*, III, *La responsabilità civile*, en *Tratt. dir. civ.*, dirigido por SACCO, R., Torino, 1998, p. 433; ALBANESE, A.: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 439.

58 THIENE, A.: “L’immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 349.

59 CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 633, nota 174.

60 Cass., 21 noviembre 2006, n. 24680; Cass. 20 diciembre 1986, n. 7801.

61 FRANZONI, M.: *Il danno risarcibile*, en *Id.*, *Trattato della responsabilità civile*, 2, Milano, 2010, pp. 65 ss. Véase, ya, SCOGNAMIGLIO, R.: *Risarcimento del danno*, en *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 8.

daño, sino de un peligro, cierto y actual, consistente en la depreciación económica del imagen en el mercado publicitario⁶².

En todo caso, con las salvedades hechas, el criterio del “precio del consentimiento” podría ser adecuado para cuantificar el daño, cuando la intromisión se refiera a una persona conocida, que tenga expectativas de obtener provecho con el uso de su propia imagen⁶³. Como pone de relieve la Corte Suprema, ello no es así “para una buena parte de los asociados, respecto de los cuales, según las reglas de experiencia común, se debe presumir que existe la voluntad de actuar solamente el aspecto negativo del derecho, el *ius arcendi*”⁶⁴.

La insatisfacción por el carácter exiguo de las indemnizaciones concedidas, tanto por el daño patrimonial, como por el moral, ha llevado a la jurisprudencia hacia un mecanismo tradicionalmente extraño a la responsabilidad civil: la restitución del provecho obtenido. Apoyándose en la facultad de determinar equitativamente el lucro cesante (art. 2056. II CC), numerosas sentencias de la Corte Suprema determinan el resarcimiento atendiendo a “las ganancias presumiblemente obtenidas por el autor del ilícito, la difusión del medio en el que la publicación ha tenido lugar, a la finalidad (publicitaria o de otro tipo) perseguida con ella y a cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos”⁶⁵. De este modo, la jurisprudencia asigna al resarcimiento, no la misión de reparar a la víctima por el daño sufrido, sino de transferir al titular del derecho los beneficios económicos obtenidos por el infractor con la utilización de la imagen de aquél⁶⁶. Así pues, ante un comportamiento ilícito, acompañado de un provecho del infractor, se asigna al resarcimiento una función adicional a la de compensar el perjuicio, que parece ausente o difícilmente cuantificable.

En particular, algunas recientes decisiones de la Corte de Casación han llegado a tal resultado, mediante la aplicación analógica de un precepto contenido en la disciplina de la propiedad intelectual. Según el art. 158 de la Ley de derechos de autor (modificado para ser adecuado a la Directiva 2004/48/CE), en el caso de violación de un derecho de utilización económica, el lucro cesante ha de ser cuantificado por el juez, teniendo también en cuenta lo obtenido por haberlo utilizado ilícitamente.

62 Cass., 16 aprile 1991, n. 4031; Cass., 2 maggio 1991, n. 4785. En argumento, PERLINGIERI, C.: sub art. 10, en PERLINGIERI, G. (coordinador): *Codice civile annotato*, cit., pp. 296 ss.; MAFFEI, D.: *Il right of publicity*, en RESTA G. (coordinador): *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, pp. 546; PARDOLESI, P.: “Il cigno rosso: illecito sfruttamento e dilution dell’immagine”, *Danno e resp.*, 2004, pp. 533 ss.

63 Pueden verse: Trib. Milano, 9 enero 2004, en *Danno e resp.*, 2005, pp. 91 ss.; Trib. Monza, 20 junio 1999, en *Dir. aut.*, 2001, pp. 74 ss. Parecidamente, VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 235; BARENGHI, A.: “Diritto all’immagine e danno patrimoniale”, *Giur. it.*, 1991, I, I, p. 1345; ZIVIZ, P.: “Lesione del diritto all’immagine e risarcimento del danno”, *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 715 ss.

64 Cass., 16 abril 1991, n. 4031; Cass., 2 mayo 1991, n. 4785.

65 Cass., 16 mayo 2008, n. 12433, cit., p. 1407.

66 Cass., 11 mayo 2010, n. 11353.

Sin embargo, la técnica hermenéutica seguida por la jurisprudencia promueve la creación de un subsistema de responsabilidad civil de los derechos de utilización económica que aproxima el derecho a la imagen a los derechos sobre las obras del ingenio⁶⁷. La doctrina que ha avalado la referida posición jurisprudencial, de hecho, parte de la premisa de que el derecho a la imagen es gobernado por “la lógica de la propiedad”, análoga a la de los derechos de propiedad intelectual, proponiendo la elaboración de reglas diversas a las de la responsabilidad civil⁶⁸.

Desde hace mucho tiempo se ha demostrado la heterogeneidad del derecho a la imagen respecto a los derechos de utilización económica sobre las obras del ingenio⁶⁹; y, así mismo, que no es procedente aplicar al primero los principales medios de tutela previstos para los segundos⁷⁰. Pero, además, no parece que pueda compartirse la idea de que la utilización indebida de la imagen de otro suponga la invasión de una esfera jurídica ajena. La consideración de que el disfrute abusivo de la imagen constituye una forma de apropiación de una utilidad, exclusivamente atribuida al titular; que da lugar a la consiguiente responsabilidad civil, significa acoger una concepción dominical de los derechos de la personalidad basada en el perfil negativo del *ius arcendi*.

La configuración del derecho a la imagen como un interés a controlar dinámicamente la circulación de la representación gráfica de la propia figura en la esfera social, abre, en cambio, la búsqueda de formas de tutela restitutoria que se adapten a las hipótesis en que falta una pérdida económica, consistente en la destrucción o en el deterioro de un bien jurídico, pero apela a la idea de la disposición de un derecho ajeno⁷¹, que exige el retorno al titular de las ventajas que habría conseguido con el ejercicio del mismo⁷².

El conflicto de intereses se refiere, no a la asignación de una pérdida, sino a la atribución de las ventajas patrimoniales conseguidas mediante la utilización indebida del retrato ajeno, la cual debe encontrar solución el empleo de técnicas de tutela restitutoria. La restitución en la esfera de la víctima del provecho conseguido por el infractor no debe considerarse como resarcimiento de un daño⁷³, sino que debe, más bien, reconducirse a la acción de enriquecimiento injusto (art. 2041 CC), de la cual deben concurrir sus presupuestos.

67 VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 38 ss.; THIENE, A.: “L’immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria”, cit., pp. 355 ss.

68 THIENE, A.: “L’immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria”, cit., pp. 356 ss.

69 URCIUOLI, M.A.: *Autonomia negoziale e diritto all’immagine*, cit., pp. 98 ss.

70 SIRENA, P.: “La tutela inibitoria e cautelare del diritto all’immagine”, cit., pp. 364 ss.

71 CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 629 s., 642 ss.

72 Cfr. TRIMARCHI, P.: *L’arricchimento senza causa*, Milano, 1962, pp. 44 ss.

73 En sentido contrario, TRIMARCHI, P.: *L’arricchimento derivante da atto illecito*, en AA.VV.: *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano, 1994, pp. 1149 ss.

En efecto, en el vigente ordenamiento jurídico español, en la regulación de la tutela del derecho a la propia imagen, se distinguen claramente los remedios resarcitorios de los restitutorios. Mientras el texto originario del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, preveía que en la cuantificación del daño moral debía tenerse en cuenta “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, atribuye al juez la facultad de adoptar las medidas necesarias para “la indemnización de los daños y perjuicios causados” (art.9.II,c) y para “la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos” (art. 9.II.d).

El Derecho europeo ha respondido a la exigencia de “penetrar en el ángulo muerto de los ilícitos que no producen pérdidas patrimoniales”⁷⁴, sin deformar la función del resarcimiento, admitiendo, si bien en formas diversas, el concurso entre la acción de resarcimiento del daño y la de enriquecimiento injustificado.

En el Derecho inglés, con la doctrina del *waiver of tort*⁷⁵, o en el alemán⁷⁶, el ofendido puede elegir alternativamente entre el remedio resarcitorio o el restitutorio; y, en la doctrina italiana, a pesar de la tradicional cerrazón de la jurisprudencia, ha surgido una orientación favorable a un concurso integrativo entre las dos acciones.

Por otra parte, parece ya superada la tradicional opinión doctrinal que, en virtud del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto (art. 2042 CC), excluía la posibilidad de que prosperara, si existía un hecho ilícito que justificara el recurso al remedio resarcitorio.

Por lo tanto, cada vez que la ventaja patrimonial conseguida por el infractor supere la medida del daño resarcible, el ofendido podrá obtener la restitución de la diferencia por medio de la acción de enriquecimiento injusto, que será complementaria de la tutela resarcitoria⁷⁷. El carácter subsidiario del enriquecimiento, aun impidiendo un concurso alternativo con el resarcimiento⁷⁸, no excluye la restitución del incremento patrimonial por parte de quien utiliza indebidamente la imagen ajena, lo cual está más allá de la pérdida del perjudicado y, por lo tanto, del daño resarcible según la responsabilidad civil⁷⁹.

74 SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., p. 111.

75 En la doctrina científica italiana, GALLO, P.: *Waiver of the tort*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 2004, pp. 748 ss.

76 Cfr. LARENZ K. y CANARIS C.W.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2, 13ª ed., München, 1994, pp. 319 y 595; VON BAR, C.: *Gemeineuropäisches deliktsrecht*, München, 1996, pp. 519 ss.

77 Cfr., entre otros, GALLO, P.: *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., pp. 53-55; SIRENA, P.: “La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno”, *Riv. dir. civ.*, 2009, I, spec. pp. 78 ss.; PARDOLESI, P.: “Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 523 ss.

78 Sin embargo, SIRENA, P.: “La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno”, cit., spec. pp. 78 ss., admite un concurso bien alternativo bien integrativo entre la acción de resarcimiento del daño y la de enriquecimiento injustificado.

79 CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 648 ss.

VI. CONCLUSIONES.

En conclusión, la identificación de los medios de tutela del derecho a la imagen exige, previamente, un encuadre correcto del interés jurídicamente protegido.

La incompatibilidad con los valores del vigente ordenamiento jurídico de una clara separación entre los intereses patrimoniales y existenciales obstaculiza toda reconstrucción del derecho a la imagen que caiga en la dicotomía. La consideración de la imagen como una manifestación de la personalidad humana no impide reconocer la relevancia de exigencias de carácter patrimonial conectadas a la difusión de la representación de la figura del individuo, pero siempre que no quede comprometida la unidad del valor en ella implicado.

Desde esta perspectiva la disciplina del derecho a la imagen se convierte en el terreno en el que emerge una renovada compatibilidad entre los derechos de la personalidad y los poderes de la autonomía privada, que permite superar la identificación del interés protegido con un *ius excludendi* modelado sobre el paradigma de la propiedad, acompañado de un deber de no injerencia de los terceros, tutelado, exclusivamente, por las reglas de la responsabilidad civil. En el ordenamiento vigente el núcleo sustancial del derecho a la imagen corresponde, en cambio, al interés a controlar, mediante la prestación del consentimiento, la difusión de un elemento identificativo del individuo, sobre el cual convergen otros intereses concurrentes (de naturaleza personal y patrimonial), los cuales dan vida a conflictos que reclaman soluciones mediante la técnica de la ponderación de intereses. Por lo tanto, el intérprete está llamado a adecuar el conjunto de las formas de tutela a la calificación de la situación jurídica, de tal modo que asegure una protección plena y efectiva que no se agote en el resarcimiento del daño, sino que, junto a él, armonice mecanismos de tutela preventiva y restitutoria.

IMÁGENES Y BIENES

IMAGES AND PROPERTY

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 200-215



Andrea
FEDERICO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de agosto de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: La imagen de la cosa no puede constituir una cualidad de la cosa misma, ni su protección puede estar condicionada al modo en que esté situada en el espacio. La expresión “imagen” constituye solamente una fórmula verbal, utilizada en el discurso de los juristas, para encontrar una solución a los conflictos de derechos, identificando el interés más digno de protección. La imagen de la cosa, entonces, no corresponde al propietario, ni configura un nuevo bien inmaterial, sino que es solamente el objeto sobre el cual incide la conducta lesiva del infractor, sea del derecho a la intimidad, sea de otros intereses jurídicamente protegidos, como el derecho de propiedad, la iniciativa económica privada o la prohibición de competencia desleal.

PALABRAS CLAVE: Imagen, bienes, conflicto de derechos, propiedad, objeto de una conducta lesiva.

ABSTRACT: The image of a good can not be a quality of the good itself, nor its protection can depend on its position in space. The term “image” is only a verbal expression used in the speech of lawyers, to find a solution to the conflict of rights, identifying the protected interest. The image of a good does not belong to the owner of the good and does not represent a new intangible asset. The image of a good is the point of reference of a tort affecting the right of privacy or other legal interest, as property rights, private enterprise or prohibition of unfair competition.

KEY WORDS: Image – goods – conflicts of interest – property – point of reference of a tort.

SUMARIO: I. Protección de la imagen de la cosa entre propiedad y bienes comunes. – II. La reconducción jurisprudencial de la tutela de la imagen de la res en la categoría del derecho a la imagen. – III. Sigue: la subrepticia atribución exclusiva al propietario de la facultad de utilización de la imagen de la cosa y la violación del numerus clausus de los derechos exclusivos sobre los bienes inmateriales. – IV. La necesidad de un análisis preventivo de los concretos intereses implicados en la utilización de la imagen. – V. Las hipótesis de reconducción de la utilización de la imagen del bien al ámbito de los derechos de la persona. – VI. La utilización de la imagen de la cosa que se diluye en la representación de un contexto más amplio, que no es susceptible de aprehensión individual. – VII. La tutela de la imagen de la cosa y exposición a la vista pública. – VIII. La imagen de la cosa como objeto sobre el cual incide la conducta lesiva de los derechos de la persona, de la propiedad, de la iniciativa económica.

I. PROTECCIÓN DE LA IMAGEN DE LA COSA ENTRE PROPIEDAD Y BIENES COMUNES.

El problema de la tutela de la imagen del bien¹ ha sido acentuado, de un lado, por el desarrollo de la tecnología, la cual, a través de las técnicas de digitalización y del uso de internet, favorece, de manera extraordinaria, la difusión de las representaciones gráficas de los bienes en ámbitos muy diversos, como es, el de la publicidad²; por otro lado, por la tendencia a potenciar la importancia social de los bienes culturales y por la creciente necesidad de obtener fondos para su conservación y gestión³.

Con específica referencia al sistema jurídico italiano, el dilema de la reconducción de la imagen de las cosas al ámbito de los bienes comunes⁴ o al terreno de lo

- 1 Sobre el argumento véase, entre todos, REYES LOPEZ, M.J.: *Imagen y bienes*, en DE VERDA Y BEAMONTE J.R.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 171982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 199 ss. Para la situación en Italia, véase DEVITA, A.: *Art. 10. Abuso dell'immagine altrui*, en PIZZORUSSO, A., ROMBOLI, R., BRECCIA, U. y DEVITA, A.: *Persone fisiche*, in *Comm. cod. civ.*, dirigido por Scialoja A. y Branca G., Bologna-Roma, 1988, p. 534 ss.; GAUDINO, L.: *I diritti della personalità*, en CENDON, P. (coordinador): *Persona e danno*, I, Milano, 2004, pp. 820 ss.; RESTA, G.: "L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?", en *Dir. inf.*, 2004, pp. 21 ss.; RESTA, G.: "L'immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l'insostenibile leggerezza della logica proprietaria", in *Danno e respons.*, 2010, pp. 477 ss.; RESTA, G.: *L'immagine dei beni*, en *Id.*, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, p. 552; ROMANATO, N.: "Sullo sfruttamento dell'immagine di un bene nella disponibilità di una persona giuridica", en *Riv. dir. ind.*, 2010, 2, pp. 160 ss.; GARACI, I.: "La tutela dell'immagine dei beni", en *La responsabilità civile*, 2011, pp. 836 ss.; PASTORE, M.: "Prova (a)tecniche di tutela esclusiva dell'immagine dei beni", en *Danno e resp.*, 2010, pp. 486 ss.
- 2 Véase FUSI, M.: "Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità", en *Riv. dir. ind.*, 2006, pp. 89 ss.
- 3 Con específica referencia a los bienes culturales, véase RESTA G., "L'immagine dei beni culturali", in ALPA, G. – CONTE, G. - DI GREGORIO, V. – FUSARO, A. y PERFETTI, U.: *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive*, Napoli, 2010, pp. 123 ss.; NERVI, A.: *I contratti aventi a oggetto opere d'arte*, en DELFINI F. – MORANDI F.: *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, in *Trattato contratti* Rescigno y Gabrielli, Torino, 2012, pp. 564 ss.
- 4 De importancia fundamental la reflexiones de GROSSI, P.: *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; *Id.*, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992. En la doctrina actual el tema de los bienes comunes es estudiado en los ensayos contenidos en MATTEI, U. - REVIGLIO E. – RODOTÀ S., *Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna,

• **Andrea Federico** es Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Salerno (Italia) y docente de "Propiedad y Derechos reales" en la Escuela de Especialización de la Universidad de Nápoles "Federico II. Es autor de monografías, artículos, comentarios y ha coordinado múltiples proyectos de investigación.

“privado” ha resurgido por la introducción de una previsión legislativa, que establece que cualquier reproducción de la imagen de un bien cultural⁵ requiere la previa autorización de la Administración Pública consignataria del mismo; e, igualmente, por una reciente decisión de la Corte de Casación, según la cual “la tutela civil del nombre y de la imagen... puede invocarse no sólo por las personas físicas, sino también por las personas jurídicas y por sujetos diversos de las personas físicas y, en el caso de utilización indebida de la denominación y de la imagen de un bien, dicha tutela específica corresponde, bien sea al usuario del bien... bien al titular de los derechos de disfrute económico del mismo”⁶.

Hasta la referida regulación, doctrina y jurisprudencia, apoyándose en los arts. 10 CC y 96 de la Ley de Derechos de Autor, habían excluido, de manera reiterada, la posibilidad de aplicar a los supuestos de reproducción de objetos una disciplina análoga, o cuanto menos asimilable, a la de la tutela de la imagen de la persona⁷. Por ejemplo, se consideró lícita, tanto la reproducción cinematográfica de un edificio⁸, como la de un hábito religioso⁹. No obstante, se calificaron ilegítimas aquellas reproducciones que vulnerasen los derechos de autor o lesionasen aspectos de la personalidad de un individuo, estrechamente ligado al bien, por ejemplo, los copropietarios de un edificio mostrado como un lugar donde se desarrollaba una actividad reprochable¹⁰. Se consideró también improcedente el uso de la imagen del vestido de un artista, que inequívocamente invocaba la persona del mismo¹¹, así como el de fotografías de cuadros colocados en el interior de una habitación privada¹² o de un edificio religioso¹³.

2007, y en ID.: *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010. Un estudio monográfico en CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008. Cfr., también, CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta”, en *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 1061 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite”, en *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 535 ss.; LUCARELLI, A.: “Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comuni”, en *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2007, 2, pp. 3 ss.; MARELLA, M.R.: “Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione”, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 103 ss.; MARELLA, M.R. (coordinador): *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; MATTEI, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; SOMMA, A.: “Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni”, en *Mat. st. cult. giur.*, 2011, pp. 461 ss.

- 5 Véase el art. 107, d. lgs. 22 de enero de 2004, n. 42: “Il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono consentire la riproduzione nonché l'uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna, fatte salve le disposizioni di cui al comma 2 e quelle in materia di diritto di autore”.
- 6 Cass. 11 de agosto de 2009, n. 18218, en *Danno e responsabilità*, 2010, pp. 471 ss.
- 7 Cass. 15 de febrero de 1968, n. 542, en *Dir. Autore*, 1971, pp. 279 ss., que se refiere al caso de la reproducción fotográfica de un aparato para reducir el consumo de gasolina.
- 8 Trib. Napoli, 25 de julio de 1958, en *Giust. civ.*, 1959, I, 389 ss.
- 9 Pretura Roma, 31 de julio de 1956, en *Giur. it.*, 1957, I, 2, 49 ss.
- 10 Pret. Roma 11 de junio de 1968, en *Dir. Autore*, 1969, p. 271 ss.
- 11 Pret. Roma 18 de abril de 1984, en *Giust. civ.*, 1984, I, 2271 ss., con referencia a la reproducción de unos objetos (sombrero y gafas) que identificaban únicamente la figura de un famoso cantante.
- 12 Pret. Milano, 4 de octubre de 1982, en *Dir. Aut.*, 1983, pp. 41 ss.
- 13 Pret. Roma, 23 de junio de 1980, en *Dir. Aut.*, 1980, pp. 470 ss.

II. LA RECONDUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TUTELA DE LA IMAGEN DE LA RES EN LA CATEGORÍA DEL DERECHO A LA IMAGEN.

La reciente utilización jurisprudencial de la expresión “imagen del bien” manifiesta, desde el punto de vista lingüístico, la reconducción de la cuestión que nos ocupa al campo de la tutela jurídica de la imagen, si bien hay que tener en cuenta que en la mayoría de los fallos se contemplan casos de lesión del derecho a la imagen, que tienen lugar mediante la reproducción de la semblanza de un bien susceptible de identificar, de modo unívoco, al propietario.

En otros términos, el tema examinado ha sido reconducido por la reflexión doctrinal y jurisprudencial al terreno de la tutela de la imagen, porque la utilización de la figura de los bienes es susceptible de evocar a la persona de su propietario; y es la imagen es un atributo, comprensivo de múltiples exteriorizaciones reconducibles a la personalidad del sujeto, sobre la base de un potencial evocativo, que, a menudo, prescinde de la utilización exclusiva de las semblanzas somáticas originales¹⁴.

En el ámbito de la representación de las causas que “ligan” la figura del bien al derecho a la imagen; y, más en general, a los derechos de la persona, se debe también tener en cuenta la progresiva tendencia a la extensión de los derechos de la persona a los entes colectivos¹⁵, aunque la referencia a estos ponga en evidencia un cambio de paradigma determinado por un perfil funcional diverso, exclusivamente, instrumental y al servicio del objetivo de los entes.

La inclusión en el ámbito del derecho a la imagen, es decir, en una de las manifestaciones más significativas de la persona humana, es así dictada por el desenlace de un proceso que –fundado o no– ha roto la conexión entre los derechos de la persona y el individuo y, alterando su función, ha consentido su utilización en los discursos de los juristas, también allí donde no se trata de salvaguardar la dignidad, la autodeterminación o el libre desarrollo de la persona humana, esto es, sobre el terreno de los bienes y de las prerrogativas correspondientes al propietario, con el fin de suministrar un fundamento jurídico a la sustancial adscripción al mismo de la facultad de reproducción de la imagen de la cosa.

Desde esta perspectiva, cuando se habla sobre la posible configuración del derecho a la imagen en relación a los bienes, se parte de una similitud (el derecho a control exclusivo del aspecto exterior de la *res* evoca el derecho a la imagen de la persona física), para afirmar una relación de identidad entre el derecho a la imagen –

14 Así MAFFEI, D.: *Il right of pubblicità*, en RESTA, G.: *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, p. 523.

15 Sobre el argumento, véase, entre todos, ZOPPINI, A.: “I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)”, en Riv. dir. civ., 2002, pp. 851 ss.; PERLINGIERI, C.: *Enti e diritti della persona*, Napoli, 2008, pp. 7 ss.

atributo de la persona física extendido, por la elaboración doctrinal y jurisprudencial, también a los entes colectivos- y el derecho a la imagen de las cosas.

Como es conocido, los juristas, en la formulación de un problema concreto, suelen utilizar metáforas con el fin de “simplificar el discurso y al mismo tiempo hacerlo particularmente expresivo”¹⁶. Sin embargo, el sentido común, no elimina el riesgo de considerar una realidad lo que es una pura metáfora y confirma que “en las metáforas anida una insidia”¹⁷, a la que a menudo, pero no siempre, es posible hacer frente, esto es, la transformación de la semejanza en identidad¹⁸; y, con relación al tema que se examina, reconducir la cuestión al terreno del llamado derecho a la imagen.

En este sentido, es elocuente el camino argumentativo seguido por el fallo de la Corte de Casación, anteriormente citado, fundado en la adscripción de los derechos de la persona a sujetos diversos de las personas físicas¹⁹ y a la dilatación de la noción jurídica de la “imagen”²⁰.

III. SIGUE: LA SUBREPTICIA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA AL PROPIETARIO DE LA FACULTAD DE UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN DE LA COSA Y LA VIOLACIÓN DEL NUMERUS CLAUSUS DE LOS DERECHOS EXCLUSIVOS SOBRE LOS BIENES INMATERIALES.

La utilización de la expresión “derecho a la imagen del bien” o “imagen del bien” manifiesta la referencia a un común vocabulario comunicativo, que simplifica el diálogo y da por descontado que se comparte el mismo sistema conceptual, aunque sea evidente –en la referencia de la imagen al bien- que ese léxico compartido no se refiere ya a la sustancia originaria²¹.

La metáfora de la imagen de la cosa, por lo tanto, surge en la elaboración doctrinal y jurisprudencial con la finalidad de facilitar la representación jurídica del problema concreto, pero favorece, de modo subrepticio, la argumentación de la atribución exclusiva al propietario de la facultad de utilización de la imagen de la cosa.

16 GALGANO, F.: *Le insidie del linguaggio giuridico*, Bologna, 2010, p. 19.

17 GALGANO, F.: *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., p. 20.

18 GALGANO, F.: *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., p. 19.

19 Critica el reconocimiento a las personas jurídicas de los derechos fundamentales de la persona PERLINGIERI, C.: *Enti e diritti della persona*, Napoli, 2008, pp. 58 ss.

20 Afirma RESTA, G.: “L’immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l’insostenibile leggerezza della logica proprietaria”, cit., p. 480: “una cosa è infatti affermare che un soggetto possa vantare un diritto della personalità sui propri segni distintivi in quanto rappresentativi analogici della persona ... altra cosa, invece, è stabilire che tale potere di controllo si appunta sulla riproduzione dei lineamenti di un oggetto materiale”.

21 Así, sobre el cambio de paradigma de las categorías jurídicas, LIPARI, N.: *Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile*, cit., p. 521.

La referida protección, como es evidente, no se concede con la finalidad de salvaguardar la imagen de la cosa, que, en sí misma, no merece protección, sino para tutelar el derecho a disfrutar y disponer de ella, de modo pleno y exclusivo, por parte del titular. Por lo tanto, la evocación de la metáfora de la imagen de la cosa permite omitir, en el discurso jurídico, la argumentación dirigida a justificar la inclusión de la facultad de reproducción de la imagen dentro de las prerrogativas exclusivas reconocidas al propietario de una cosa (mueble o inmueble), prescindiéndose de la idoneidad de la utilización de la imagen para configurar lesiones de ulteriores situaciones jurídicas subjetivas, también existenciales.

La utilización de la metáfora, sin embargo, no se limita a orientar la cuestión hacia el llamado derecho a la imagen con el fin de condicionar el éxito del proceso hermenéutico, sino que también atenúa el impacto sobre la disciplina de la propiedad intelectual de la (mera aparente) extensión del ámbito de aplicación del llamado derecho a la imagen. Ella, de hecho, permite disimular el sustancial reconocimiento de una prerrogativa privativa atípica sobre la imagen de las cosas, con manifiesta violación de la continua y difundida aseveración del *numerus clausus* de los derechos exclusivos sobre los bienes inmateriales²², del mismo modo que la mera reconducción, sin demostración alguna, de la facultad exclusiva de reproducción de la imagen del bien al contenido del derecho de propiedad exonera de tener que argumentar la configuración de un nuevo derecho y, consiguientemente, permite eludir en el discurso jurídico la violación del referido principio del *numerus clausus*.

Realmente, no se trata de censurar la difundida tendencia a la instrumentalización de un derecho típico para suministrar protección a nuevas exigencias consideradas merecedoras de tutela, sino de ser conscientes del manifiesto carácter erróneo de la posición que restringe el discurso jurídico al limitado horizonte del derecho a la imagen o a la propiedad y de la consiguiente y arbitraria exclusión de la valoración de las disposiciones normativas de la propiedad intelectual.

IV. LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS PREVENTIVO DE LOS CONCRETOS INTERESES IMPLICADOS EN LA UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN.

Las consideraciones que preceden permiten comprender que los radicales cambios sociales, el proceso tecnológico, por no hablar del contundente efecto de la globalización de la economía, exigen la valoración de los concretos problemas de acuerdo con los principios y reglas deducibles del sistema jurídico, mediante una compleja y articulada elaboración, a la cual pueden realizar aportaciones todos los

22 Sobre el argumento, véase, RESTA, G.: *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, p. 21 ss.; UBERTAZZI, L. C.: "Numerus clausus dei diritti esclusivi di proprietà intellettuale", en AIDA, 2009, pp. 282 ss.

operadores jurídicos²³, e imponen la adecuación de las categorías dogmáticas y de las instituciones del Derecho civil a la realidad jurídica en su desarrollo histórico.

La dificultad, para un texto legislativo, de referirse a la regla más idónea para asegurar a la cuestión que se examina una respuesta coherente y adecuada induce al intérprete, de un lado, a no sustraerse a la operatividad de los principios generales²⁴, en particular, a los de rango constitucional²⁵, y a experimentar, por esta vía, el rechazo de la identificación entre ley –fruto de la contingencia y de la casualidad²⁶- y Derecho; de otro lado, a recurrir a referentes culturales con el fin de individualizar los caracteres fisionómicos de las situaciones reales y de dar sentido a la disciplina del proceso que de objetivación jurídica de los bienes *ex art. 810 CC* ²⁷, con el reconocimiento de la evidente insuficiencia del método exegético²⁸.

Por cuanto respecta al problema de la pertenencia de la imagen de las cosas -bien entendido, que, en ausencia de un derecho de propiedad intelectual sobre la figura de la misma- no se trata solamente de tomar en consideración que la búsqueda de la regla dirigida a traducir los principios generales en las situaciones contingentes de la vida escapa a la mediación del texto legislativo y puede también prescindir de un enunciado normativo, como tampoco de limitarse a reconocer que la posible respuesta, o no se funda sobre un puntual enunciado legislativo, o es contradicha o, incluso, desmentida por el dato legislativo.

-
- 23 Rechaza la identificación del derecho vigente en su componente formal: DONISI, C.: *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1991, pp. 171 ss.
- 24 Véase, entre todos, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 156 ss.; *Id.*, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 213 ss.; *Id.*, "Diritto per valori, principi o regole?", en *Quad. fiorentini*, 2002, pp. 865 ss.
- 25 Considera los principios constitucionales normas jurídicas de derecho sustancial, admitiendo la *drittwirkung*, PERLINGIERI, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", en *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 ss., ahora en *Id.*, *Scuole tendenze e metodi*, cit., pp. 113 y 122. Un significativo desarrollo en *Id.*, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, pp. 133 ss.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, especialmente, pp. 120 ss., 190 ss., 580 ss. Sobre la relación entre normatividad y valores: FALZEA, A.: *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, *Il concetto del diritto*, Milano, 1975, p. 18 ss.; *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 461 ss.; MENGONI, L.: *Diritto e valori*, Bologna, 1985, *passim*; PERLINGIERI, P.: "Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti", en *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 787 ss.; BALDASSARRE, A.: "Costituzione e teoria dei valori", en *Pol. dir.*, 1991, pp. 639 ss.; P. FEMIA, *Valori normativi e individuazione della disciplina applicabile*, en P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 521 ss. Un profunda lectura de las categorías y de los institutos del derecho civil italiano a través de los valores que inspiran el vigente ordenamiento jurídico en PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006.
- 26 Véase, SCALISI, V.: *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, en *Id.*, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, pp. 43 ss.
- 27 GAMBARO, A.: *I beni*, en *Trattato di diritto civile* Cicu - Messineo, 2012, Milano, pp. 28 ss.
- 28 La claridad de la norma es el resultado de la interpretación que, por definición, debe ser lógico-sistemática y teleológico-axiológica, es decir funcional a la aplicación de los valores constitucionales: así, PERLINGIERI, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", en *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 990 ss., ahora en *Id.*, *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1988, pp. 275 ss. En otra perspectiva diversa, véase, TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 33 ss.; GORLA, G.: "I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942", en *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss.; QUADRI, R.: *Dell'applicazione della legge in generale*, en *Comm. del cod. civ.* Scialoja -Branca, Bologna - Roma, 1974, pp. 194 ss.

El texto legislativo, de hecho, no suministra ninguna indicación unívoca en relación a la constante expansión del área conceptual de la propiedad²⁹ o a la extensión de los derechos de la persona a los entes colectivos, aunque, en abstracto, parezca admisible, tanto la apertura hacia “nuevos” bienes (aunque, a través de la modificación de los paradigmas puestos en las bases de los procedimientos de objetivación jurídica), como la actitud opuesta de rechazo.

El estudio que se lleva a cabo debe entonces partir del reconocimiento de la compleja articulación de los concretos conflictos que suscita la imagen de las cosas, desechando la pretensión de formular una respuesta unívoca. En cualquier caso, a fin de comprender correctamente los mecanismos reguladores de la pertenencia de la imagen del bien, es necesario un análisis preventivo de los intereses implicados.

Lejos de acceder a una concepción ontológica destinada a proponer una representación atemporal, neutral, no valorativa de la “imagen del bien” y de adscribirla, apriorísticamente, al ámbito del derecho de propiedad, al de las técnicas de tutela de lo inmaterial o al terreno de los bienes comunes, parece más ventajoso valerse de una concepción funcional proclive a identificar el significado de la utilización de la mencionada expresión en el discurso de los juristas.

V. LES HIPÓTESIS DE RECONDUCCIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN DEL BIEN AL ÁMBITO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA.

Como se ha dicho anteriormente, a menudo, la utilización de la imagen del bien es, exclusivamente, un instrumento que evoca la identidad del sujeto titular de la cosa y, consiguientemente, incide sobre los atributos de la personalidad del propietario del bien.

En tales hipótesis, la utilización de la imagen de la cosa no interfiere en el contenido del derecho de propiedad, sino que determina, solamente, la lesión de un derecho fundamental adscrito a la persona que es titular de la situación real, de la cual la cosa representada constituye el objeto.

La reconducción de la cuestión al ámbito de los derechos de la persona es confirmada por la incidencia que la reproducción de la imagen del bien - por ejemplo, la casa donde se habita, o de otros bienes idóneos que permitan la exacta localización de la residencia o suministren indicaciones sobre la vida privada- puede tener sobre el derecho a la intimidad del titular de la cosa reproducida.

29 U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, en A. GAMBARO - U. MORELLO, *Proprietà e possesso*, en *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, observa: “permane la tendenza a non considerare come proprietà la titolarità di diritti d'autore o, in generale, di diritti ascrivibili alla c.d. proprietà intellettuale, contrariamente a quanto si afferma da tempo nei sistemi di common law dove la vasta area dei diritti su opere dell'ingegno è inquadrata tra i property rights, così come i diritti derivanti da brevetti o know how”.

En estos casos, la posible ilicitud de la conducta tiene que ver, exclusivamente, con la tutela de los derechos de la persona, sin que la demanda de protección del propietario de la cosa reproducida tenga que fundamentarse en el hipotético derecho a la imagen del bien o en la tutela jurídica de la imagen de la cosa, en cuanto tal.

Del mismo modo, la utilización de la imagen del bien por parte de un tercero puede provocar la intervención de los principios generales que consagran las libertades de expresión, creación artística, información e investigación y, en consecuencia, la preminente exigencia de tutela de manifestaciones esenciales para el desarrollo de la persona del sujeto que efectúa la reproducción. El conflicto entre el propietario y el sujeto que efectúa la reproducción de la imagen de la cosa, en consecuencia, se resuelve a favor del segundo, en razón del interés preminente y de la superior valoración axiológica asignada a los principios constitucionales. Tal solución, no obstante, no puede ser instrumentalizada para afirmar la falta de fundamento de la hipotética pertenencia de la imagen al propietario de la cosa.

En las hipótesis referidas, como es evidente, se discute sobre el ámbito de aplicación de la tutela de los derechos de la persona adscritos, bien al propietario, bien al sujeto que reproduce la figura del bien, de modo que la cuestión de la atribución de la imagen sobre el mismo no es susceptible de ser examinada en términos autónomos, ya que pertenece, bien a la tutela de la imagen del propietario, bien a la libertad de expresión o a otros derechos fundamentales del sujeto que reproduce la imagen.

La exclusión de la perspectiva autónoma del tema que se examina sobre un terreno diverso al derecho a la imagen y, más en general, de la persona, confirma que el disfrute visual de las cosas materiales no puede estar sometido a límites legales, de modo que el espectador puede fijarse en su aspecto y divulgarlo a través de fotografías, pinturas, dibujos, sin incurrir en una violación de los derechos de los propietarios³⁰, a menos que tal actividad sea lesiva de situaciones jurídicas diversas del hipotético derecho a la imagen.

VI. LA UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN DE LA COSA QUE SE DILUYE EN LA REPRESENTACIÓN DE UN CONTEXTO MÁS AMPLIO, QUE NO ES SUSCEPTIBLE DE APREHENSIÓN INDIVIDUAL.

La lesión del derecho a la imagen o a la intimidad - producida por el uso de la imagen – muchas veces no se ve acompañada de la lesión del derecho de propiedad y de los poderes y facultades que pertenecen al propietario. Así que la relación entre la facultad de reproducción de la imagen de las cosas y el derecho de propiedad –

30 DE VITA, A.: *Art. 10. Abuso dell'immagine altrui*, cit., p. 534.

de una persona física o jurídica, pública o privada – se plantea sólo cuando no entran en juego los principios constitucionales que requieren la protección de los derechos de la personalidad del propietario o del usuario de la imagen del bien.

El tema de la tutela de la imagen de la cosa, en definitiva, se refiere a los conflictos sobre la utilización de una específica utilidad del bien, así que hay que tamizar a través de una visión objetiva – la configuración de la imagen de la cosa como bien autónomo hasta a una perspectiva relacional – el conflicto entre sujetos que quieren conseguir la misma utilidad.

En este sentido, el reconocimiento al propietario de la facultad de utilización exclusiva de la imagen del bien sólo en algunos casos, como en el supuesto de bienes excluidos a la vista del público, demuestra una estrecha relación con las particularidades del caso y no es susceptible de extensión a las hipótesis de explotación económica de la imagen de las cosas.

Dado que las conductas que lesionan el derecho a la imagen o a la intimidad pueden también lesionar el derecho de propiedad, es posible que surja un conflicto entre quien pretende utilizar la figura del bien y su propietario, el cual puede pretender arrogarse la facultad de impedir reproducir la imagen de dicho bien con finalidad publicitaria o comercial, argumentando que el derecho al uso de la imagen de las cosas que le pertenecen forma parte de su patrimonio.

El problema que se plantea no puede solucionarse haciéndose abstracción de las particularidades del caso concreto y de la multiplicidad de supuestos a través de los cuales puede tener lugar el disfrute económico de la imagen de un bien.

Así, por ejemplo, en el caso de la reproducción de la imagen de un bien inmueble a través de sitios o programas como Google Earth, Google Maps, etc., en realidad, no nos encontramos ante una reproducción del inmueble en su identidad o individualidad, porque estamos ante mapas tridimensionales, que no representan la singularidad de cada uno de los edificios, sino un conjunto urbano o, en general, el paisaje en el cual los bienes están situados. Por lo tanto, la imagen del bien singular se diluye en la representación de un contexto más amplio, que no es susceptible de aprehensión individual por su incontrovertible naturaleza de cosa común.

Teniendo en cuenta que este uso no altera las competencias y facultades incluidas en el derecho de propiedad, ni afecta de forma irreversible a las oportunidades futuras para la explotación comercial por parte del propietario, hay que excluir que el propietario pueda excluir la utilización de la imagen por otros. La cosa no es reproducida en su individualidad, sino como una parte de un gran mosaico, así que la explotación comercial se refiere a un bien que trasciende la imagen de los edificios individuales.

Del mismo modo, el uso comercial de la imagen de un edificio inserta en un paisaje más amplio hace que, en sentido estricto, no pueda hablarse de la utilización de la imagen concreta de un bien. El recurso a la *Panorama Freedom*³¹ demuestra que no se trata del uso de la imagen de la cosa, sino de la utilización de la representación de un bien, en el que el edificio, privado de su individualidad, se inserta, es decir, el paisaje, entendido éste en sentido amplio.

Según la solución propuesta, la imagen de cada bien desaparece en la representación de un contexto más amplio, que no puede ser objeto de aprehensión individual por su naturaleza incontrovertible de bien común.

Piénsese, en fin, en las hipótesis en las cuales no existe, exclusivamente, el interés de un solo propietario, porque el bien en cuestión pertenece a una pluralidad de personas. La estandarización de los procesos productivos, a menudo, impide a cualquiera de los propietarios oponerse a la utilización de la imagen de un bien que simultáneamente está presente en el patrimonio de otros sujetos.

VII. TUTELA DE LA IMAGEN DE LA COSA Y EXPOSICIÓN A LA VISTA PÚBLICA.

Particular interés suscita el tema de si el propietario de un bien puede tener un control sobre la reproducción del mismo, cuando éste se encuentra expuesto al público.

La conexión de los resultados de la investigación a las peculiaridades de cada caso examinado anteriormente y, por lo tanto, la imposibilidad de disolver el dilema entre la adscripción al propietario del derecho exclusivo a utilizar la imagen de la cosa y la reconducción entre los bienes comunes, se confirma también por la tendencia a enfatizar el modo de exposición a la vista de la cosa. Esto para establecer a quién pertenece la imagen y si esta constituye objeto de derechos reales o de contratos obligatorios.

La doctrina italiana especializada que se ha ocupado de este tema ha afirmado que todos los bienes expuestos a la vista pública -sean privados o públicos- son adscribibles a la categoría de los *commons* y siguen su disciplina. Por lo tanto pueden ser libremente reproducidos no solamente con una finalidad informativa, artística, cultural, sino también comercial. Tal principio está sujeto a una importante matización, cuando en relación al bien esté implícito un derecho de propiedad intelectual. En tal caso, la reproducción de carácter comercial requerirá la utilización del titular

31 FAGGIONI, M.L.S.: "La liberta di panorama in Italia", en *Il dir. ind.*, 2011, p. 535.

del derecho exclusivo, mientras que para las otras formas de reproducción deberá acudir a lo dispuesto en el art. 70 de la Ley de Derechos de Autor. Fuera de tales hipótesis, el derecho de propiedad del art. 832 no podrá ser invocado para pretender la exclusividad en el disfrute de la imagen de un bien. Puede recurrirse a mecanismos residuales de protección, como la prohibición de competencia desleal o los derechos de la personalidad. Para los bienes sustraídos a la visión pública y situados en un espacio cerrado, la reproducción deberá considerarse vinculada al respeto de las condiciones prefijadas por el sujeto legitimado para acceder al lugar donde se encuentra. Un uso comercial realizado violando tales condiciones justificará el recurso a las acciones inhibitorias y resarcitorias, incluyendo la posibilidad de reclamar los beneficios ilegítimamente obtenidos por el infractor. En el caso de bienes culturales que se hallen en manos de Administraciones Públicas, se aplicará la disciplina prevista en los arts. 107 y siguientes del Código de Los Bienes Culturales y del Paisaje³².

Hay, además, que tener en cuenta que la tecnología actual reduce el número de cosas que pueden sustraerse a la vista pública. Así, hay bienes que, estando situados en lugares cerrados a los que el público no puede acceder libremente, sin embargo, pueden ser observados desde lo alto; hay también bienes que están expuestos al público, a través de páginas de internet accesibles a todos (*Virtual Tour*).

En cualquier caso, la exposición a la vista pública no puede constituir un indicio de una renuncia preventiva al uso exclusivo de la imagen o una autorización general para penetrar en ella; tampoco impone, necesariamente, la reconducción de la imagen al ámbito de los bienes comunes, como demuestra la posible existencia de un derecho de propiedad intelectual sobre cosas expuestas al público.

La no inserción de la facultad de uso de la imagen en el contenido del derecho de propiedad, como es evidente, no puede desprenderse, ni de la ontología del bien, ni de las modalidades de colocación espacial del mismo.

En verdad, considerar como dato decisivo la sustracción a la vista pública contradice el principio de *numerus clausus*, ya que supone la creación de derechos atípicos sobre bienes inmateriales en virtud de la mera exposición interna del bien, y no sobre la base de una expresa autorización normativa.

La alternativa es ineludible: o la facultad de disfrutar la imagen del bien no forma parte del contenido del derecho de propiedad y, por lo tanto, no obstante su falta de exposición a la vista pública, el propietario no puede quejarse del disfrute ajeno de la imagen; o sí es una facultad del propietario, con independencia de que el bien se sustraiga o no a la vista pública.

32 Así, RESTA, G.: *L'immagine dei beni*, en *Id.*, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, pp. 585 s.

En realidad, si se protege la figura de un bien sustraído a la vista pública, ello es en la medida en que la reproducción de su imagen puede suponer una violación de la esfera privada del propietario (de esta manera subrepticamente se conecta la tutela de la intimidad del propietario con la protección de la imagen del bien).

Desde esta perspectiva, el criterio de la exposición de la cosa a la vista del público es una solución al problema relativo a la imagen, dictado por las peculiaridades de cada caso. Este criterio atribuye la tutela de la imagen de la cosa sustraída a la vista del público al propietario, porque reconoce en la reproducción de la imagen de la cosa la violación de la intimidad de la que hace descender, subrepticamente, la tutela de la imagen del bien. En otras palabras, la aparente neutralidad de la ubicación espacial (la eliminación de la visión pública) es una mera expresión verbal que, por lo tanto, no puede constituir una base para el reconocimiento de un margen - aunque limitado - de protección de la imagen del bien.

La valorización de la ubicación espacial nos permite entender que la protección no se otorga por el perjuicio al derecho a usar la imagen del bien adscrito exclusivamente al propietario, sino a causa de la lesión de la intimidad del propietario.

La imagen del bien expuesto a la vista pública no constituye ningún nuevo bien, ni se puede reconducir a la categoría de la propiedad intelectual, ya que asume el papel de símbolo, icono utilizado en cualquier tipo de comunicación, incluida la publicidad. La exposición a la vista del público, entonces, es un criterio engañoso de la evaluación del caso, porque intenta ocultar la relación de la imagen con los derechos de la personalidad.

Se confirma que el problema jurídico de la imagen de la cosa está siempre indisolublemente ligado a la infracción de otras situaciones jurídicas y nunca se plantea por el mero uso de la imagen de bien, en sí mismo, que no susceptible de protección.

VIII. LA IMAGEN DE LA COSA COMO OBJETO SOBRE EL CUAL INCIDE LA CONDUCTA LESIVA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA, DE LA PROPIEDAD, DE LA INICIATIVA ECONÓMICA.

La imagen de la cosa no puede dar lugar a un “salto” ontológico y constituir una cualidad de la cosa misma, ni su protección puede estar condicionada al modo en que esté situada en el espacio. La expresión “imagen” constituye solamente una fórmula verbal, utilizada en el discurso de los juristas, para encontrar una solución a los conflictos de derechos, identificando el interés más digno de protección.

La imagen de la cosa, entonces, no corresponde al propietario, ni configura un nuevo bien inmaterial, sino que es solamente el objeto sobre el cual incide la conducta lesiva del infractor; sea del derecho a la intimidad, sea de otros intereses jurídicamente protegidos, como el derecho de propiedad, la iniciativa económica privada o la prohibición de competencia desleal.

La imagen de la cosa, entonces, no pertenece al propietario, ni configura un nuevo bien, ni siquiera inmaterial, sino que sólo es el objeto sobre el que se desarrolla la conducta lesiva de la propiedad, de la intimidad, de la imagen, de la iniciativa económica o de la libre competencia.

Tal solución debe ser confirmada, también allí donde el desarrollo de la técnica en la moderna sociedad de la imagen imponga una utilización virtual de misma, debiéndose despejar toda duda acerca de la posibilidad de sostener una separación entre la propiedad del bien y de su imagen, porque también, en este caso, nos hallamos ante una situación lesiva del derecho de propiedad.

Respecto a los bienes culturales (quedando clara la posibilidad de transformación de la imagen del bien en un icono o en un símbolo del lenguaje comunicativo con la consiguiente exclusión de la misma del ámbito de los bienes comunes o de su reconducción a un proceso de privatización), se debe reconocer que el propietario no se limita a desarrollar una mera función de disfrute o de conservación, sino una verdadera y propia actividad de gestión. La preminencia de los aspectos dinámicos sobre la consideración estática del derecho de propiedad induce a considerar que la utilización de la imagen del bien por parte de un tercero es, en sí misma, lesiva de la situación jurídica del titular; como puede desprenderse del Código de Bienes Culturales, que requiere autorización para ello, además del pago de un canon.



INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS E INTROMISIONES
ILEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR,
A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN
*COMPENSATION OF DAMAGES AND RIGHTS-ILLEGAL
INTERFERENCE TO HONOR
PRIVACY AND TO OWN IMAGE*

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 216-233



María L.
ATIENZA
NAVARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: El art. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo regula la indemnización de los daños y perjuicios irrogados por las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El precepto presume la existencia de daño siempre que se produzcan dichas intromisiones. Sin embargo, resulta controvertido el alcance y naturaleza de esa presunción. El presente estudio se destina a analizar la posibilidad de que no todas las intromisiones ilegítimas originen un derecho indemnizatorio.

PALABRAS CLAVE: Indemnización de daños y perjuicios, intromisiones ilegítimas, daño moral, daño patrimonial, presunción del daño.

ABSTRACT: The art. 9.3 in the law 1/1982, May 5 regulates the issue of compensation for the damages incurred by the illegitimate intrusions in the rights to honour, to the privacy and image. The precept presumes the existence of damage whenever there are such intrusions. However, it is a controversial issue the scope and nature of that presumption. The present study is intended to discuss the possibility that not all illegitimate intrusions originate a right of compensation.

KEY WORDS: Compensation for damages, illegitimate intrusions, moral damage, property damage, presumption of damage.

SUMARIO: I. Consideraciones generales.- II. La presunción del daño contenida en el art. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo.- 1. Presupuestos preliminares.- 2. Aplicación de la presunción.- 3. Carácter de la presunción.- A) Planteamiento; posiciones doctrinales B) Intromisiones ilegítimas que causan daños reparables íntegramente en forma específica.- C) Intromisiones ilegítimas que no causan daños. III. Criterios de valoración del daño.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Cuando un ciudadano sufre una intromisión ilegítima en su derecho al honor; a la intimidad o a la propia imagen, el art. 9.2 LO 1/1982, de 5 de mayo (reformada, en este punto, por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal), le brinda la posibilidad de recabar la tutela judicial, para conseguir poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecerle en sus derechos. Además, también se pretende garantizar que ya no se produzcan intromisiones futuras y que se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan irrogado.

A tal fin, la LO 1982 contempla una serie de medidas, que pueden clasificarse en dos grandes grupos: a) las primeras, que tienen por finalidad atajar el daño (como sucede con la acción de cesación), o a evitar su propagación, como ocurre con el cierre o secuestro o con la retención o embargo de los medios de comunicación, que pueden adoptarse excepcionalmente; b) las segundas, que se destinan a su resarcimiento, ya sea en forma específica, ya en forma genérica. El primero incluye la declaración o reconocimiento de la intromisión sufrida, y la reposición del estado anterior; el ejercicio del derecho de réplica y el de rectificación, así como la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. El segundo, comprende el resarcimiento en forma genérica obtenido mediante la indemnización de los daños y perjuicios.

Como puede verse, se trata de un amplio abanico de medidas para lograr la protección y restablecimiento de los derechos lesionados. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica la “medida estrella”, por así decirlo, es la del resarcimiento en forma genérica. Así las cosas, los Tribunales en cuanto aprecian la existencia de una intromisión ilegítima tienden a traducirla en su resarcimiento pecuniario, y, sin embargo, en ocasiones no es una práctica afortunada porque la misión de la responsabilidad civil no es defender los derechos de la personalidad agredidos, ni

• **María Luisa Atienza Navarro** es Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia, donde obtuvo el Premio Extraordinario de Licenciatura y el título cum laude de Doctora en Derecho. Ha escrito varias monografías, decenas de artículos, y ha participado en múltiples obras colectivas. Además, ha impartido conferencias y ha participado en Jornadas y Congresos, tanto nacionales como internacionales.

restablecerlos; su única función es reparar; cuando proceda, el daño producido¹. Y para ello se tienen que cumplir, como después explicaré, una serie de requisitos.

Por ello, no habría que restar importancia a esas otras medidas que pueden atajar el daño (mediante la cesación de la intromisión) o evitar que se produzca en un futuro, e incluso repararlo en forma específica (por ejemplo, a través de la rectificación de la información o de la publicación de la sentencia en la que se reconoce la intromisión). De ese modo, la indemnización de daños y perjuicios debería destinarse únicamente a los casos en que no se haya podido atajar y evitar el daño, o este último no haya quedado reparado íntegramente².

II. LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO CONTENIDA EN EL ART. 9.3 LO 1/1982, DE 5 DE MAYO

I. Presupuestos preliminares

El legislador también otorga a la indemnización de daños y perjuicios un trato especial. Así el art. 9.3 LO 1/1982 la regula de forma independiente y pormenorizada. Lo primero que hay que decir es que esta norma fue la primera en nuestro Derecho en reconocer, a nivel legislativo, la indemnización de los daños morales, con independencia de que el hecho dañoso fuera o no constitutivo de delito.

El precepto comienza con una declaración que ha suscitado una gran controversia doctrinal: "La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima".

Se trata de una declaración que también es pionera en nuestro Derecho: nunca una norma había presumido el daño, que es el elemento más importante de la responsabilidad civil porque sin él ésta no puede existir. Es más, tampoco los Tribunales se han atrevido nunca a presumirlo (a diferencia de lo que ha ocurrido con la culpa, o, incluso, en ocasiones, con la relación de causalidad).

Así las cosas, hay que valorar a qué daños resulta aplicable esta presunción (si sólo se presumen los morales, o también los patrimoniales) y su naturaleza (esto es, si se trata de una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*).

¹ Puede verse, en ese sentido: PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al art. 1.902 CC", en *Comentarios al Código civil*, tomo II, Madrid, 1991, p. 1972; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La ley del honor, veinte años después", "La Ley", 2002, p. 1782, y también en: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", *Tratado de daños*, dirigido por REGLERO CAMPOS, Pamplona, 2006, p. 392; MACÍAS CASTILLO, A.: "El precio de la intimidad (reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982)", en *Estudios de Derecho de obligaciones en homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006, p. 193.

² Pueden verse, en este sentido, los autores citados en la nota anterior.

2. Aplicación de la presunción

Dice el art. 9.3 LO 1/1982 que el perjuicio se presumirá siempre que exista intromisión ilegítima. Sin embargo, no especifica si el daño que se presume es sólo el moral o también el patrimonial.

a) Muchos autores entienden que la presunción comprende ambos tipos de daños, pero le otorgan distinta naturaleza según sean patrimoniales o morales. En el caso de estos últimos coinciden en que la presunción es *iuris et de iure*. En cambio, cuando los daños son patrimoniales se admite prueba en contrario porque se presumen *iuris tantum*³. Éste fue el criterio que se esgrimió durante la discusión parlamentaria de la Ley 1/1982.

b) Otra línea de opinión mantiene que la presunción alcanza sólo a los daños morales, mientras que los patrimoniales deben probarse conforme a las reglas de prueba comunes⁴. Creo que ésta es la interpretación más acertada porque es la que permite justificar la existencia de la presunción. El legislador, en mi opinión, se ha apartado de las reglas comunes probatorias por las dificultades que entraña demostrar esos daños consistentes en la angustia, intranquilidad, ansiedad, etc., que difícilmente admiten una valoración económica en términos de mercado.

También la jurisprudencia afirma que sólo los daños morales se presumen, y que los patrimoniales deben ser demostrados. En ese sentido es bien ilustrativa la STS 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 10274), que consideró que varios reportajes publicados en una conocida revista constituían una intromisión ilegítima en la intimidad y en la propia imagen de una famosa modelo española (Judith Mascó). En el primero de dichos reportajes se publicaban unas fotografías de estudio sin el consentimiento de la demandante; y en el segundo, había una suplantación de su imagen por la de otra persona, atribuyéndose a la modelo conductas (en particular, baños en la playa en *top less*) que ella no había realizado. Los demandados, condenados en primera y en segunda instancia, alegaron en casación, entre otros motivos, la vulneración del art. 9.3 LO 1/1982 en cuanto al *quantum indemnizatorio*. En particular, en el tema que ahora nos ocupa, señalaron que la sentencia de la instancia les condenaba a indemnizar unos daños patrimoniales que la demandante no había acreditado. El TS les dio la razón en ese punto y explicó claramente que los daños patrimoniales, para

3 En esta posición, entre otros: GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "El derecho a la propia imagen hoy", en *Libro Homenaje a J. B. Goytisolo*, vol. VI, p. 249; DE COSSIO, M.: *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, 1993, p. 70; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, 1996, p. 171.

4 Entre otros: MARTÍN CASALS, M. y SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario a la STS de 18 de abril de 1989", en *CCJ.C.*, 1989, 539, pp. 757 y 758; MARTÍN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, 1990, p. 1264; GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Madrid, 1990, p. 270; CARRASCO PERERA, A.: "Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993", en *CCJ.C.*, 1993, 894; AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997, p. 219; BELLÓN MOLINA, F.A.: "La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral", en *AC*, 1998, 2, pp. 397 y 399; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La ley del honor", cit., p. 1783; y en "Daños a los derechos", cit., p. 1393.

su indemnización, han de ser probados: "no basta con las alegaciones de carácter general que realiza la actora sobre el desprestigio que la publicación de las fotografías supone para su profesión de modelo". El hecho de que la actora no realizara un pormenorizado detalle de los contratos truncados por los reportajes, así como el no haber cifrado siquiera los perjuicios materiales en razón del volumen de negocios pasados y del que previsiblemente hubiera tenido, de no mediar la publicación, era indicativo, explica el TS, de que no se había probado perjuicio material alguno. De ese modo, en contra de las sentencias de la instancia, el TS desestimó la indemnización en cuanto a ese tipo de daños, y condenó sólo al resarcimiento de los daños morales.

3. Carácter de la presunción

A) Planteamiento: posiciones doctrinales

En cuanto al carácter de la presunción, la doctrina ha discutido si se trata de una presunción que admite prueba en contrario (esto es, *iuris tantum*) o, si por el contrario, es una presunción que no puede destruirse por ser *iuris et de iure*.

a) Muchos autores, como acabo de explicar, relacionan esta cuestión con la naturaleza de los daños, y entienden que para los patrimoniales cabría destruir la presunción mediante prueba en contrario, mientras que en el caso de los daños morales aquélla operaría *iuris et de iure*⁵.

b) En cambio, quienes acogen la tesis, que yo comparto, de que sólo los daños morales se presumen en el art. 9.3 L.O. 1/1982 suelen mantener opiniones diversas acerca del carácter de la presunción: para algunos autores, acreditada la existencia de intromisión ilegítima, habrá siempre daño moral, sin que quepa prueba en contrario con lo que se trataría de uno de los denominados *damnum in re ipsa*⁶; mientras para otros juega *iuris tantum*⁷ y ello porque, entre otros argumentos, el art. 385.3 LEC 1/2000 dispone, al igual que el derogado art. 1251 CC, que "las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba", y como el art. 9.3 LO 1/1982 no prohíbe nada, se deduce que cabe destruir la presunción.

5 También hay quienes únicamente se pronuncian acerca del carácter de la presunción, sin distinguir si alcanza sólo a los daños morales o también a los patrimoniales. En ese sentido, entre otros, le atribuyen el carácter de *iuris et de iure*: VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, 1984, p. 146; CARRERAS SERRA, L.: *Régimen jurídico de la información*, Madrid, 1996, p. 119; PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996. En cambio, defiende que la presunción juega *iuris tantum* en cualquier tipo de daños: LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de la persona*, Madrid, 1986, p. 190.

6 En esta posición: BELLÓN MOLINA, F.A.: "La condena a indemnizar", cit., pp. 397 y 399; MARTÍN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización", cit., p. 1264.

7 Así lo defienden: GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 270; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos", cit., p. 1393; CAVANILLAS MÚGICA, S. Y GRIMALT SERVERA, P.: "Honor, intimidad y propia imagen", en www.iustel.com; MACÍAS CASTILLO, A.: "El precio de la intimidad", cit., p. 202.

En cuanto a la jurisprudencia hay que destacar que muy pocas sentencias se han pronunciado expresamente acerca del carácter de la presunción. Las que lo han hecho, como la STS 7 marzo 2003 (RJ 2003, 2900), seguida por las SSTS 7 marzo 2006 (RJ 2006, 5695) y 9 marzo 2006 (RJ 2006, 5413), afirman que opera *iuris et de iure* y que “supone una aplicación de la regla *in re ipsa loquitur*”.

En mi opinión, esta cuestión está íntimamente relacionada con otra que hay que resolver de forma previa: ¿pueden existir en la práctica, aún en supuestos muy excepcionales, intromisiones ilegítimas que no causen daños morales? La respuesta a este interrogante condiciona, según creo, el carácter de la presunción:

a) Si se contesta de manera afirmativa, entiendo que el carácter de la presunción sólo puede operar *iuris tantum*. Es decir, si en la realidad práctica hay algún caso –aunque sea de forma excepcional– en que, a pesar de la intromisión ilegítima, no se causa daño alguno, el demandado debería tener la posibilidad de probar ese extremo. Y ello porque una cosa es proteger a la víctima (como marca la tendencia actual de nuestro Derecho de daños) y presumir un daño, como el moral, que por su naturaleza resulta de difícil prueba, y otra muy distinta es que cuando dicho daño no exista, se afirme igualmente la responsabilidad civil del demandado. Es más, entiendo que defender lo contrario (esto es, el carácter *iuris et de iure* de la presunción) atentaría contra uno de los principios básicos de nuestro Derecho de daños (cuya finalidad es estrictamente compensatoria): ninguna responsabilidad civil sin daño. En otras palabras: si el demandado no pudiera aportar prueba alguna en contra de la presunción, al final éste respondería civilmente de un hecho “ilegítimo” (la intromisión), pero no dañoso. Lo cual convertiría a la indemnización en una sanción civil, a mi juicio, inadmisibles en nuestro Derecho.

b) En cambio, si se llega al convencimiento de que toda intromisión ilegítima siempre lleva consigo un daño moral, ya no habrá peligro en llegar a declarar una responsabilidad sin daño porque esa posibilidad no se daría nunca en la práctica. Así las cosas, podría afirmarse que la presunción operaría *iuris et de iure* y que la controversia entre demandante y demandado recaería sobre la cuantía del perjuicio, y no sobre su existencia.

De ese modo, habrá que cuestionar si, efectivamente, en la práctica puede haber algún caso en que haya una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen que no causen ningún daño al ciudadano.

En mi opinión, a pesar de que la regla general es que la intromisión ilegítima en el honor, en la intimidad y en la propia imagen lleve implícita la producción de un daño moral, puede excepcionalmente ocurrir que no haya daño alguno que indemnizar. Y ello, según creo, puede darse por dos razones diversas: a) La primera que el perjuicio irrogado se repare de forma específica, y no mediante la indemnización de daños

y perjuicios; b) La segunda, menos frecuente en la práctica, que en realidad no haya llegado a infligirse daño alguno.

Al análisis de esta cuestión se destinan los epígrafes siguientes.

B) Intromisiones ilegítimas que causan daños reparables íntegramente en forma específica

Esta hipótesis puede darse porque, ante una intromisión ilegítima, el sujeto dispone, como hemos dicho al principio, de otras medidas distintas a la indemnizatoria, y alguna de ellas podría llegar a reparar la totalidad del daño, sin que por ende quede ya nada por indemnizar. Así sucede cuando el daño queda reparado, por ejemplo, con la publicación total o parcial de la sentencia o con el ejercicio del derecho de réplica o con la rectificación.

En realidad, la indemnización de daños y perjuicios sólo debería acogerse cuando, solicitado el resarcimiento en forma específica, éste sea insuficiente y no alcance a reparar la totalidad del daño. En cambio, cuando el juez entienda que el daño ya queda reparado íntegramente con esas medidas, la sentencia debería ser exoneratoria en cuanto a la indemnización.

Lamentablemente, como ya dije al principio, nuestra jurisprudencia parece infravalorar la eficacia reparadora de esas otras formas de resarcimiento contempladas en el art. 9.2 LO 1/1982 y, casi por inercia, suele condenar a indemnizar.

No obstante, hay alguna excepción digna de destacar: se trata de la STS 5 mayo 1988 (RJ 1988, 3881), que apreció la existencia de intromisión ilegítima, pero no concedió indemnización alguna al demandante. El Juzgado de Primera instancia, la Audiencia Provincial y el TS se limitaron a condenar a los demandados a abstenerse en un futuro de realizar manifestación alguna en contra del demandante, así como a divulgar la sentencia mediante su publicación en algunos periódicos de alcance local, regional y nacional, y a través de su difusión en varias emisoras de radio.

En el caso resuelto por la decisión, los demandados (alcalde y concejales de cierta localidad) habían lesionado el honor del demandante (concejal de otro grupo político) al atribuirle, en la prensa escrita y en la radio, ciertas conductas indicativas de su falta de lealtad y de la anteposición de sus intereses personales a los propios de sus cargos públicos. En la instancia se probó la falta de veracidad de esas manifestaciones, y la clara intención de los demandados de atentar contra la credibilidad del demandante, como persona y como cargo público.

La sentencia, en mi opinión, es loable porque en ningún momento negó la existencia de intromisión ilegítima y, sin embargo, no consideró procedente

condenar a indemnizar los daños y perjuicios. El daño moral, que en el caso sufrió el demandante, se reparó de forma específica mediante la difusión de la resolución judicial estimatoria de la demanda. Y esa medida permitió el restablecimiento al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como la reparación íntegra del daño. Por otro lado, como también permite el art. 9.2 LO 1/1982, la decisión, para evitar intromisiones futuras, condenó además a los demandados a abstenerse a realizar otras manifestaciones de ese tipo contra el demandante.

C) Intromisiones ilegítimas que no causan daños

Esta hipótesis despierta mayor dificultad porque, por la naturaleza de los derechos vulnerados, la regla general será que las intromisiones ilegítimas en el honor, en la intimidad y en la propia imagen lleven implícito un daño moral.

Sin embargo, aunque a primera vista parece difícil imaginar algún caso en que una intromisión ilegítima no cause un daño moral en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cabe encontrar algunas excepciones en los siguientes grupos de supuestos:

1) El primero nos lo aporta nuestra jurisprudencia constitucional, que en algún supuesto ha reconocido la existencia de intromisión ilegítima, pero sin daño alguno que reparar.

Se trata del caso resuelto por la STC 202/1999, de 8 de noviembre. La base fáctica de la decisión fue la siguiente: Una entidad crediticia disponía de un fichero automatizado denominado "absentismo con baja médica", en el que no sólo constaban las bajas y fechas de alta, sino también los diagnósticos de las enfermedades padecidas por los empleados. Uno de ellos demandó a dicha entidad porque entendió que la existencia de ese fichero vulneraba su derecho a la intimidad. El Juzgado de lo Social y el TSJ de Cataluña, ante el que se interpuso recurso de suplicación, desestimaron la pretensión. Sin embargo, solicitado el amparo, el TC entendió que el hecho de que en la mencionada base de datos constase, sin el consentimiento de los trabajadores, el diagnóstico de las enfermedades por ellos padecidas, vulneraba su derecho a la intimidad.

A lo que aquí interesa, el TC declaró la existencia de una intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador y, para restablecerlo en su derecho, ordenó "la inmediata supresión de las referencias existentes a los diagnósticos médicos en la citada base de datos". Sin embargo, la sentencia no reconoció los daños morales y materiales alegados por el recurrente (a saber: "estados de nerviosismo y pesadumbre originados por el conflicto y por el tiempo de actividad dedicado a su resolución"), El TC entendió que el derecho a la intimidad ya queda preservado y restablecido con la supresión de la base de datos, y que ningún daño moral había que indemnizar.

Hay que tener en cuenta que en el caso no se habían divulgado datos relativos a la salud del trabajador. La intromisión ilegítima en la intimidad se produjo por la mera existencia de esa base de datos en las que se contenían, innecesariamente, referencias a las enfermedades de los empleados. Por ello, con muy buen criterio, el TC reconoció la vulneración del derecho y, como mecanismo para su restablecimiento, ordenó el cese en esa práctica ilegítima; pero, como no había daño alguno que reparar, no acogió ninguna medida resarcitoria.

Ejemplo parecido lo encontramos en los casos de inclusión indebida en un fichero de morosos. La jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto; por ejemplo, las SSTs 5 julio 2004 (RJ 2004, 4941), 24 abril 2009 (RJ 2009, 31 66) y 9 abril 2012 (RJ 2012, 4638) señalan que constituye un ataque al honor del demandante la inclusión indebida en un registro de morosos, puesto que implica un descrédito y desmerecimiento en la consideración ajena. El TS entiende que es intrascendente el hecho de que haya sido o no consultado por terceras personas: la intromisión ilegítima se da sólo por la mera posibilidad de su conocimiento público. Este dato es, sin embargo, relevante a la hora de ponderar el daño patrimonial (por ejemplo, la denegación de un préstamo hipotecario o de un préstamo personal). Así, en el caso resuelto por la citada STS 9 abril 2012 se indemnizó a la demandante con la concesión de 12.000 euros, teniendo en cuenta el tiempo de permanencia en el fichero (dos años y medio) y las veces que terceras personas habían consultado ese fichero (según el histórico, ocurrió en tres ocasiones).

2) Otro ejemplo de “intromisión ilegítima”, que no necesariamente causará un daño moral, lo constituye, en mi opinión, el supuesto del apartado 1 del art. 7 LO 1/1982, que dice que constituye una intromisión ilegítima: “El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”. La simple colocación del aparato, aunque no se haga uso del mismo, permite calificar al supuesto de intromisión ilegítima, sin que sea precisa su utilización.

Ahora bien, aun cuando exista intromisión ilegítima, en mi opinión, si no se han utilizado, el demandado podría probar que no se ha producido daño moral alguno⁸. Así sucedería, por ejemplo, si ese emplazamiento sin utilización se realizara en los aseos de una cafetería. Si aquí también se afirma la existencia de de daño, se daría el inconveniente de que difícilmente podríamos verificar quién es la víctima, y, por ende, quién tiene legitimación para demandar la indemnización de daños y perjuicios⁹.

8 Parecidamente, YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos”, cit., p. 1336, quien cita la STC 98/2000, de 10 de abril, de la que puede deducirse que no es necesaria la grabación mediante micrófonos para que pueda considerarse la existencia de intromisión ilegítima.

9 El ejemplo es de CAVANILLAS MÚGICA, S. Y GRIMALT SERVERA, P.: “Honor, intimidad y propia imagen”; sin embargo, estos autores lo ponen para cuestionar la propia existencia de intromisión ilegítima. Según entienden, esta última se confunde, en el art. 7 LO 1/1982, con los medios a través de los que se puede producir “ya que se equipara equivocadamente lesión a los bienes jurídicos protegidos/medios de intromisión”. Por ello, en casos como el

En estos casos de emplazamiento de dispositivos ópticos, de escucha, etc., que no sean utilizados, cabrán lógicamente el resto de medidas que no tengan carácter resarcitorio (ni específico, ni genérico), como las cautelares, las de cesación y las de abstención, que pongan fin a la intromisión y que eviten o impidan intromisiones ulteriores. Es decir, en el ejemplo anterior, entiendo que cualquier cliente está legitimado pasivamente para pedir, por ejemplo, el cese de la intromisión consistente sólo en el emplazamiento de los aparatos. Sin embargo, sólo quienes resulten filmados estarían legitimados para entablar una acción indemnizatoria.

3) Por último, también como ejemplos de intromisiones ilegítimas que no causan daños, podrían traerse a colación muchos de los casos en los que se ha condenado a indemnizar una cantidad simbólica. Por ejemplo, alguna sentencia, como la STS 23 febrero 1989 (RJ 1989, 1250), que condenó a indemnizar en una peseta por la lesión al derecho al honor de un ginecólogo, que era partidario del aborto, y del que habían hablado otros compañeros suyos de modo ofensivo.

Claro, la duda es, si en casos como éste, hay realmente daño moral. Creo que la respuesta es negativa porque una indemnización simbólica, como ya ha señalado algún autor¹⁰, no es propiamente una indemnización, y en consecuencia si no hay indemnización es porque no hay daño en sentido jurídico, del que se deba responder; aunque ello no impide que puedan adoptarse otras medidas en tutela de su derecho, como, por ejemplo, una acción de abstención, para prevenir o evitar intromisiones ulteriores.

La indemnización simbólica, por tanto nada repara. Su razón de ser parece más bien la del reconocimiento de que ha habido una agresión del derecho, y, sin embargo, esta función no es propia de la responsabilidad civil.

Por ello, no es de extrañar que las "indemnizaciones simbólicas" hayan sido rechazadas y criticadas por la jurisprudencia mayoritaria¹¹, a pesar de que hay algunas sentencias que las han concedido y resultan dignas de análisis.

En ese sentido, ilustrativa es la controversia judicial originada en el caso de Isabel Preysler, cuando su niñera divulgó, en una conocida publicación, algunos datos referentes a su físico, alimentación, vestuario, costumbres familiares, etc. La STS 31 diciembre 1996 (RJ 1996, 9226) entendió que, dada la escasa entidad de los "chismes", no se había producido una intromisión en la intimidad de la demandante

del ejemplo, interpretan que en realidad sólo se produciría intromisión ilegítima en relación con el sujeto que fuera filmado.

10 MARTÍN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización", cit., pp. 1264 y 1265. Le sigue: YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos", cit., p. 1396.

11 Por todas, puede verse la STS 18 noviembre 2002 (RJ 2002, 10261).

y casó la sentencia de la Audiencia que le había concedido una indemnización de 10 millones de ptas., absolviendo, pues, a la niñera.

La decisión del TS fue anulada por la STC 115/2000, de 5 mayo, que declaró la existencia de intromisión ilegítima y propició que aquél tuviera que volver a pronunciarse sobre el asunto en la STS 20 julio 2000 (RJ 2000, 6184), que concedió una indemnización por daño moral de 25.000 ptas. La cantidad le pareció irrisoria a la demandante, que volvió a recurrir en amparo y a obtener una decisión favorable (STC 186/2001, de 17 septiembre). El TC, en esta ocasión, apreció que el TS, al valorar de esa manera el *quantum* indemnizatorio, se apartó de los criterios indicados por la STC 5 mayo 2000. No obstante, lo llamativo fue que en esta ocasión el TC no se limitó a anular la sentencia del Supremo, sino que fijó la indemnización del daño moral, remitiéndose a la que, en su día, acordó la Audiencia (esto es: 10 millones de ptas.). No es éste el momento de valorar la competencia del TC para dictar este tipo de pronunciamientos; lo único que me interesa es destacar lo que suelen esconder las indemnizaciones simbólicas. En el caso, el TS estaba convencido de que no existía intromisión ilegítima, ni daño moral alguno; sin embargo, tras la STC 5 mayo 2000, estaba obligado a afirmar lo contrario, con lo que optó por recurrir al expediente de la condena irrisoria (con el que tácitamente volvía a declarar la inexistencia de lesión jurídicamente relevante).

Exactamente lo mismo ha sucedido en otra controversia más reciente: una revista publicó las fotos de un conocido financiero, tumbado en una playa junto a una mujer; y el TS, en contra de la Audiencia que había concedido 20 millones de ptas. en concepto de indemnización, entendió que no se había producido intromisión ilegítima en su derechos a la intimidad y a la propia imagen¹². Solicitado el amparo, el TC¹³ lo otorgó y anuló la sentencia del TS, que tuvo que volver a pronunciarse sobre el asunto, concediendo, en esta ocasión, la cantidad de 200 euros por los “escasos” perjuicios sufridos por el demandante¹⁴. Éste volvió a recurrir en amparo contra esa decisión, y el TC, de nuevo, declaró la nulidad de la última sentencia del TS y volvió a declarar la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto a la indemnización¹⁵.

En esta última ocasión, hubo un interesante voto particular a la STC, que defiende la posibilidad de que existan intromisiones ilegítimas que no causan daños. Según el magistrado que lo formuló, en el caso concreto, sí existió una intromisión ilegítima, pero no hubo daño indemnizable. Además, el voto particular recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que también ha rechazado que las

12 STS 17 diciembre 1997 (RJ 1997, 9100).

13 STC 83/2000, de 22 abril 2002.

14 STS 14 noviembre 2002 (RJ 2002, 9816).

15 STC 23 de octubre 2006 (La Ley JURIS 2006, 1947).

vulneraciones al art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) lleven necesariamente aparejada una indemnización económica.

Del análisis de las sentencias anteriores creo que puede concluirse que las indemnizaciones simbólicas, en la práctica, se conceden en dos casos: 1) Cuando resulta dudoso que haya existido una verdadera intromisión ilegítima, y, por ende, daño; 2) Cuando, a pesar de la intromisión ilegítima, no hay daño que indemnizar (como ocurrió en el caso del ginecólogo), aunque esto último sucede con menos frecuencia. En esta segunda hipótesis, el hecho de que no haya perjuicio, ni, por ende, responsabilidad civil, no significa que, ante la agresión, no puedan prosperar otras acciones, como la de cesación o de abstención, que no tienen carácter resarcitorio. Para estas medidas, aunque los jueces parecen olvidarlo, no hace falta que exista daño, ni ningún otro requisito de la responsabilidad civil.

Podría pensarse, sin embargo, que negar la indemnización, en casos en que se reconoce que se ha producido una intromisión ilegítima, protege a quienes la llevan a cabo en perjuicio de quienes la sufren. Sin embargo, la función de la responsabilidad civil es siempre compensatoria y no punitiva. Además de que existen otras medidas para frenar la intromisión y evitar que se propague en un futuro.

Lo que me parece inaceptable es que los jueces tengan que conceder “a toda costa” una indemnización de daños y perjuicios, siempre que aprecien la existencia de una intromisión ilegítima.

Del análisis de todos estos supuestos creo que es posible concluir que puede haber intromisiones ilegítimas sin que haya daño alguno que indemnizar, bien porque se repara íntegramente de forma específica (a través, por ejemplo, de la difusión de la sentencia o del ejercicio del derecho de réplica o la rectificación), bien porque, a pesar de la intromisión, el daño no llega a producirse.

La existencia de esos supuestos justifica, a mi modo de ver, que la presunción del art. 9.3 LO 1/1982 tenga un carácter *iuris tantum*, y que, por tanto, en todos ellos, el demandado pueda destruir la presunción acreditando que no hay daño alguno que indemnizar. Hay que tener en cuenta que si no pudiera destruirse la presunción, el sujeto acabaría respondiendo civilmente de un daño inexistente (lo cual resulta inconcebible, cuando de la responsabilidad civil se trata).

III. CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO

Dice art. 9.3 LO 1/1982 que el daño moral “se valorará atendiendo las circunstancias del caso y 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”.

La reciente reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP ha eliminado, de entre los criterios de valoración del daño, el que tenía en cuenta “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”, que ya no juega por tanto como tal, sino como finalidad que cabe perseguir con la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas (art. 9.2 LO 1/1982).

Es de alabar que el legislador, con la reforma, haya acogido las voces doctrinales que criticaron duramente la inclusión de ese parámetro como relevante a la hora de cuantificar el daño. Con razón se dijo que este último nada tiene que ver con la función compensatoria de la responsabilidad civil y que parecía, más bien, un intento de incursión de los daños punitivos¹⁶. La posibilidad de que a través de este criterio se concedieran indemnizaciones con fines punitivos creo que debía rechazarse porque, en nuestro Derecho de daños, la institución de la responsabilidad civil no pretende castigar un determinado comportamiento, ni reprochar una conducta, sino que busca algo distinto: la reparación del daño; y, para dicha reparación será indiferente el beneficio que haya podido obtener el infractor. También se explicó el criterio con base en la idea de la prohibición del enriquecimiento injusto, sin embargo, esta institución también es distinta a la de la responsabilidad civil¹⁷.

Los Tribunales, en las pocas ocasiones en que utilizaron el criterio del “beneficio obtenido por el infractor” para fijar la indemnización, también reconocieron los problemas que planteaba. En ese sentido es bien ilustrativa la STS 7 diciembre 1995 (RJ 1995, 9268), pronunciada en un asunto en el que los padres adoptivos de dos menores, en su representación, entablaron una demanda contra una famosa revista por la publicación de un reportaje en el que se entrevistaba a la madre biológica de aquéllos y se daba cuenta, entre otras cosas, de cómo y cuándo había ejercido la prostitución. El TS entendió que se había producido una intromisión ilegítima en la intimidad de los menores y que el daño moral debía valorarse atendiendo a la gran difusión de la noticia (por tener la revista una amplia divulgación en el ámbito nacional) y también conforme al beneficio obtenido por el infractor: Con este último criterio, según la sentencia, se puede impedir que la revista que incurrió en la intromisión ilegítima, obtenga, aún después del abono de la indemnización, un beneficio económico, y por tanto se puede evitar un enriquecimiento injusto por parte del infractor (además de alentarle de realizar futuras intromisiones).

16 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos”, cit., p. 1395.

17 En ese sentido: MARTÍN CASALS, M. Y SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario a la STS de 18 de abril de 1989”, cit., p. 761.

Por todo ello, parece loable que el legislador haya cambiado la naturaleza del criterio: insisto, ya no es un parámetro para valorar el daño sufrido, porque nada tiene que ver con éste, sino que es una de las finalidades que persigue la tutela judicial ante una intromisión ilegítima. O dicho en otras palabras: puede conseguirse que resulte económicamente más gravoso difamar que dejar de hacerlo.

En cuanto al resto de los parámetros a los que hace referencia el art. 9.3 LO 1/1982, no es éste el momento de analizarlos en profundidad; me limitaré, pues, a realizar algunas observaciones generales:

1) En lo atinente a las “circunstancias del caso”, la jurisprudencia siempre ha tenido en cuenta las de carácter subjetivo, referidas a la víctima del daño, tales como su edad y reputación social mejor o peor (dada la propia imposición que realiza el art. 2.1 LO 1/1982). En cambio, en la actualidad, se entiende que atentaría contra el art. 14 CE tener en cuenta el sexo del perjudicado.

Además, se plantea el problema de la inclusión, dentro de las “circunstancias del caso”, de algunos criterios que no aparecen expresamente mencionados en el art. 9.3 LO 1/1982, como ocurre, por ejemplo, con la situación económica del perjudicado. Si de daños morales se trata, difícilmente esa situación podrá ser tenida en cuenta para fijar la indemnización porque la misma lesión a la intimidad o al honor se le puede causar a un personaje rico que a otro pobre. Sin embargo, en alguna ocasión ese criterio ha sido tenido en cuenta por el TS para disminuir la indemnización. Así ha sucedido en la, ya comentada, STS 14 noviembre 2002, que se pronunció sobre la agresión ilegítima en la intimidad y en la propia imagen de un financiero, al aparecer publicadas unas fotografías suyas tumbado en la playa junto a una mujer. El TS atendió a la “capacidad económica alta” del perjudicado, a la escasa trascendencia de las fotos, a su obtención en un lugar público por persona amiga, y a su difusión por persona desconocida, para reducir el monto indemnizatorio fijado por la Audiencia (de 20.000.000 ptas. a 200 euros). Sin embargo, solicitado el amparo, el TC entendió que esos criterios carecían de sustento en los establecidos en el art. 9.3 LO 1/1982, y anuló la decisión del TS.

2) En cuanto a “la gravedad de la lesión efectivamente producida” confirma el carácter meramente compensatorio de la indemnización por daño moral. El legislador no se refiere a la gravedad de la conducta, sino sólo a la lesión que aquélla reporta a al víctima. Y es que, a los efectos de la responsabilidad civil, será irrelevante que dicha conducta sea más o menos grave, más o menos reprochable; lo determinante será el perjuicio sufrido. No obstante, cuando de daños morales se trata, no puede negarse que la indemnización podría ser mayor en los casos de dolo o culpa grave, y menor en los de culpa leve o levísima, porque, como dice PANTALEÓN, según se dé

uno u otro caso, será mayor o menor el daño moral mismo, la repercusión psíquica que el hecho dañoso tenga sobre el perjudicado¹⁸.

Para determinar la gravedad de la lesión, dice el art. 9.3 LO 1/1982, se puede tener cuenta "la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido". La referencia a este criterio parece pensada para los supuestos que más se presentan en la práctica: intromisiones ilegítimas producidas mediante los medios de comunicación. Así, para valorar la audiencia o difusión, los Tribunales tienen en cuenta el número de ejemplares vendidos, encuestas de audición, etc. Sin embargo, también puede ocurrir que la intromisión no se produzca mediante un medio de comunicación social, sino a través de un escrito privado o circular:

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido considerando que el ámbito geográfico del medio, al ser indicativo de la difusión o audiencia, está íntimamente relacionado con la gravedad de la lesión¹⁹. Sin embargo, como ya han matizado algunos autores²⁰ y algunas sentencias²¹, no siempre ocurrirá así: en algunos casos, a pesar de que dicho ámbito geográfico sea reducido, la lesión puede ser muy grave cuando se lleve a cabo en algún medio local o regional de gran difusión en el lugar en que el difamado vive o desarrolla su actividad social o profesional.

El criterio de la difusión o audiencia, en los últimos tiempos, presenta un problema añadido que debe ser tenido en cuenta: las agresiones ilegítimas producidas mediante la moderna sociedad de la información, y, especialmente, a través de Internet. En esos casos, puede conseguirse, por ejemplo, que una imagen o un sonido alcancen una difusión casi infinita. Lo peor es que, además, difícilmente funcionará la tutela inhibitoria o negatoria, ya que resulta imposible controlar el reenvío privado entre particulares.

Como síntesis de la aplicación de los criterios del art. 9.3 LO 1982 para la fijación del daño, puede traerse a colación la reciente STS 24 julio 2012 (RJ 2012, 8371), que ha concedido una cuantiosa indemnización (310.000 euros) a la actriz Elsa Pataky, en un caso que tuvo, en su día, gran repercusión mediática. Los hechos fueron los siguientes: La actriz estaba en una playa apartada, evitando las miradas ajenas, para realizar un reportaje fotográfico para otra revista, para la que iba a posar sin llevar la parte de arriba del bikini, pero sólo de espaldas. Otro medio de comunicación

18 PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al art. 1.902", cit., p. 1971.

19 Por todas, puede verse la STS 27 octubre 1989 (RJ 1989, 6966) que tuvo en cuenta "la no muy amplia difusión y audiencia del medio de publicidad demandado, el diario "La Región" de principal circulación en Orense únicamente".

20 MARTÍN CASALS, M. Y SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario a la STS de 18 de abril de 1989", cit., p. 761; MARTÍN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización", cit., pp 1271 y 1272; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos", cit., p. 1396.

21 En ese sentido, puede verse la STS 21 febrero 2000 (RJ 2000, 751), que tiene en cuenta el hecho de que el periódico fuera de ámbito regional.

captó imágenes de la actriz mientras llevaba a cabo la susodicha sesión fotográfica, y consiguieron incluso imágenes en las que aparecía desnuda de cintura para arriba, dándoles publicación en la revista *Interviú* y *Cuore*. Los Tribunales dieron la razón a la actriz y entendieron que se produjo una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la propia imagen porque ella no consintió ese tipo de fotografías (aun cuando tenía pactada la "exclusiva" de otras fotos con otra revista). A lo que aquí interesa, el TS considera que la valoración del daño realizado por el Juzgado de primera instancia es razonada y correcta, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto, por lo que confirma la sentencia dictada en la primera instancia en orden a la valoración y reparación del daño.

Así las cosas, para la valoración del daño moral se tuvieron en cuenta los siguientes criterios: de un lado, la entidad o gravedad del daño moral y la difusión que tuvieron los reportajes por las revistas demandadas. En cuanto a lo primero (gravedad del daño) considera el TS que la consiguiente angustia, desazón y graves sufrimiento moral que padeció la actriz al aparecer desnuda, máxime —y a este punto se le dio mucha importancia— cuando nunca antes había hecho posados de ese tipo, ni tampoco escenas cinematográficas (salvo una en una película, en la que aparece de espaldas). En relación con lo segundo (difusión de los reportajes), los Tribunales consideraron que tuvieron una notable repercusión mediática, porque se habló de ellos durante mucho tiempo en distintos programas radiofónicos y televisivos. Además, también se tuvo en cuenta los beneficios netos que obtuvo la revista con la publicación de las fotografías, por cuanto aumentó considerablemente el número de ejemplares vendidos. Este último criterio, no obstante, como ya se ha dicho, es altamente criticable porque no obedece a la reparación del daño. Además, conforme al art. 9.2 LO 1/1982, y para evitar la propagación del daño y futuras intromisiones ilegítimas, se condenó a las demandadas a entregar a la demandante para su destrucción todas las fotografías captadas, así como se les prohibió divulgarlas o utilizarlas en un futuro. Por otro lado, como medio de reparación específica, se ordenó a las demandadas publicar la sentencia en los diarios, revistas y páginas digitales elegidas por la demandante.

Por último, hay que tener en cuenta que la fijación del *quantum indemnizatorio* corresponde a los Tribunales de instancia, sin que pueda, en principio, revisarse en casación. Sin embargo, ya se ha consolidado en la jurisprudencia la regla según la cual el TS puede llegar a modificar la indemnización fijada en la instancia cuando considere que en su ponderación no han sido tenidos en cuenta los criterios legales especificados en el art. 9.3 LO 1/1982 o lo hayan sido de manera arbitraria, inadecuada o irracional. Por poner un ejemplo de esa práctica jurisprudencial cabe mencionar, entre otras muchas, la STS 28 abril 2003 que entendió que por las circunstancias del caso (abogado al que una publicación incluyó en el sumario de

una trama de tráfico de drogas) y por la gran difusión de la noticia, el importe de la indemnización debía cambiarse de 25.000 ptas. a 6.000 euros.

Se evita así que, al ser la fijación del *quantum* una cuestión confiada a los Tribunales de instancia, se consoliden decisiones arbitrarias, ya que en casación podrían corregirse las desviaciones notables que se observen respecto de los criterios de valoración.

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO, LA LIBERTAD DE
INFORMACIÓN
Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

*THE PRINCIPLE OF PUBLIC PROCESS, THE FREEDOM OF INFORMATION
AND THE RIGHT TO OWN IMAGE*

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 234-251



Juan A.
TAMAYO
CARMONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 25 de septiembre de 2012

RESUMEN: El objeto del presente estudio tiene como finalidad el análisis de la situación jurídica de la persona que se vea implicada en un proceso judicial (concretamente penal) con relación a su derecho a la propia imagen. El principio de publicidad de las actuaciones judiciales, y la intervención de los medios de comunicación supondrá que el curso del procedimiento que concluirá con el juicio oral adquiera unas dimensiones públicas que de forma directa afectarán a las personas intervinientes en general, y al finalmente acusado, en particular. Cuál es el posicionamiento legal en consideración al principio de publicidad, y cuáles son sus limitaciones, junto al ejercicio de la libertad de información serán los temas a analizar en el trabajo, que se confrontarán con el posicionamiento jurisprudencial respecto al derecho a la propia imagen de aquél.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen; publicidad del proceso; libertad de información; conflicto de intereses.

ABSTRACT: This paper aims at analyze the position of the right to self-image (privacy) of the defendant engaged in criminal proceedings. As an important determinant variables, is the principle of public prosecutions, and freedom of information, dimensioned by audiovisual media, frequently collide with the interest or rights of the accused, and in particular his right to self-image (privacy) in order to the possibility of being recognized and related to criminal acts. The focus will be on how concrete in practice the principle of public justice, and his confrontation with freedom of information and the right to privacy

KEY WORDS: Right to self-image (privacy); principle of public justice; freedom mof information; conflict of interest.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El principio de publicidad del proceso I. Publicidad interna – publicidad externa.- 2. Fases del procedimiento y principio de publicidad.- 3. Regulación del principio de publicidad.- A) Regulación orgánica.- B) Regulación procedimental: regla general y límites.- III. Medios de comunicación, libertad de información y proceso.- 1. Restricciones y límites al principio de publicidad.- A) Intereses confrontados: libertad informativa y derechos fundamentales del acusado.- a) Libertad informativa.- b) Restricciones y límites del principio de publicidad: tipos y medidas.- B) Derecho a la propia imagen del acusado.- 2. Juicio penal, interés público y derecho a la propia imagen.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito judicial en general, y penal en particular, el principio de publicidad del proceso se ha erigido en uno de los pilares del sistema democrático, permitiendo un proceso público con todas las garantías tanto en consideración a la ciudadanía, como a las partes implicadas en el mismo. Una doble dimensión pues; interna a los efectos de los intervinientes en el procedimiento en toda su complejidad, como externa, en consideración a la comunidad y su posibilidad de conocer las actuaciones judiciales tanto previas como coetáneas al proceso. A este efecto, la libertad de información jugará un papel determinante y necesario para tal proyección más allá del círculo de personas vinculadas a la tramitación del procedimiento, y principalmente, las que en su caso puedan encontrarse en la Sala de vistas en la fase del juicio oral.

La sanción constitucional del principio de publicidad del proceso (art. 120.I CE) se encuentra directamente vinculada al derecho de la tutela judicial efectiva (art. 24. 2 CE) y a él afecta de forma determinante, si bien concurren determinados derechos igualmente fundamentales como el derecho al honor, intimidad y propia imagen (art. 18.I CE) de los sujetos de la actuación judicial que pueden encontrarse en franca contradicción con aquéllos. Las leyes procesales contemplan la posibilidad de que las vistas se celebren a *puerta cerrada* cuando concurren ciertas condiciones, supuestos coincidentes en paliar o evitar perjuicio sea para el buen desarrollo del proceso, sea para salvaguardar la indemnidad de cualquiera de los intervinientes. Ante esto, cabe preguntarse cuál será la situación jurídica del imputado y en su caso, acusado con relación a los derechos últimamente citados, en particular, con su derecho a la propia imagen, ante la difusión informativa realizada por los medios de comunicación.

• **Juan A. Tamayo Carmona** es Profesor Titular de la Universitat de València desde el año 2002, y es autor de numerosas monografías y artículos de revista, principalmente centradas en el ámbito del Derecho patrimonial. Igualmente ha realizado estancias en el Institute of Advanced Legal Studies (IALS) de la Universidad de Londres, y Jurisdicthe Bibliotheke de la Universidad de Berna, e impartido cursos y ponencias en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia) y Universidad de Varmia-Masuria (Olsztyn, Polonia). En la actualidad, está centrado en el ámbito del Derecho del Consumo, en el ámbito comunitario.

A tal fin, se expondrá el régimen del principio de publicidad tanto a nivel estatal como internacional, junto a las normas procesales que lo desarrollan, para entrar a continuación en la eventual tutela judicial del acusado y las posibilidades de hacer valer sus derechos frente a la proyección pública de su imagen¹.

II. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO

Es innegable la estrecha vinculación del derecho de informar con el principio de publicidad procesal, y cuya actuación a través de los medios de comunicación es uno de los elementos más decisivos para su más completo desarrollo, otorgando una dimensión pública que trasciende de los aspectos tanto espaciales, como temporales de la información en cuestión. Pero tal consideración debe ser matizada, en cuanto ni todo el íter procesal estará regido por el principio de publicidad (al menos en toda su extensión), ni el derecho a la libertad de información será absoluto.

1. Publicidad interna – publicidad externa

En el ámbito procesal, se pueden distinguir dos ámbitos de actuación del principio de publicidad: interno y externo, que a su vez tendrá una doble dimensión: colectiva e individual. Mediante la primera, se aseguraría el derecho de las partes a un proceso justo y con todas las garantías proscribiendo la arbitrariedad en las actuaciones judiciales, encontrando su punto de referencia normativo en el 24.2 CE, y vinculándose igualmente con su derecho de defensa; mientras que la segunda, la publicidad externa, estaría orientada, como una suerte de principio programático, a la posibilidad de que la actuación judicial pudiese ser conocida por terceros ajenos al procedimiento, encontrando su refrendo legal en el art. 120 CE. A este respecto, a su vez presentará una doble impronta: individual, u orientada a garantizar un juicio justo (art. 24 CE), y colectiva, con relación al control de las actuaciones judiciales por parte de la ciudadanía teniendo su principal ámbito de actuación el derecho a la libertad informativa del art. 20 CE.²

2. Fases del procedimiento y principio de publicidad

Es necesario apuntar la distinta intensidad del mandato constitucional a **un proceso público**, en consideración a la propia estructura judicial de los procedimientos en general, y penales en particular. Básicamente, se pueden establecer dos fases: una primera de investigación y preparación del juicio –fase de instrucción o de

1 Sin perjuicio de la aplicación a cualquier orden judicial, centraré el análisis en el ámbito penal en al ser el que plantea mayor controversia a la hora de ponderar el derecho a la propia imagen con el principio de publicidad; sin obviar que igualmente que en el ámbito civil puede igualmente presentarse tal dilema (p.ej., juicios de filiación).

2 MORAL GARCÍA, A. & SANTOS VIJANDE, J.: *Publicidad y secreto en el juicio penal*, Ed. Comares, Madrid, 1996.

formación del sumario-, y en segundo término, y consecuencia del anterior; la fase de enjuiciamiento o del juicio oral, en la que se dilucidará la responsabilidad penal de acusado³.

Respecto a la primera, la fase de instrucción del proceso penal no estará regida por el principio de publicidad⁴, so pena de desvirtuar las debidas investigaciones del hecho delictivo, orientado a determinar las personas imputadas que en su caso serán objeto de acusación formal⁵. Ahora bien, principio de publicidad en su vertiente **externa**, que no **interna**: las partes tendrán derecho a conocer tanto los cargos que se les imputan, como el devenir de las actuaciones, so pena de indefensión.

Será en la fase siguiente, la del juicio oral, donde el principio de publicidad cobrará relevancia en su dimensión **externa**, tanto a efectos individuales como colectivos, y donde la publicidad del proceso se verá eventualmente proyectada con la intervención del derecho a la libertad de información (art. 20 CE) a través de los medios de comunicación.

3. Regulación del principio de publicidad

Existe una pluralidad de normas tanto a nivel estatal como internacional que hacen mención y reiteran el principio de publicidad procesal como elemento determinante del Estado de Derecho, en las dos dimensiones –interna y externa– mencionadas en el apartado anterior. No obstante, tal principio, que se erigirá en derecho fundamental en su caso (art. 24 CE) no es un derecho absoluto, encontrando sus limitaciones sea en la doctrina legal del TC, sea en las propias normas reguladoras del procedimiento judicial.

A) Regulación orgánica

En primer lugar, y a nivel internacional, encontramos el art. 6. 1º y 3º a) de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), equivalente al art. 14.1 del **Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos**⁶, al declarar que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de una forma equitativa y pública dentro de un plazo razonable por un Tribunal

3 En el momento anterior, se habla de una fase *preprocesal*, basada en la investigación policial de los hechos presuntamente delictivos, e igualmente del propio Ministerio Fiscal. V. en este sentido LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho procesal penal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 705-706.

4 STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2º. No obstante, tal y como ha sido puesto de relieve por la doctrina, e incluso el TC, el secreto sumarial no es un límite real al principio de publicidad procesal en cuanto no supone el secreto de los hechos *sub iudice*, que pueden ser conocidos al margen del sumario. V. en este sentido LÓPEZ ORTEGA, J.J.: "Información y Justicia (La dimensión constitucional del principio de publicidad judicial y sus limitaciones)", en *Justicia y medios de comunicación* (monográfico), CDJ, n° XVI, 2006.

5 Así, art. 301 § 1º LECrim.

6 De 16 de diciembre de 1966, firmado en Nueva York y ratificado por España en 1977. Por su parte, la Convención Europea, si bien era de fecha anterior, fue ratificada por España dos años después.

imparcial, y debiéndose pronunciar la sentencia de forma igualmente pública, pero añadiendo que la posibilidad de acceso a la Sala por el público y la prensa durante la totalidad o parte del procedimiento, podrá ser prohibida “en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática”, o bien cuando lo exija la protección de los intereses de los menores, la tutela de la vida privada de las partes intervinientes en el proceso o, en fin, cuando la publicidad pudiese ser perjudicial para los intereses de la Justicia.

E igualmente, el derecho de todo acusado a “ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él” [art. 6.3º a) CEDH]⁷.

Por su parte, a nivel estatal encontramos los arts. 24 y 120.1 CE como principales garantes del principio de publicidad, uno con rango de derecho fundamental, y otro como principio rector de la actividad judicial. Por el primero de ellos, en su ordinal segundo se reconoce entre otros derechos, el de tener “un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”, cuya infracción, sin perjuicio de la nulidad del procedimiento según dispondrán las normas procesales (art. 680 § 1º LECrim y arts. 138 y 225. 3º LEC), dará lugar a la posibilidad de acceder al recurso de amparo frente al TC (53.2 CE). El segundo, el art. 120.1 CE reconoce el carácter público de las actuaciones judiciales, contemplando la posibilidad de limitarla según las leyes procedimentales. Su infracción, igualmente supondrá la nulidad del proceso, aunque por el carácter externo y colectivo de tal publicidad (terceros ajenos), se vetará el acceso al recurso de amparo al carecer éstos de legitimación activa. Tan solo indirectamente, en cuanto afecte a los medios de comunicación se podrá alegar vulneración del derecho –fundamental- a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], y de ahí encontrar la suficiente legitimación de los profesionales del ramo para interponer un recurso de amparo.

Y finalmente en este apartado, se encuentra la norma del art. 232 LOPJ, que sancionando igualmente la publicidad de las actuaciones judiciales, tanto en su faceta interna como externa, contempla la posibilidad de limitar ésta última) y acordar el **secreto** de las actuaciones en todo o parte del proceso, de manera **excepcional** y mediante resolución motivada (auto), “por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades.”⁸

7 En este sentido, D.2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al *derecho de información en los procesos penales*, orientada a la creación de un marco mínimo de salvaguarda del derecho de información de las personas imputadas o acusadas en un proceso penal.

8 En tal sentido, el Reglamento 1/2005, sobre *aspectos accesorios de las actuaciones judiciales* desarrolla el principio de publicidad del procedimiento en sus arts. 1-6, donde se recoge la posibilidad de limitar el acceso a los medios de comunicación a la Sala aun siendo audiencia pública, en “los supuestos en que pueda verse afectados valores y derechos constitucionales.” (art. 6)

B) Regulación procedimental: regla general y límites

Existe un conjunto de normas que recogen y regulan el principio de publicidad, de forma general algunas, bien de forma particular en consideración a las características del procedimiento. En referencia a las primeras, tanto en el ámbito penal como civil se dispone la publicidad de las actuaciones judiciales adaptándose a las particularidades procedimentales de cada orden. Así, en el ámbito penal, una vez abierto el **juicio oral**, todos los actos del proceso serán públicos⁹, so pena de la nulidad de las actuaciones conforme al art. 680 LECrim, al igual que en el orden civil, al disponer que “las actuaciones de prueba, las vistas y las comparencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública”, conllevando la nulidad en caso contrario, siempre que hubiese **podido ocasionar** indefensión¹⁰.

Pero conjuntamente a ello, se manifiesta la relatividad del principio de publicidad del proceso (externa), al recoger las causas que permitirán al Tribunal celebrar la vista a puerta cerrada, en cualquier caso mediante resolución motivada (auto) y siempre que se considere que concurren las circunstancias apuntadas por la ley. Sin perjuicio de la existencia de normas especiales *ratione materiae*¹¹, se pueden anuar en lo dispuesto por el inciso final del art. 138 LEC: “cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a **los intereses de la justicia**.”¹²

Tal formulación, amplia y en cierta medida, difusa otorga una importante facultad de discrecionalidad al Juez a la hora de limitar el principio de publicidad, si bien dando la posibilidad de recurso de la resolución judicial que la acuerde. Y es en este punto donde cabe destacar que la Ley no efectúa distinción alguna entre los intereses de las partes intervinientes en el proceso, y que no necesariamente en uno de carácter penal, puedan ser obviados los del imputado o acusado en consideración a la difusión de su identidad, tanto formal como física.

III. MEDIOS DE COMUNICACIÓN, LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROCESO

9 Art. 649 § 2° LECrim.

10 Arts. 138 y 225.3 LEC.

11 Así, Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de *Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*, en cuyo art. 15.5 encomienda al Ministerio Fiscal proteger a la víctima de la publicidad que pudiese revelar datos sobre su “vida privada o su dignidad”; Ley 5/2000, de 12 de enero, de *responsabilidad penal de los menores*, permitiendo al Juez declarar que las sesiones no sean públicas, “en interés de la persona imputada o de la víctima”, y respetando *rigurosamente* el derecho a la confidencialidad del menor y no difusión de sus datos personales (art. 35. 2 y 3), o art. 63. 2 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, en consideración al respeto a la intimidad de la víctima, y datos personales tanto de ella, como descendientes o personas bajo su guarda y custodia.

12 No obstante, antes de tal fórmula abierta, mención como causas la posibilidad de vulnerar el Orden Público, afectar a la seguridad nacional, o conculcar derechos y libertades de los intervinientes en el proceso, con especial atención a la protección de los menores.

Una vez apuntado el régimen básico del principio de publicidad en las actuaciones judiciales, es momento de confrontarlo con los derechos e intereses concurrentes en el caso, teniendo en cuenta que el mencionado principio puede ser limitado, e incluso eliminado por la decisión del Juez¹³.

Tal y como se ha concretado el principio de publicidad a partir de la legislación interna así como los acuerdos internacionales ratificados por España, el TC ha entendido el principio de publicidad como “una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia” presentando una doble función: “proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”¹⁴

Por lo tanto, una finalidad tanto individual como colectiva, o si se prefiere, orientada a un interés privado o bien público; una “garantía procesal tendente a salvaguardar el derecho fundamental a un proceso público del art. 24.2, así como instrumento para fortalecer la confianza del pueblo en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales”¹⁵.

Pero a lo que interesa al presente estudio, la importancia institucional reconocida por el TC al principio de publicidad no es absoluto y puede ser objeto de restricción, aunque en todo caso siempre que lo autorice una ley, que tendrá que ser interpretada de forma estricta por Jueces y Magistrados, “ a los que les compete asegurar que las vistas y juicios orales sean públicos, que tengan lugar en régimen de audiencia pública, salvo que excepcionalmente acuerden su celebración a puerta cerrada .”¹⁶

Y será en este punto donde los Tribunales deberán realizar un juicio de ponderación de los intereses en liza, adoptando una resolución en todo caso motivada y deliberada por sus miembros¹⁷, de modo que una decisión que no haya sido objetada se entenderá como un asentimiento implícito, y por lo tanto, no susceptible de impugnación¹⁸.

1. Restricciones y límites al principio de publicidad

De la clasificación de la publicidad procesal, interna y externa, el punto de debate se centrará en esta última, y más concretamente, en su acepción *colectiva*, o

13 Así, ATC 96/1981, de 30 de septiembre y STC 121/2002, de 1 febrero (y las que se citan).

14 STC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2°.

15 ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 2°.

16 STC 159/2005, de 20 de junio, FJ 3°.

17 STS (2ª) 26 septiembre 2000 (núm. res. 1488/2000)

18 Así, STS (2ª) 18 diciembre 2001 (núm. res. 2461/2001)

la referida a la posibilidad de que cualquier persona ajena al procedimiento pueda conocer tanto la dinámica como el contenido de las actuaciones judiciales. Y como tal tercero o terceros, se encuentran los profesionales de los medios de comunicación, en cumplimiento de sus funciones informativas¹⁹.

La función de control reconocida al principio de publicidad, hará que se erija en un elemento central la posibilidad de redimensionar el procedimiento mediante los medios de comunicación, permitiendo como ya se ha indicado más arriba, proyectar la información más allá de los límites espaciales -tanto referidos a la propia Sala de Vistas, como territoriales- y temporales.

De tal modo, la posibilidad de restringir o limitar la publicidad de las actuaciones judiciales encontrará una nueva variable de extraordinaria importancia a tener en cuenta por el Tribunal: la entrada de la opinión pública en el decurso del procedimiento.²⁰

A) Intereses confrontados: libertad informativa y derechos fundamentales del acusado

Básicamente, la cuestión se va a concretar en el enfrentamiento entre el derecho de los medios de comunicación en su labor informativa (art. 20 CE) y los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, incluyendo los del acusado (en especial, art. 18.1 CE, que no es frecuente que se refieran a éste, sino al resto de intervinientes en el proceso, en particular víctima y testigos)

Tal y como se dispone en el propio art. 20 CE, al reconocer como derecho fundamental "comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión"²¹ sin que pueda ser objeto de "ningún tipo de censura previa"²², además de los límites implícitos en la propia enunciación del derecho (información **veraz**), apunta los derechos del Título I (**Derechos y libertades fundamentales**), y en especial, **los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen**, y la protección de la juventud y de la infancia²³.

¿Tales derechos ceden o se restringen con la imputación primero, y acusación durante la sustanciación del juicio oral? La suspensión de los derechos fundamentales exige la intervención judicial, y consecuentemente, una ley habilitante; siendo en

19 Tal y como recoge la STC 96/1987, de 10 de junio "lo que importa no es tanto la presencia efectiva de asistentes, cuanto la posibilidad de que, como se dijo en la Sentencia de este Tribunal 30/1982, de 1 de junio, cualquier ciudadano pueda presenciar el juicio mientras se disponga de espacio para ello; y desde luego, el derecho de las partes a que esta posibilidad sea real para que el juicio se haga con todas las garantías"

20 Y no ya en la órbita estrictamente judicial, también la extrajudicial a partir de la difusión del hecho presuntamente delictivo que abrirá las diligencias policiales. No obstante, por razones obvias el presente estudio se centrará en la actuación judicial y más concretamente, en el régimen de la publicidad en la fase del juicio oral.

21 Art. 20.1 d) CE

22 Art. 20.2 CE

23 Art. 20.4 CE

cualquier caso excepcional y dispositivo dentro del sistema judicial²⁴, y siempre en consideración al interés constitucionalmente protegido y delimitada bajo la regla de proporcionalidad²⁵.

Por lo tanto, parece que únicamente se suspenderán o cederán los derechos fundamentales del acusado contemplados expresamente por la ley, y que sean necesarios y proporcionales al fin constitucional perseguido, en este caso, la impartición de justicia.

a) Libertad informativa

Tal y como ha sido entendido este derecho fundamental, sancionado en el art. 20 CE, presenta una dimensión que trasciende el propio interés individual de los profesionales de la información, y se orienta aun fin colectivo “garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”²⁶. Pero ello no significará que no tenga restricciones, encontrando dos tipos de límites: intrínsecos –veracidad e interés general de la información–, y extrínsecos con relación a la propia remisión del art. 20.4 CE al resto de derechos y libertades públicas del Título I, y en especial, a los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE)²⁷.

De este modo, el derecho a la información –desde el punto de vista activo, o relativo a la posibilidad de difusión de la noticia– se considerará prevalente a otros derechos fundamentales siempre y cuando no exceda de sus límites, que se encontrarán a su vez delimitados por las directrices de la Ley 1/1981, de 5 de mayo, de *Protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, y en concreto, por las propias excepciones –y contraexcepción – del art. 8.2 respecto al derecho a la propia imagen ²⁸.

Concretando su aplicación en el ámbito judicial y procesal, la posibilidad de acceso a la Sala de Vistas por parte de los profesionales de la información se considera preferente sobre el resto de asistentes, primero por integrar la facultad de acceder directamente a la fuente de la noticia²⁹, y en segundo lugar por la propia

24 Así, STC 71/1994, de 3 de marzo, con relación a la suspensión de los derechos del art. 17 CE contemplada por el art. 53. 2 CE (casos de terrorismo), o la STC 70/2009, de 23 de marzo, que declaró inválida y carente de refrendo legal la utilización por parte de la Administración de dos informes psicológicos del historial clínico de uno de sus funcionarios, a efectos de jubilarlo por incapacidad permanente.

25 STC 25/2005, de 14 de febrero, en que se recurre en amparo ante la obtención de una prueba de cargo (análisis de sangre, durante el ingreso en el Hospital del demandado) ante un delito de homicidio involuntario [(F.6 d)].

26 STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3º.

27 STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 4º.

28 La libertad de información frente al derecho de imagen es objeto de un estudio propio en el presente número monográfico (De VERDA y BEAMONTE, J.R.: “Derecho a la propia imagen y libertades de información y expresión”), al cual me remito.

29 Así, STC 56/2004, de 19 de abril, FJ 3º.

finalidad de los medios de comunicación al dar proyección pública de la información obtenida³⁰. Pero por esta misma razón, la salvaguarda de los derechos que pueden entrar en conflicto con la dimensión generalizada del juicio deberá ser atendida con una especial atención por parte de los Tribunales, a la hora de ordenar la audiencia pública de las vistas³¹.

b) Restricciones al principio de publicidad en el proceso: tipos y medidas

Respecto a las limitaciones del principio de publicidad en consideración a la libertad informativa, son punto de referencia las SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, respecto a las reglas de acceso de los medios de comunicación al Tribunal Supremo, tanto a las Salas de Vista como al resto de dependencias, junto a poder hacerlo con instrumentos ópticos o audiovisuales³². Ambas resoluciones³³ concluyen declarando que la regla general, respecto a las Salas de Vista en su actividad jurisdiccional es la posibilidad de acceso de los medios de comunicación sin distinguir el carácter del mismo (prensa escrita, o audiovisual), y la denegación su excepción, debiéndose realizar a partir de un juicio de ponderación entre los intereses en conflicto y proporcionalidad de la medida que se adopte³⁴.

Así pues, el carácter público de las actuaciones judiciales permitirá la cobertura informativa a realizar por los profesionales de tal actividad, resultando su entrada preferente al resto de ciudadanos en el supuesto de tener que restringir el acceso por razones de espacio; pudiendo vetarse por contra, cuando se declare el juicio a puerta cerrada, ahora sin distinción con el público en general³⁵.

30 Así, STC 30/1982, de 1 de junio, FJ 4°.

31 Conforme a la Recomendación (2003) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la *provisión de información a través de los medios de comunicación en los procesos penales*, se pautan los aspectos básicos la función informativa de los periodistas es tal contexto, señalando los medios de acceso a la información, su tratamiento y limitaciones, destacando la salvaguarda de la privacidad de los imputados, acusados y convictos, con especial protección a los menores u otras personas especialmente vulnerables, víctimas, testigos y las familias de los imputados, acusados o convictos. En todos esos casos, se deberá tener en cuenta el efecto perjudicial que les puede suponer la divulgación de la información en el caso de que puedan ser identificadas (Principio 8).

32 Ambas sentencias se dictan en recurso de amparo interpuesto por profesionales de la información, en la primera, y la *Federación de Asociaciones de Prensa de España*, la segunda, contra los Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1995, cuya impugnación ante el CGPJ primero, y Tribunal Supremo después, fue desestimada [STS (3ª) de 9 de julio de 1999 (RJ 1999, 6881)]. Concretamente, el objeto del recurso de amparo se centra en la vulneración de la libertad de información de la Norma 6ª de los apuntados Acuerdos de la Sala de Gobierno, en cuanto establecían determinadas condiciones para el acceso de los periodistas al Palacio de Justicia del Tribunal Supremo, mediando las debidas acreditaciones y con carácter preferente, en caso de insuficiente capacidad de aforo de la Sala; y la prohibición *absoluta* del acceso “con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palacio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y actos gubernativos solemnes”.

33 De igual Ponente, y mismo Voto Particular

34 No así en consideración al resto de dependencias, que no se considerarán fuente de información.

35 Solución concorde con la adoptada por el Derecho Italiano (arts. 114-115 y 472-473 *Codice de procedura penale*), donde la capación y publicación de los actos no cubierto por el *segreto procesal* (cfr., art. 114.7 LPP). No obstante, tal perspectiva difiere con la mayor parte de las legislaciones más o menos próximas, como la francesa, cuyo Código de procedimiento penal dispone como regla general la prohibición del acceso a las Salas de Vista una vez abierto el juicio con aparatos audiovisuales, y tan solo excepcionalmente se permite la grabación sonora del juicio, mediante la debida autorización del Tribunal y bajo su supervisión (art. 308 *Code Procédure Pénale*). E igualmente se pronuncia el Derecho alemán, que en el § 169 GVG (*Ley del Poder Judicial*) tras

- **Juicio de ponderación.** La primera cuestión a resolver por el Tribunal es la de confrontar los intereses que pueden resultar contrarios al principio de publicidad en general, y la presencia de medios de comunicación en particular: efectos intimidatorios a las partes, o a los testigos, motivados por el temor cierto de alteración del Orden público³⁶; formación de “juicios paralelos” que pudiese influir en el curso del procedimiento³⁷, o en el ánimo del Jurado³⁸ protección de los menores³⁹, existencia de documentos protegidos por la Ley de Secretos del Estado⁴⁰, privacidad de los testigos⁴¹ y víctima⁴²... incluso los derechos a la vida e integridad física de testigos o peritos⁴³. Circunstancias todas ellas de apreciación discrecional del Juez, si bien sometido al deber de motivación del Auto que acuerde la medida⁴⁴.

- **Principio de proporcionalidad.** La decisión de celebrar la Vista a puerta cerrada no es la única – sino la más radical – medida que puede adoptarse para proteger el interés que considere el Tribunal especialmente vulnerable de mediar publicidad⁴⁵. A estos efectos, y en tanto no existe prelación o baremo de medidas previstas legal ni reglamentariamente⁴⁶, los Tribunales a partir de la motivación del Auto por el que decreta la restricción del principio de publicidad, contarán con un amplio margen de decisión: desde la más estricta, decidir en juicio a **puerta cerrada**, a restringir el acceso a determinadas actuaciones⁴⁷, limitar la toma de imágenes u ordenar su

declarar la publicidad de las vistas, prohíbe cualquier método de grabación sonora o visual para su posterior difusión. En el mismo sentido, el Derecho portugués establece la prohibición transmitir imágenes o sonido de las audiencias, so pena de desobediencia, salvo autorización del Tribunal [art. 87 b) del *Código de Processo penal* de 1987], estableciendo una prohibición absoluta de publicar por cualquier medio la identidad de la víctima menor de 16 años en delitos sexuales, contra la honra o privacidad [art. 87 c) CPP]

36 STC 65/1992, de 29 de abril

37 ATC 195/1991, de 26 de junio

38 STS (2ª) 22 julio 2009 (núm. res. 837, 2009)

39 STC 17/2006, de 30 de enero

40 STS (2ª) 10 diciembre 2010 (núm. res. 1094, 2010)

41 STS (2ª) 18 diciembre 2001 (núm. res. 2461, 2001)

42 STS (2ª) 30 junio 2010 (núm. res. 785, 2010)

43 STC 56/2004, de 19 de abril

44 Básicamente, el juicio de ponderación con relación a los derechos de información, y derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen deberá resolver una serie de cuestiones previas antes de resolverlo: En primer lugar, *valorar en abstracto* los derechos que entran en colisión, a efectos de dar prevalencia a uno u otro en función de su configuración tanto legal como jurisprudencial. Hecho esto, el siguiente paso será *valorar en concreto* (el peso relativo de ambos derechos en colisión), al caso que se esté enjuiciando, abriéndose a su vez una serie de cuestiones: la *relevancia pública* o *interés público* de la información, la *veracidad* de los hechos relatados, en términos no de certeza, sino de suficiente diligencia profesional para obtenerlos; que la difusión de la noticia no traspase su *fin informativo*, no reconociéndose el derecho al *insulto*, y finalmente, que el concepto de *accesoriedad* está en función del objeto principal de la noticia o reportaje gráfico, no dándose cuando no guarde relación la imagen con el contenido de la información escrita. V. en este sentido STS 20 julio 2011 (núm. res. 547/2011)

45 Se entiende, la publicidad provista por los medios de comunicación, difundiendo la noticia (publicidad *mediata*).

46 Salvo la formulación abierta del art. 6 del Reglamento 1/2005, de *los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales*, según el cual: “Se permitirá, con carácter general, el acceso de los medios de comunicación acreditados a los actos procesales celebrados en audiencia pública, excepto en los supuestos en que pueda verse afectados valores y derechos constitucionales, en los que el Juez o Presidente del Tribunal podrá denegar dicho acceso mediante resolución motivada”; formulación que recoge –acaso lacónicamente– los puntos de llegada de las SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril.

47 Pej., práctica de la prueba, sea pericial, testifical o documental

tratamiento técnico posterior con el fin de evitar la posible identificación del sujeto, cuando este sea un interés merecedor de protección⁴⁸.

B) El derecho a la propia imagen del acusado

Después de ver el tratamiento del principio de publicidad, la libertad informativa, y el margen de actuación de las medidas judiciales, cabe destacar la limitada –cuando no inexistente– tutela a uno de los derechos fundamentales posiblemente más puestos en cuestión en todo procedimiento penal: el derecho no ya al honor o a la intimidad, sino a la propia imagen del acusado, inmerso en un procedimiento cuyo veredicto puede ser tanto la condena, como la absolución, y donde la mera participación en el proceso supondrá en buena parte de los casos su estigmatización.

Tal y como ha sido reconocido el derecho a la propia imagen, se configura como un derecho de naturaleza primaria, en cuanto puede ser objeto de vulneración por sí mismo, sin que tenga que repercutir ni en el derecho a la intimidad ni al honor⁴⁹, aunque “no cabe descartar la vulneración de aquel derecho en los casos en los que la difusión de una imagen pueda estimarse al mismo tiempo contraria al buen nombre o a la propia estima o a la intimidad”⁵⁰.

En cuanto a su contenido, el derecho a la propia imagen como poder que faculta a su titular determinar la “representación de su aspecto físico” a efectos de su identificación, se plasmará tanto en la posibilidad de que sea captada y en su caso difundida, como la contraria, esto es, impedir sea la obtención, sea la reproducción o publicación se su imagen “por un tercero no autorizado”⁵¹

Pero en todo caso, tales facultades del derecho a la propia imagen, como ya se ha apuntado encontrará sus límites tanto en la propia ley como en un eventual conflicto con la libertad de información. Los primeros, se disponen en el art. 8 de la Ley 1/1982, cediendo ante la existencia de interés histórico, científico o cultural (art. 8.1º), y como causas particulares, las circunstancias contempladas en su ordinal 2º, que responden tanto a criterios subjetivos (cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública de su titular) como objetivos (que se obtenga la imagen “durante un acto público, y lugares abiertos al público”, o bien tengan carácter accesorio). Respecto a los segundos, a resolver por los Tribunales mediante el juicio de ponderación y proporcionalidad, partiendo de la premisa del *interés público* de la información donde aparezca la imagen de la persona.

48 En este sentido, se pueden establecer límites de carácter *personal*, vetando la presencia de determinadas personas; *temporal* en cuanto restringir el acceso para la práctica de determinadas actuaciones, o *técnico* o *material* en consideración a los instrumentos de captación de imágenes. V. en este sentido ORENES RUIZ: *Libertad de información*, cit., pp. 59 -60.

49 STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 4º.

50 STC. 156/2001, de 2 de julio

51 STC 158/2009, de 29 de junio, FJ 3º.

¿Cuál es la posición del acusado? Ciertamente, una posición cuanto menos difícil a efectos de hacer valer su derecho a la propia imagen. En primer término, se ha elaborado tanto doctrinal como jurisprudencialmente la denominada tesis de la **relevancia pública sobrevenida**, en el sentido de que el sujeto adquirirá la notoriedad pública a partir del suceso en que se ve involucrado, y de ahí aplicar las excepciones dispuestas en el art. 8.2 a)⁵²; y en segundo término, por la convicción judicial de que un proceso penal *per se* lleva –o conlleva– implícita y explícitamente el **interés público** o **relevancia pública**, suficiente para dar cobertura al seguimiento informativo del proceso (y en principio, de los agentes y pacientes del mismo)⁵³

- **La relevancia pública sobrevenida.** A partir del hecho noticiable, el sujeto adquiere una dimensión pública que hace ceder su derecho a la propia imagen, en favor de la libertad de información, con independencia del resultado del juicio (absolutorio o no)⁵⁴. Teniendo en cuenta que la **notoriedad** es sobrevenida, la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen empezará –y concluirá– con la difusión de la noticia o hecho noticiable, lo que planteará los criterios de selección por parte de los medios de información de los hechos presuntamente delictivos⁵⁵.

- **Interés público ~ relevancia pública.** Estrechamente relacionado con lo indicado en el punto anterior, el concepto de **interés público** por los hechos presuntamente delictivos fácil de exponer, aunque no tanto de argumentar sino a base de enunciaciones de principio. Es uniforme la postura del TC sobre el interés general en la persecución y seguimiento de los delitos⁵⁶, permitiendo la primacía de la libertad informativa sobre cualquier otro concurrente (art. 18 CE), pero parece

52 En al sentido, la STS 241/2003, de 14 de marzo advierte de que se trata de un concepto *amplio*: “(,)2) La referencia legal a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en un sentido amplio. La STS 25 octubre 2000 declara que constituye una enumeración «ejemplificativa»; STS 17 diciembre d1997 (RJ 1997, 9100) (no afectada en este aspecto por la STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 3º, dice que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, *por su relación con un importante suceso*, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.” (la cursiva es añadida).

53 Al respecto, es ilustrativa la STS 24 julio 2012 (núm. res. 625/2012).

54 STS 28 diciembre 1996 (núm. res. 1151/1996), ante la publicación de una imagen del acusado, y después absuelto, de un delito de violación. En efecto, la información de la acusación, era veraz.

55 La STS 23 diciembre 2010 (núm. res. 868/2010) ante un presunto delito de violación y agresión sexual que acabó con sentencia absolutoria (al no apreciarse circunstancia alguna que pudiese suponer violencia o intimidación, ni prueba de cargo lo suficientemente sólida para quebrar la presunción de inocencia), entiende que basta con la veracidad de los hechos, y la relevancia del caso (“los hechos desencadenantes del mismo se enmarcan en el ámbito de las perversas novatadas estudiantiles. Es decir se comunica un hecho reprobable de interés público”), para otorgar al sujeto **relevancia pública sobrevenida**, y de paso informar indirectamente de, primero, la pertenencia del sujeto a determinadas asociaciones musicales universitarias, y en segundo lugar la comisión de unos hechos que si bien no eran constitutivos de delito (el sujeto paciente se encontraba en estado inconsciente, por la ingesta de alcohol), presentan un alto grado de desvalor social.

56 Por todas, STC 14/2003, de 28 de enero: “la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE.V. en el mismo sentido SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 21; STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3º, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9º; ATC 155/1999, de 15 de junio.

dejar sin respuesta la necesidad de la identificación *física* de los sujetos implicados no ya en calidad de víctima o testigo, sino de detenido, imputado, acusado, e incluso condenado⁵⁷

2. Juicio penal, interés público y derecho a la propia imagen.

Los Tribunales han tenido poca predisposición a atender el derecho a la propia imagen del acusado en el curso del juicio oral, en las ocasiones que han efectuado el juicio de ponderación y proporcionalidad⁵⁸. La relevancia pública del proceso penal, por la trascendencia social de lo que se enjuicia hace prevalecer la libertad de información en toda su extensión, respecto a los hechos, y respecto al acusado por los hechos no impidiéndose su identificación sea mediante imágenes, sea a partir de sus datos de identidad, o ambas conjuntamente⁵⁹

De la jurisprudencia consultada, tan sólo una resolución dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona⁶⁰ da prevalencia al derecho a la propia imagen de los acusados, al ser captada su imagen desde el exterior de la Sala de Vistas, mientras se informaba de la naturaleza de los delitos (agresiones sexuales); y se la da precisamente por razones vinculadas no ya de al derecho a la propia imagen –al menos directamente–, sino el derecho de defensa.

La principal cuestión que se plantea es si el procesamiento de una persona supone que pierda la facultad de decidir sobre la obtención y difusión de su imagen. Y responde negativamente, al entender que en defecto de previsión legal expresa los procesados cuentan con todos los derechos fundamentales que no les hayan

57 A este respecto, el ATC 176/2007, de 1 de marzo consideró que la fotografía de un personaje con *proyección pública* comiéndose un bocadillo en el patio de la prisión donde había sido recluso era lo suficientemente *noticiosa* en cuanto indicativa del ingreso en ella (FJ 2°).

58 O no necesariamente. La STS (2ª) 27 noviembre 2008 (núm. res. 795/2008), en la resolución de un recurso de casación por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías junto con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), en el que el acusado fue expulsado de la Sala de Vistas de la instancia, tras un altercado con los profesionales gráficos presentes en la sala, al negarse a ser filmado (el juicio se celebró en su ausencia). El Tribunal Supremo, sin ignorar tal alegación, la desestima con el argumento de que dadas las circunstancias, la actitud del Tribunal de instancia al proseguir con el juicio fue acertada, en lugar de limitar el acceso de los medios de comunicación, o celebrar la sesión a puerta cerrada: "Entendemos que tal derecho en estas circunstancias no puede prevalecer contra lo que constituye una de las garantías del proceso penal, como lo es la relativa a la publicidad del proceso, aunque cierto es que puede limitarse respecto de la prensa conforme a lo expresado en dicho art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y también respecto del público en general si se acuerda la celebración a puerta cerrada. En todo caso ese *derecho a no ser filmado*, que forma parte del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, es un *dato más a tener en cuenta para afirmar aquí que fue adecuada la medida de celebrar el juicio en ausencia del procesado*." (FJ 2) [La cursiva es añadida].

59 Así, STS 24 octubre 2008 (núm. res. 946/2008), respecto a una demanda de protección del honor tras haberse publicado una fotografía junto a los nombres y apellidos de unos detenidos, presuntamente integrantes de una organización internacional de fabricación de droga sintética. Para resolver la cuestión, el Tribunal se cuestiona si la noticia tiene el suficiente *interés general* para encontrarse amparado por la libertad de información [art. 20.1 d) CE], contestando afirmativamente con base en que "la persecución del delito y su castigo" son bienes constitucionalmente dignos de tutela (paz social y seguridad ciudadana); y más teniendo en cuenta la naturaleza del delito y su trascendencia social. De tal modo, desestima el recurso, puntualizando que el resultado del juicio sería irrelevante, siempre que los periodistas hubiesen empleado la diligencia debida a la hora de realizar el reportaje (F 4).

60 SAP Barcelona 30 julio 2004 (núm. res. 509/2004)

sido restringidos por razón del proceso, aunque concurra el principio de publicidad y en su caso la libertad de información.

La captación de las imágenes de los acusados no otorgaba mayor valor informativo a la noticia, ni eran sujetos de proyección pública, estando dirigida a dar una mayor satisfacción a la **curiosidad** del público. Junto a esto, la captación no en el interior de la Sala, sino desde el exterior; y que el juicio no había sido ordenado a puerta cerrada, hace llegar a la conclusión de que el método utilizado por los periodistas para la obtención de las imágenes era lesivo, en cuanto no había dado la oportunidad a las personas implicadas a poder ser oídas de haberse realizado en el interior; y dar lugar a la debida resolución del Tribunal.

Claramente, el Tribunal no atiende a la doctrina de la **relevancia pública sobrevenida**, o en su caso no la considera aplicable al caso, pese a la naturaleza pública del delito. Y se justifica porque el hecho, y su consecuente cobertura informativa de su enjuiciamiento, no tiene porqué implicar necesariamente y **a priori** información sobre su eventual autoría (suficiente para la identificación pública del sujeto, al menos). El **interés público**, no equivale a **interés del público** o curiosidad⁶¹, ni tiene ni puede recaer sobre todas las circunstancias del proceso penal.

No obstante, el Tribunal Supremo no ha optado por tal orientación, respecto al derecho a la propia imagen en su confrontación con la libertad informativa, que queda subordinado por la relevancia pública o interés público de los hechos, aplicando la mencionada tesis de la **relevancia pública sobrevenida**, derivada por el **interés público** de determinados hechos delictivos⁶².

61 V. así FAYOS GARDÓ, A.: "Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", www.lndret.com, 4/2007.

62 Así, en su STS 20 julio 2011 (núm. res. 1134/2011), que resuelve un recurso interpuesto por vulnerar el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al haberse publicado en un determinado medio de comunicación tanto los datos personales, como la imagen del recurrente en las puertas de la Sala de Vistas, en un caso de malos tratos a su pareja, siendo condenado en primera instancia. Tras realizar la ponderación de los intereses en conflicto, concluye que prevalece el derecho de información sobre el de la propia imagen, principalmente por la importancia constitucional de perseguir y condenar los delitos, que a su vez defiende otros bienes constitucionalmente protegidos como la paz social y la seguridad ciudadana. Por ello, entiende que "es indudable, el interés público de la información publicada, pues se trata de un tema de especial sensibilización en la opinión pública. La celebración de juicio oral contra el demandante por un posible delito de lesiones y malos tratos habituales es un hecho de relevancia general, del que la opinión pública merecía estar informada, pues al tratarse de información concerniente a procesos judiciales penales, no solo concurre el interés público en su difusión sino también el interés general, pues el interés público o general de la noticia se considera implícito en cualquier información que afecte a hechos o sucesos de relevancia penal [STS 31 julio 1995 (RJ 1995, 6635) , 8 julio 2004 (RJ 2004, 5243), 12 febrero 2009 (RJ 2009, 1119) y 13 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6970)]". Y sigue argumentando con base en el *interés público* de la información, "que deriva del interés de la sociedad en conocer y evitar hechos como los sucedidos, dados los numerosos casos de malos tratos en el ámbito familiar de los que se hacen eco los medios de comunicación de un tiempo a esta parte. Y, por tanto, la información publicada tiene relevancia social, así, los actos de maltrato físico y psicológico son una cuestión socialmente relevante y de interés para la comunidad [STS 1 marzo 2011 (RJ 2011, 2614)]". Igualmente, la STS 5 julio 2011 (núm. res. 521/2011) da prevalencia al interés informativo en el seguimiento de un juicio, frente a la *identidad* de las víctimas, si bien con relación a la identificación por medios escritos, suministrando tanto la acusación del Ministerio Fiscal como datos si no explícitos, si lo suficientemente indiciarios para poder identificar la identidad de las víctimas (habiendo además entre las personas afectadas, dos menores). En tal caso, el Tribunal Supremo considera que el círculo de personas que pueden llegar a saber

- *Acusado, y rehabilitación / reinserción del condenado*. Finalmente, hay un punto que no puede pasar desapercibido en consideración al derecho a la propia imagen del acusado (e igualmente respecto al detenido o al imputado, en fase de instrucción), y es la especial posición que ocupa en el ámbito penal frente al que ha sido considerado responsable del delito, y se le ha impuesto la debida pena: la estricta orientación de las penas a la rehabilitación del reo, su reinserción en la sociedad⁶³, y derecho a borrar los antecedentes penales⁶⁴.

Tal y como ha reconocido el TC, el Registro Central de Penados y Rebeldes no es de acceso *público*, limitando el acceso a la información a ciertas personas u organismos⁶⁵, concurriendo la posibilidad legal de cancelar los datos sea de oficio o bien a instancia del interesado siempre que concurren los requisitos de cancelación previstos por la ley, suponiendo la *eliminación* de los datos de carácter personal de la persona inscrita.⁶⁶

En tal sentido: un plazo de seis meses, para las penas leves, a 5 años, propio las penas graves, a contar desde el día siguiente al que quedase extinguida la pena (art. 136. 2 y 3 CP).

Aunque siempre quedarían las hemerotecas. Parece que, parafraseando a un insigne jurista alemán: lo que se tira por la ventana, vuelve a entrar por la puerta.

de quién se habla en la noticia sería muy limitado (vecinos de una determinada barriada):“(…) los datos que se refieren a la recurrente hacían difícil su identificación.

Es especialmente interesante la STS 13 octubre 2010 (núm. res. 675/2010), al otorgar tutela por vulneración al derecho a la propia imagen al obtener y difundir la imagen de un entierro, donde se podía apreciar las víctimas sobrevivientes del delito (menores de edad); suceso que había contado con una amplia cobertura informativa, por su carácter de extrema gravedad. Sin que el seguimiento de la noticia hubiese vulnerado derecho alguno de las víctimas, la grabación del entierro permitía identificar a las personas que habían sido intervinientes – víctimas- en el proceso penal, y de este modo vulnerar no ya su derecho a la intimidad, sino posibilidad de ser reconocidas con relación a tan luctuoso suceso. Ciertamente al tratarse de personas menores, y no contar con consentimiento alguno, se incrementan las cautelas a la hora de proteger sus derechos de la personalidad, pero podría deducirse de todo ello que el derecho a la propia imagen también va a suponer la posibilidad de impedir que mediante la difusión de la imagen, se pueda relacionar al sujeto con hechos a los que no quiere estar vinculado.

63 Art. 25. 2 CE y art. 1 Ley 1/1979, de 26 de septiembre, *General penitenciaria*.

64 Arts. 136 y 137 CP, y art. 3 RD 1879/1994, de 16 de diciembre y art. 19 RD 95/2009, de 6 de febrero.

65 STC 144/1999, de 22 de julio. En concreto: “el interesado o por los órganos judiciales u otros poderes públicos cuando así lo disponga una norma con rango legal. Fuera de estos casos, y dada la naturaleza de los datos contenidos en el referido Registro, el acceso a ellos vulnera el derecho a la intimidad de aquel a quien se refieran”. [la cursiva es añadida]. Tras el RD 95/2009, de 6 de febrero, diferencia en función de que la sentencia sea firme o no firme; siendo más restringida en el primero de los casos (arts. 5 y 6 D 95/2009)


66 Art. 25 RD 95/1999. No obstante, tal *eliminación* no es absoluta, en cuanto pasará “la información relativa de las inscripciones canceladas en una sección especial y separada a disposición únicamente de los Juzgados y Tribunales españoles.” (art. 19.3 RD 95/1999).



LAS INTROMISIONES EN EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN
EL ÁMBITO LABORAL

INTRUSIONS IN THE RIGHT TO OWN IMAGE IN THE WORKPLACE

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 234-251



Pedro
CHAPARRO
Eduardo E.
TALENS

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2012

RESUMEN: El derecho a la propia imagen en el ámbito laboral viene marcado por la especial relación de subordinación que ostenta el empleado respecto del empresario, pero ello no justifica la adopción por parte de éste de cualquier tipo de medida que pueda afectar a dicho derecho. El propósito de este estudio es analizar los casos más frecuentes de lesión del derecho a la propia imagen en el ámbito laboral, especialmente los consistentes en la utilización de sistemas de vídeo-vigilancia, la imposición al trabajador de una determinada apariencia física externa y la obligación de vestir un uniforme concreto.

PALABRAS CLAVE: Trabajador, empresario, derecho a la propia imagen, sistemas de vídeo-vigilancia, uniforme.

ABSTRACT: The right to self-image at work is marked by the special relationship of subordination that links the employee and employer, but this does not justify the adoption by it of any action that may affect this right. The purpose of this study is to analyze the most frequent cases of infringement of the right to own image in the workplace, especially those involving the use of video-surveillance systems, the imposition to the worker of a particular external physical appearance and the obligation to wear a specific uniform.

KEY WORDS: Employee, employer, right to own image, video-surveillance systems, uniform.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen.- III. El derecho a la propia imagen en el ámbito laboral: especialidades y regulación.- IV. Limitaciones al derecho del trabajador a su propia imagen.- 1. En la fase de selección de trabajadores.- 2. Durante la ejecución del contrato de trabajo.- A) El control del empresario: el establecimiento de sistemas de vídeo-vigilancia.- B) Limitaciones a la elección por el trabajador de su apariencia física externa.- C) Limitaciones a la elección del trabajador de su vestuario: especial referencia a la utilización de uniformes en el trabajo.- D) El uso de la imagen del trabajador a efectos comerciales o promocionales.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Una de las cuestiones que adquieren más importancia en el seno de una relación laboral empresario-trabajador es la relativa al alcance del derecho fundamental a la propia imagen en el marco de un contrato de trabajo. En efecto, ocurre en la realidad de la empresa que, en determinadas ocasiones, los empresarios llevan a cabo prácticas que, amparadas en los poderes de dirección previstos en el art. 20 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), pueden potencialmente violar el derecho a la propia imagen de los trabajadores.

En la actualidad, la aguda crisis económica que azota a la economía internacional y, en particular, a la española, está motivando la adopción por parte de los empresarios de medidas encaminadas a comprobar la productividad de sus trabajadores, como es el establecimiento de sistemas de vídeo-vigilancia. Sistemas que no siempre son compatibles con el respeto al derecho a la propia imagen de los trabajadores.

La cuestión estriba, por tanto, en determinar si esos poderes de dirección justifican en todo caso las medidas adoptadas por el empresario o si, por el contrario, encuentran algún límite en el derecho fundamental a la propia imagen de los trabajadores.

El objeto de este estudio es, por tanto, realizar un análisis de las distintas intromisiones que pueden producirse en el derecho a la propia imagen del trabajador;

• **Pedro Chaparro Matamoros** es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Ha publicado hasta la fecha 10 artículos científicos en revistas indexadas, entre otras, Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial y Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Ha participado, además, en 3 obras colectivas (dos de ellas publicada en Aranzadi y otra en Colombia) y en el manual de Derecho Civil II (Tirant lo Blanch).

• **Eduardo Enrique Talens Visconti** es también Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Ha publicado igualmente diversos artículos doctrinales en revistas indexadas (Diario La Ley, Estudios Financieros) y ha participado en 3 obras colectivas (una de ellas publicada en Colombia), destacando su participación en la obra "Tratado sobre la Morosidad", de la editorial Aranzadi.

tanto en fases anteriores al contrato de trabajo (como sería la fase de selección de trabajadores), como durante la ejecución del mismo.

Pero, antes que nada, procede detenerse brevemente en el concepto constitucional del derecho a la propia imagen, para delimitar su contenido respecto a derechos íntimamente relacionados con aquél, como son el derecho al honor y el derecho a la intimidad, proclamados todos ellos en el art. 18.1 de la Constitución Española (CE, en adelante).

II. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

Muchas han sido, desde antiguo, las dificultades existentes para perfilar el concepto de este derecho respecto a los derechos al honor y, especialmente, a la intimidad¹. Y es que la autonomía del concepto del derecho a la propia imagen siempre ha sido una cuestión discutida y sobre la que no ha existido unanimidad en la doctrina².

Con todo, en nuestros días la cuestión de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen se encuentra ya superada³. A ello contribuyó, de manera decisiva, que el Tribunal Constitucional se pronunciara expresamente sobre la cuestión.

1 La autonomía del derecho a la propia imagen respecto al derecho a la intimidad ha tenido el inconveniente de que en la práctica, y por regla general, las lesiones que se han producido de la intimidad han derivado de la publicación de fotografías de las personas, en las que se observaban aspectos íntimos de su vida privada o familiar. Por tanto, esta íntima relación entre ambos derechos dificultó sobremanera la delimitación del ámbito de protección de cada uno de ellos.

No obstante, la STC 2 julio 2001 (RTC 2001, 156), explica claramente que "mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada".

2 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 150, explica la confusión existente con base en el "expreso reconocimiento del derecho a la propia imagen" en nuestra Constitución, "posición que contrasta con la de otros textos constitucionales, donde no existe un específico reconocimiento del referido derecho".

V. también en este sentido PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Sobre el derecho a la propia imagen (A propósito de la STCo. 170/87, de 30 de octubre)", *Revista del Poder Judicial*, núm. 10, junio 1988, p. 3 (versión del artículo en word); y SALVADOR CODERCH, P., RUBI PUIG, A. y RAMÍREZ SILVA, P.: "Imágenes veladas", *Indret*, núm. 1/2011, p. 6 (versión del artículo en pdf).

3 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", cit., p. 150, considera, con buen criterio, que "no cabe duda de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen" respecto a los derechos al honor y a la intimidad, "ya que éstos protegen bienes jurídicos distintos (el buen nombre de la persona o el ámbito de la vida, personal o familiar, que un individuo se reserva como propio y ajeno al conocimiento de los demás), sin perjuicio de que, en ocasiones, una intromisión en la propia imagen pueda suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad de la persona, cuya figura se representa".

MARTÍN MUÑOZ, A. J.: "El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen", *Revista de Derecho mercantil*,

Así, en la STC 26 marzo 2001 (RTC 2001, 81), el Constitucional define el derecho a la propia imagen como un derecho que “que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde”⁴.

En lo que se refiere a la autonomía del derecho a la propia imagen, el Tribunal Constitucional incide en que “En la Constitución española ese derecho se configura como un derecho autónomo”, si bien reconoce que “en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional”.

No obstante, a pesar de esa indiscutida relación, el Tribunal Constitucional diferencia los ámbitos que protegen cada uno de los citados derechos aseverando que “lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma, que afectando a la esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, pero no íntimo”.

Se observa, por tanto, que el derecho a la propia imagen protege frente a aquellas reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera persona de un individuo, no

núm. 242, 2001, p. 1715, igualmente, considera que “el derecho fundamental a la propia imagen es un derecho individual y autónomo”, si bien “íntimamente relacionado con el derecho al honor y a la intimidad”.

4 Doctrina seguida, entre otras, por las posteriores SSTC 18 junio 2001 (RTC 2001, 139); 2 julio 2001 (RTC 2001, 156); 22 abril 2002 (RTC 2002, 83); 28 enero 2003 (RTC 2003, 14); 16 abril 2007 (RTC 2007, 72); 23 marzo 2009 (RTC 2009, 77); 29 junio 2009 (RTC 2009, 158); y 27 abril 2010 (RTC 2010, 23).

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El derecho a la propia imagen”, cit., p. 149, define acertadamente la imagen, desde una perspectiva constitucional, como “la figura humana, esto es, el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se le tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona)”.

Para DE LA IGLESIA CHAMARRO, A.: “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, enero-abril 2003, p. 297, el derecho a la propia imagen “consiste en la facultad de evitar la captación y difusión incondicionada del propio aspecto físico como instrumento básico de identificación”.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “El consentimiento y el contexto jocoso del programa. Elementos clave para afirmar la inexistencia de vulneración del derecho al honor y a la propia imagen”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 719, 2010, pp. 1237-1238, por su parte, considera que el derecho a la propia imagen atribuye a su titular “la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, impidiendo la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado”.

En fin, SUÁREZ ESPINO, M. L.: “¿Qué protege el derecho fundamental a la propia imagen?”, *Diario La Ley*, núm. 7791, Sección Doctrina, 6 febrero 2012, Año XXXIII, p. 5 (versión del artículo en pdf), dice del derecho a la propia imagen que “protege a la persona del uso no consentido de su imagen y rasgos más característicos que la hagan identificable”.

lesionan su honor ni su intimidad. Por tanto, se define 'por exclusión', de suerte que en la práctica protegerá ante reproducciones de la imagen de las personas que no puedan hacerse valer por la vía del honor o de la intimidad.

En consecuencia, el derecho a la propia imagen se configura como un derecho subjetivo que protege ante la mera reproducción de la imagen por medio de un dibujo, caricatura, foto, etc.

III. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ÁMBITO LABORAL: ESPECIALIDADES Y REGULACIÓN.

Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que el derecho a la propia imagen en la vertiente laboral está marcado por la especial relación de subordinación que ostenta el trabajador frente al empresario⁵, lo que justifica que, en determinadas ocasiones, deba prevalecer el derecho a la libertad de empresa⁶ (un derecho constitucional de los considerados 'de menor rango'⁷). No obstante, hay que partir de la base de que el trabajador mantiene los derechos inherentes a su persona, si bien la institución del contrato de trabajo y la organización empresarial resultan, ciertamente, poco proclives al reconocimiento de aquéllos.

Como pone de manifiesto AGRA VIFORCOS⁸, esta posición de conflicto empresario-trabajador hoy se encuentra reconocida, pero no hace mucho tiempo se encontraba obviada "merced a una visión comunitaria de la empresa en la cual aquellos [derechos] correspondientes al operario quedaban diluidos en la confusión existente entre empleador y padre de familia".

5 GARCÍA ORTEGA, J.: "La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales", en DEVERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 223, señala en este sentido que "La concertación del contrato de trabajo supone para el trabajador quedar sometido al poder de dirección del empresario, poder que comprende un cúmulo de facultades necesarias tanto para llevar a cabo su actividad económica tomando decisiones en el mercado, como organizativas internas, y en concreto en materia de gestión del personal".

GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, p. 21, advierte en el mismo sentido que "la situación de subordinación que caracteriza la relación de trabajo no puede explicarse en manifestaciones de ejercicio del poder empresarial que lesionan instancias irreductibles de libertad o intimidad".

6 La STC 15 noviembre 2004 (RTC 2004, 196) afirma en este sentido que "La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE".

7 La doctrina constitucionalista española es unánime a la hora de distinguir entre los denominados derechos fundamentales, recogidos en los arts. 14 a 29 y en el 30.2 CE, y el resto de derechos constitucionales (arts. 30 a 38 CE). Éstos últimos no ostentan la protección en amparo que el art. 53.2 CE brinda a los derechos fundamentales.

8 AGRA VIFORCOS, B.: "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo", *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 275, 2006, pp. 8-9.

En el ámbito laboral, es clásica la distinción entre aquellos derechos fundamentales específicos de la propia relación de trabajo, como por ejemplo el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) o el derecho de huelga (art. 28.2 CE); de aquellos denominados inespecíficos, es decir, los que no siendo propiamente laborales pueden ejercitarse en el seno de una relación de trabajo. Estos últimos adquieren una especial relevancia, llegando a suponer lo que se ha venido a denominar como 'laborización' de estos derechos⁹.

El derecho a la propia imagen es, por tanto, un derecho inespecífico, carácter que conduce al principal problema que podemos encontrar respecto de su protección en el ámbito laboral: al no ser un derecho específicamente laboral, carece de una regulación específica en dicho ámbito.

Para proteger este derecho se suele acudir al art. 4.2.e) ET, que incide en este aspecto al disponer que en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad...". Del mismo modo, el art. 8.11 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) califica como infracciones muy graves "Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores".

Igualmente, el respeto al derecho a la propia imagen en el ámbito laboral suele hacerse valer también por la vía del art. 17.1 ET, que si bien no enumera en sus factores discriminatorios el aspecto externo del trabajador; la doctrina considera que el elenco contenido se fundamentaría en un *numerus apertus* que, con base en el art. 14 CE, terminaría por considerar discriminatorio el trato desigual fundado únicamente en el aspecto físico del trabajador¹⁰.

En fin, un sector de la doctrina también opta por acudir al cajón de sastre contenido en el art. 14 CE ("Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por [...] **cualquier otra condición o circunstancia personal o social**"), e incluso al artículo 10.1 CE que declara la dignidad de las personas.

9 V. entre otros ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 28 y ss.; o PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 31 y ss.

10 V. AGRA VIFORCOS, B.: "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo", cit., p. 28; o SERRA CALLEJO, J.: "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, pp. 59 y 91.

IV. LIMITACIONES AL DERECHO DEL TRABAJADOR A SU PROPIA IMAGEN.

Trazado ya el marco general de normas que se refieren al conflicto aquí planteado, es momento de plantear las distintas situaciones que, en el marco del contrato de trabajo, pueden vulnerar o suponer una limitación al derecho a la propia imagen del trabajador:

Para ello, es necesario distinguir entre dos fases: a) la fase de selección de trabajadores (anterior, por tanto, al contrato de trabajo); y b) la fase de ejecución del contrato de trabajo.

I. En la fase de selección de trabajadores.

Uno de los momentos en que más claramente puede quedar lesionado el derecho a la propia imagen del trabajador es la fase de selección¹¹. En la medida en que las empresas buscan trabajadores que proyecten la imagen de la empresa (o, al menos, la imagen que la empresa quiere transmitir), el trabajador queda expuesto en esta fase a un alto riesgo de sufrir una discriminación en el acceso al empleo por su apariencia.

Se produce aquí, por tanto, un conflicto entre la libertad de empresa del empresario (en cuyas facultades de organización interna se encuentra, sin duda, la libre elección de los trabajadores que considere adecuados), y el derecho del trabajador a no sufrir discriminación en el acceso al empleo por razón de su imagen o apariencia.

La determinación de cuándo se está ante una discriminación y cuándo no, es difícil de realizar; debiéndose efectuar un análisis conjunto de los siguientes factores:

a) **La apariencia física del trabajador.** El elemento principal sobre el que debe sostenerse el análisis es la apariencia física de quien solicita el empleo. En principio, se habrá de sospechar que puede existir discriminación en el acceso al empleo cuando se está ante una persona cuya imagen puede suscitar rechazo en la sociedad, bien por no cumplir los cánones mínimos de belleza (fealdad, defectos físicos ostensibles, etc.), bien por proyectar la imagen una determinada opción política, social o cultural que no goce, en términos generales, del respaldo de la sociedad (por ejemplo, partidarios de la ultra derecha con la cabeza rapada, o personas con tatuajes, piercings, etc.).

11 AGRA VIFORCOS, B.: "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo", cit., p. 32, dice a este respecto que "La singular peligrosidad inherente a esta fase de conformación del vínculo jurídico-laboral deriva de constituir el ámbito donde de manera más evidente se manifiesta la supremacía del empresario y la absoluta situación de inferioridad del aspirante, mostrando claramente la insuficiencia de instrumentos legales en el ordenamiento patrio para evitar la discriminación; además, sin proteger la paridad de trato en el acceso al empleo, carecen de sentido todas las demás garantías".

Hay que poner de relieve en este punto la diferencia entre la apariencia física (en sí misma considerada) y otros motivos de discriminación que puedan tener relación con aquélla, en particular los que atienden al origen de las personas o a cuestiones religiosas. Resulta evidente que la imagen de alguien que porte motivos religiosos pertenecientes a una religión distinta del empleador puede suscitar a éste rechazo, si bien la discriminación se produciría, no en atención a la apariencia del trabajador, sino a su religión o convicciones.

b) *Los méritos que acredite el trabajador.* En efecto, otro de los elementos importantes a tener en cuenta a la hora de valorar si existe o no discriminación en el acceso al empleo es el currículum o los méritos que acredite el potencial trabajador. En atención a este criterio, se debe decir que, en principio, existirá discriminación si la empresa no selecciona a un candidato cuya imagen pueda suscitar rechazo, en favor de otro que acredite menos méritos en su trayectoria profesional.

c) *La importancia de la apariencia física del trabajador para la empresa.* Es evidente que la imagen del trabajador proyectará la imagen de la empresa en aquellas empresas cuya actividad consista en un servicio prestado de cara al público¹². En cambio, en otro tipo de empresas, como por ejemplo las del sector secundario (empresas de actividad industrial), la imagen será un elemento cuya importancia será relativa.

Es decir, no es lo mismo que quien lleve peinados extravagantes y tatuajes sea un abogado de un gran bufete (que tiene que suscitar confianza y responsabilidad en sus clientes), que lo sea un operario de una fábrica que realiza su jornada laboral dentro de ella y no tiene que proyectar la imagen de la empresa hacia el exterior:

La valoración conjunta de los criterios explicados llevará a determinar si en el caso concreto hubo o no discriminación. Discriminación que, como pone de manifiesto GARCÍA ORTEGA¹³, es “atípica de difícil represión”, y que, en caso de ser atendida por los jueces, “no daría como resultado la contratación del discriminado

12 Es clásica en esta materia la STS 27 diciembre (RJ 1999, 10091), que resuelve un caso en el que la compañía de vuelos “Iberia” publicó una oferta de trabajo en la que exigía a los candidatos los siguientes requisitos básicos: a) poseer “una adecuada imagen”; b) edad entre 18 y 25 años; c) en cuanto a la estatura, para los hombres debía estar comprendida entre 1’74 y 1’90 metros, y para las mujeres entre 1’64 y 1’82 metros; y d) en caso de necesitar lentes correctoras (no más de dos dioptrías), usar microlentillas.

El Supremo declaró que el requisito de “buena imagen” para acceder a las pruebas de acceso no es discriminatorio, sino que, 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 la doctrina, AGRÁ VIFORCOS, B.: “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, cit., p. 22, apunta en este sentido que “en determinados puestos de trabajo, fundamentalmente aquellos en que el empleado actúa cara al público, los usos sociales, pero también los prejuicios, imponen una determinada apariencia”.

13 GARCÍA ORTEGA, J.: “La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales”, cit., p. 226.

sino que debería ser indemnizado, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse”.

Hay que tener presente, sin embargo, que los casos que llegan a los tribunales por discriminaciones en las fases selectivas son bastante escasos. Ello deriva de la habitualidad, el convencimiento y el carácter reservado que reviste el proceso de selección y su decisión, junto a la falta de reacción de los candidatos a empleados, condicionados seguramente por la gran dificultad probatoria y la ausencia de mecanismos jurídicos eficaces¹⁴.

2. Durante la ejecución del contrato de trabajo.

Los trabajadores pueden sufrir atentados en su derecho a la imagen no sólo en momentos anteriores a la concertación del contrato de trabajo, como ya se ha visto, sino también, y sobre todo, durante la ejecución del mismo.

Estas restricciones del derecho a la propia imagen pueden ser múltiples y muy variadas. No obstante aquí, a diferencia de la fase de selección de trabajadores, existe un contrato de trabajo de por medio que puede legitimar la intromisión que eventualmente padezca el trabajador. Se deberá estar, por tanto, a las circunstancias que rodeen el supuesto concreto (especialmente la necesidad de la medida para el fin pretendido por el empresario), circunstancias que, en unos casos, legitimarán la medida y, en otros, le privarán de legitimidad.

Como punto de partida, se ha de tener presente que el Tribunal Constitucional ha declarado que los derechos de los individuos perviven en el seno de las relaciones laborales¹⁵, si bien aquéllos pueden ser limitados en función de los intereses y objetivos del empresario¹⁶.

Por tanto, el trabajador debe cumplir aquellas obligaciones y directrices que provengan de su empleador (art. 20.3 ET). Empero, el trabajador podría abstenerse de acatar la orden del empresario cuando ésta sea manifiestamente ilegítima o

14 GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1996, p. 45.

15 V. en este sentido SSTC 7 febrero 1984 (RTC 1984, 18) y 10 octubre 1988 (RTC 1988, 177), en las que se afirma que “en un estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos [derechos fundamentales y libertades públicas] no lo sea en la vida social”.

En un sentido similar, las SSTC 19 julio 1985 (RTC 1985, 88) y 11 abril 1994 (RTC 1994, 99) aseveran que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano.

En la doctrina, MOLINA GARCÍA, M.: “El derecho del trabajador a su propia imagen (STC 99/1994, de 11 de abril), *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1995, p. 624, considera en relación con el derecho a la propia imagen que “se encuentra reconocido para ser ejercitado por cualquier ciudadano, y el trabajador antes de adquirir la condición de parte en el contrato de trabajo, antes de ser trabajador asalariado, es primeramente ciudadano”.

16 V. en este sentido STC 11 abril 1994 (RTC 1994, 99), en la que se declara que “La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él”.

cuando concorra alguna causa justificativa¹⁷. En estos casos podría aducirse lo que BALLESTER PASTOR denomina *ius resistentiae* del trabajador frente a la directriz de su empresario, es decir, la abstención de aceptar una orden cuando este último se exceda en su poder organizativo o rebase la dignidad del empleado¹⁸.

A continuación, se analizarán los supuestos más frecuentes de intromisiones en el derecho a la propia imagen de los trabajadores.

A) El control del empresario: el establecimiento de sistemas de vídeo-vigilancia.

En ocasiones, el empresario (al fin y al cabo el sujeto más interesado en el devenir del negocio, en tanto en cuanto pone los medios de producción y el capital necesario para el desarrollo de la actividad) sospecha sobre el rendimiento o comportamiento ético de sus trabajadores, ante lo cual decide implantar sistemas de vídeo-vigilancia.

Hay que partir aquí de que el art. 20.3 ET faculta al empresario, en principio, para utilizar sistemas de control de rendimiento del trabajador. Así, señala dicho precepto que "El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso".

Por tanto, se ha de tener en cuenta que, a pesar de la aparente ilicitud de los mecanismos de control que puedan afectar al derecho a la propia imagen del trabajador (como sería, por ejemplo, una cámara oculta), el ET permite la adopción de medidas de vigilancia y control. De lo que se deduce *prima facie* que no toda medida de control resulta ilícita.

Respecto a la legitimidad de la implantación de cámaras de vigilancia, el art. 64.1 ET dispone que "el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores". Por su parte, el apartado f) del tercer párrafo del artículo 64.5 ET preceptúa que "el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre [...] la implantación y revisión de sistemas de organización y control del

17 Es el caso de la STSJ de Cataluña 17 agosto 2000 (AS 2000, 3145) que considera injustificado el despido de una trabajadora de hostelería que portaba un piercing en la nariz, ya que su negativa a quitárselo era tan sólo mientras cicatrizaba la herida, para que no se produjera una lesión en la salud o en su aspecto físico.

18 BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: Límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 169, 2005, p. 29.

trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”.

Aparentemente, de estos imperativos legales se deduce la necesidad de dar traslado al comité de empresa de toda intención de adoptar medidas de control de los trabajadores para que éstas sean consideradas legítimas, estando facultado aquél para emitir informe previo valorando la medida a adoptar¹⁹. Y es que la situación que más debate ha suscitado en la doctrina judicial no ha sido tanto la implantación de cámaras, como los despidos disciplinarios derivados de una grabación.

Como norma general, es lugar común entre la doctrina y la jurisprudencia admitir la instalación de sistemas audiovisuales de control en aquellos casos en que exista una sospecha objetivamente fundada (y no una mera sospecha) de que el asalariado está descuidando sus obligaciones o está incurriendo en actuaciones delictivas (tales como la sustracción de dinero en efectivo de un cajero, deterioro de instalaciones, etc.), debiendo concurrir en la medida de control elegida los siguientes requisitos, establecidos con carácter general por el Tribunal Constitucional para determinar si ha existido lesión de un derecho fundamental:

1) Ha de venir justificada por algún acontecimiento, dato contable o elemento fáctico de la realidad que haya alertado al empresario de la posible comisión por parte del empleado (o de los empleados) de irregularidades en su puesto de trabajo que contribuyan a despilfarrar o reducir los recursos y el beneficio de la empresa; por tanto, lo que se prohíben son las medidas arbitrarias o caprichosas.

2) Ha de ser susceptible de lograr el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).

3) Ha de ser necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; esto es, dentro de las posibles, la medida elegida ha de suponer el menor agravio posible a los derechos fundamentales del trabajador (juicio de necesidad).

4) De la misma se han de derivar más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

19 No obstante, la práctica de los tribunales ha venido suavizando estos requisitos, al entender que la puesta en conocimiento de los trabajadores de las eventuales medidas de vigilancia podría frustrar la finalidad del empresario, como es la de detectar irregularidades del empleado en el desempeño de sus tareas. De suerte que la jurisprudencia ha venido permitiendo el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los preceptos citados en determinados supuestos en que se antojaba necesario el desconocimiento del trabajador de la eventual medida de control. Así, la sentencia más importante en la materia, la STC 10 julio 2000 (RTC 2000, 186), vino a convalidar la falta de comunicación a los representantes e incluso al propio trabajador afectado, “sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida”.

La plasmación jurisprudencial de estos requisitos fue llevada a cabo por la STC 10 julio 2000 (RTC 2000, 186), que supuso un cambio en relación a la línea jurisprudencial seguida hasta entonces. Ésta denegó el amparo al recurrente por considerar que la instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde aquél desempeñaba 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)”. En consecuencia, el Tribunal Constitucional descartó que se hubiera producido lesión alguna de los derechos a la intimidad personal²⁰ y a la propia imagen.

De la misma manera, la STSJ Andalucía (Sevilla) 9 marzo 2001 (AS 2001, 2788), no apreció vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, en el caso del despido de un reponedor de hipermercado, que fue captado por el sistema de vídeo-vigilancia consumiendo productos en el curso de su jornada laboral. En este sentido, señala la sentencia que con la filmación se pretendía “obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral [del trabajador despedido], pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador; constitutivas de transgresión a la buena fe contractual”.

B) Limitaciones a la elección por el trabajador de su apariencia física externa.

Como se ha tenido ocasión de explicar, el derecho a la propia imagen, desde una perspectiva constitucional, implica la facultad del individuo de modelar su imagen a su gusto, es decir, de optar por la apariencia física externa que desee.

20 Relacionada con el derecho a la intimidad personal se encuentra otra importante sentencia en la materia, la STC 10 abril 2000 (RTC 2000, 98). En este caso, la empresa (un casino) contaba con un sistema de control y seguridad consistente en vídeo-vigilancia. Como complemento del indicado sistema, decidió instalar un sistema de grabación de audio. En este supuesto, entiende el TC que la implantación del nuevo sistema de control resulta lesivo del derecho fundamental a la intimidad, al no acreditarse la necesidad de un control general más intenso al preexistente como el que se pretendía establecer: “la instalación de los micrófonos no ha sido efectuada como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad y control anteriormente establecidos sino que, como se deduce del comunicado que la empresa remitió al Comité de empresa dando cuenta de la implantación del sistema de audición, se tomó dicha decisión para complementar los sistemas de seguridad ya existentes en el casino. Es decir, no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE”.

Resulta evidente que, cuando una persona deambula por la calle o actúa fuera del poder decisor de un empresario, puede vestir o adoptar la imagen que considere oportuna. No obstante, en el contrato de trabajo puede ocurrir que, en ciertas ocasiones, el empresario considere que la imagen del trabajador no va acorde con el puesto que desempeña. Por ejemplo, en el negocio de la hostelería, suele estar mal visto en un camarero el hecho de que lleve la barba larga²¹, pues al cliente le puede dar una impresión de carencia de higiene.

Las circunstancias del caso se erigen, de nuevo, en elemento principal a la hora de valorar si la intromisión en el derecho a la propia imagen está justificada o no. En estos supuestos, se deberá atender, fundamentalmente, a las costumbres o a los usos de la profesión en cuestión²², que pueden aconsejar la opción por un determinado tipo de peinado, barba, maquillaje, etc.

C) Limitaciones a la elección del trabajador de su vestuario: especial referencia a la utilización de uniformes en el trabajo.

Otro punto en el que pueda quedar afectado el derecho a la propia imagen del trabajador es el relativo a la elección de vestimenta. En efecto, en determinadas ocasiones el empresario exige a sus empleados portar un vestuario concreto (trajes, uniformes de la empresa, etc.).

A nuestro juicio, la exigencia de un determinado uniforme o vestuario se explica por la necesidad que tiene todo empresario de dotar a su empresa y a sus productos de una determinada imagen de marca²³. Esta imagen de marca debe ser consistente y no aparentar fisuras a los ojos del cliente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que tales requisitos sobre la uniformidad de los empleados pueden

21 V. en este sentido la STS 12 febrero 1986 (RJ 1986, 749). En ella, se confirmaba el despido de un empleado del hotel que desempeñaba labores de camarero, por negarse a afeitarse la barba. El Supremo apreció que “es uso y costumbre en el sector de hostelería, al menos en la provincia y en los departamentos de restaurantes y bares para aquellos empleados que tengan contacto directo con clientes, que deben permanecer afeitados, sin bigote ni barba”, para posteriormente concluir que “la orden de acudir a su trabajo completamente rasurado que de la empresa recibió el actor no puede ser calificada de injusta, ni entender que supone extralimitación en las facultades empresariales, ni vulneración de los derechos del trabajador; pues no cabe olvidar que los usos y costumbres locales y profesionales son, a tenor del artículo 3.1.d) del Estatuto de los Trabajadores fuentes jurídicas de la relación laboral”.

22 Por ejemplo, AGRÁ VIFORCOS, B.: “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, cit., p. 40, señala a este respecto que “debe considerarse una limitación completamente legítima la derivada de las necesidades de seguridad y salud en el trabajo o de exigencias en materia de higiene, en tanto los bienes jurídicos a proteger pueden justificar la restricción al derecho a la propia imagen, imponiendo la obligación de portar, por ejemplo, un traje ignífugo o antirradiación, un casco protector o una bata de médico o de cocinero”.

23 BALLESTER PASTOR, I.: “Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: Límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral”, cit., pp. 29-30, dice sobre este punto que “Nadie duda de la importancia de la imagen como un vehículo indiscutible que ayuda al marketing empresarial” y que “Por ello, las actividades desarrolladas en el, cada vez más desarrollado, sector terciario –comercio y hostelería, compañías aéreas, etc.- exigen que se regule en su ámbito el que el trabajador deba ofrecer una cuidada, moderna y actual imagen que permita facilitar su actuación en el mercado”. Añade la autora que “la imagen de la compañía se exterioriza a través de cómo se ofrece ante los clientes, cómo se presenta la fisonomía de su producto, la de sus instalaciones, y, también, la de sus empleados”.

provenir también de normas generales de tipo profesional (como sería el caso de los vigilantes de seguridad), o de un convenio colectivo (que es lo más habitual).

Se ha de matizar, como ya se ha hecho en un momento anterior, que la importancia del vestuario será distinta en función del tipo de trabajo de que se trate (es decir, en función de la mayor o menor interacción trabajador-cliente). Este elemento será, pues, fundamental a efectos del análisis sobre la idoneidad de la medida.

Así, por ejemplo, la STS 23 enero 2001 (RJ 2001, 2063) no consideró que la exigencia de “falda larga de 2 cm por encima de la rótula y medias” para las trabajadoras del AVE violara el derecho fundamental a la propia imagen, habida cuenta que el uso de dicha vestimenta “obedece no a un problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de la mujer, sino a consideraciones organizativas empresariales [...], con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa, a través de una adecuada uniformidad en el vestir”.

Más recientemente, la STS 19 abril 2011 (RJ 2011, 2309) consideró discriminatoria por razón de sexo la práctica empresarial que impone a las enfermeras y auxiliares de planta y consultas externas de un centro sanitario, la obligación de utilizar el uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el pijama sanitario, siendo que éste es utilizado no sólo por el personal masculino sino también por el femenino de otros departamentos. No obstante, el Supremo aprecia que dicha práctica no vulnera el derecho a la intimidad de las trabajadoras afectadas, al no apreciarse “exhibición física inadecuada o excesiva”.

En fin, hay que matizar que la imposición por el empresario de un determinado uniforme tiene su límite en el respeto a la dignidad humana (arts. 10.1 CE y 4.2.e ET), que facultaría a los trabajadores a no portar aquellos uniformes que puedan resultar degradantes o atentatorios contra la dignidad.

D) El uso de la imagen del trabajador a efectos comerciales o promocionales.

Un último supuesto que vamos a analizar es el relativo a la captación de la imagen del trabajador con fines promocionales de la propia empresa en que trabaja o, en general, del sector de actividad en que desempeña su profesión.

En principio, es discutible si los poderes de dirección del empresario facultan a éste a ordenar a un trabajador que pose para una fotografía con fines de promoción de la empresa. Hay trabajos en los que la cesión del uso de la imagen es esencial²⁴.

24 DE VICENTE PACHÉS, F.: “Doctrina Constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen (Estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre y 99/1994, de 11 de abril)”, *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*, núm. 71, 1996, p. 48, pone como ejemplo de esto a “modelos, artistas u otros colectivos profesionales de igual naturaleza en los que el objeto del contrato presupone una disposición del derecho de la imagen”.

En este sentido, GARCÍA ORTEGA²⁵ pone de relieve que “El contrato de trabajo puede ser título habilitante para la captación de la imagen del trabajador, bien sea porque se pacte expresamente, bien sea porque la naturaleza de la actividad implique necesariamente la captación de la misma”.

Sin embargo, ello no es lo usual. Lo habitual es que la cesión del uso de la imagen del trabajador no sea una de las tareas que deba desempeñar aquél. Por tanto, en estos supuestos, llegado el caso de que el empresario requiriera al trabajador para la cesión del uso de su imagen, no está nada claro si tal orden puede ampararse en los poderes de dirección que dimanen del contrato de trabajo.

En esta materia, es ya clásica la STC 11 abril 1994 (RTC 1994, 99), que resuelve la procedencia del despido de un trabajador, oficial de 2ª en la tarea de deshuesador de jamones, ante su negativa a exhibir su habilidad en el corte del jamón, negativa explicada por el hecho de que dicha exhibición iba a ser captada fotográficamente y posteriormente publicada.

El Tribunal Constitucional comienza señalando que “La cuestión, ahora, es, si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho”, para afirmar a continuación que “No consta que el trabajador, oficial de 2.ª deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles -o aun habituales- de las funciones que debía desarrollar. Con este condicionante básico, el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada”.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional concedió el amparo al trabajador por la intromisión en su derecho fundamental a la propia imagen.

25 GARCÍA ORTEGA, J.: “La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales”, cit., p. 234.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 28 de febrero y 30 de agosto, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto. El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de 30 páginas:
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: A) o Números: 1°

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán excepcionalmente y sólo para contener texto adicional y nunca referencias bibliográficas, aunque podrán hacer referencia a la bibliografía.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Serán utilizadas para textos que apoyan una afirmación o aclaran una hipótesis de trabajo. Si son breves deben incluirse en el texto, cuidando de ponerlas entrecomilladas o con una letra de tipo diferente para distinguir el texto citado, del resto del texto. Cuando la longitud del texto citado exceda de dos líneas, deberá llevarse a una nota a pie de página.

VIII. Referencias bibliográficas

Todas las citas se ajustarán a las normas de publicación de trabajos de la American Psychological Association (APA) en su "Publication Manual" (Washington, 1994).

Las referencias bibliográficas se escriben al final del artículo, todo en minúsculas salvo la primera letra, en una hoja aparte y en estricto orden alfabético.

El manual APA distingue y clasifica las referencias de acuerdo al tipo de material:

Libros.- Autor (apellido -sólo la primera letra en mayúscula-, coma, inicial de nombre y punto; en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con una “y”), año (entre paréntesis) y punto, título completo (en letra cursiva) y punto; ciudad y dos puntos, editorial. Ejemplos:

- Apellido, I., Apellido, I. y Apellido, I. (1995). Título del Libro. Ciudad: Editorial.
- Tyrer, P. (1989). Classification of Neurosis. London: Wiley.
- **Capítulos de libros colectivos o actas.-** Autores y año (en la forma indicada anteriormente); título del capítulo, punto; “En”; nombre de los autores del libro (inicial, punto, apellido); “(Eds.)”, o “(Dir.)”, o “(Comps.)”; título del libro en cursiva; páginas que ocupa el capítulo, entre paréntesis, punto; ciudad, dos puntos, editorial. Ejemplos: Autores (año). Título del Capítulo. En I. Apellido, I. Apellido y I. Apellido (Eds.), Título del Libro (págs. 125-157). Ciudad: Editorial.
Singer, M. (1994). Discourse inference processes. En M. Gernsbacher (Ed.), Handbook of Psycholinguistics (pp. 459-516). New York: Academic Press.
- **Artículos de revista.-** Autores y año (como en todos los casos); título del artículo, punto; nombre de la revista completo y en cursiva, coma; volumen en cursiva; número entre paréntesis y pegado al volumen (no hay blanco entre volumen y número); coma, página inicial, guión, página final, punto.
Ejemplos:
Autores (año). Título del Artículo. Nombre de la Revista, 8(3), 215-232.
Gutiérrez Calvo, M. y Eysenck, M. W. (1995). Sesgo interpretativo en la ansiedad de evaluación. *Ansiedad y Estrés*, 1(1), 5-20.
- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes, día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Comentarios normativos.**- Extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.
- **Comentarios jurisprudenciales.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.
- **Reseñas bibliográficas.**- Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

