

LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA IMAGEN EN ESPAÑA

Prof. Dra. Ángeles Jareño Leal

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia (España)

RESUMEN: El presente artículo trata el tema de la protección penal del derecho a la imagen en el derecho español. El derecho a la imagen está consagrado en la Constitución española, y además se tipifica en la legislación penal el quebranto o lesión a este bien jurídico. Se analiza en este trabajo el tipo penal que protege el derecho a la imagen; además, se plantea el conflicto entre el derecho a la imagen y el derecho a la información, y la protección a la imagen de las personas sometidas a la justicia penal.

PALABRAS CLAVE: derecho a la imagen, derecho a la información, protección penal.

ABSTRACT: This article addresses the issue of the criminal protection of image rights under de Spanish law. The image right is enshrined in the Spanish Constitution, and also the criminal legislation sets the grief of this legally. We analyze in this work the criminal offence which protects the image right, and in addition, the conflict between the image right and the right of information and the protection of image of persons under a criminal procedure.

KEYWORDS: image rights, right to information, criminal protection.

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2013

I.-EL DERECHO A LA IMAGEN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española protege expresamente el derecho a la imagen en su artículo 18, entre otros derechos fundamentales, cuando señala: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Como puede observarse, este artículo recoge el derecho a la imagen junto al honor y la intimidad, los otros derechos personales con los que guarda una relación estrecha.

El derecho a la imagen no apareció expresado como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como es lógico, porque la protección de la propia imagen está ligada a la aparición de tecnologías más o menos recientes, como la fotografía, en primer lugar, y los medios audiovisuales, de forma más actual (televisión, vídeo, internet). El hecho de que pueda considerarse la Constitución española como relativamente "nueva" (1978), en relación con el resto de las europeas, es quizás lo que determinó al legislador a establecer la protección de la imagen, al constatarse ya en ese momento el carácter lesivo que las nuevas tecnologías podrían tener sobre este derecho personal, cuando se actúa sin consentimiento del titular. De hecho, en 1978 el propio desarrollo de la tecnología informática podía hacer prever los peligros que empezaban a cernirse sobre derechos como la intimidad y la imagen⁸⁴⁷. La realidad actual está demostrando lo acertado de la mención expresa al derecho a la imagen en la Constitución, junto a la intimidad, y aunque en un principio los órganos judiciales fueron algo reticentes a salvaguardar ambos derechos cuando entraban en conflicto con el derecho a la información y la libertad de expresión, actualmente existe ya una jurisprudencia asentada que ha consagrado su protección desde la perspectiva penal, civil, y constitucional, cuyo análisis será el objeto de este trabajo.

⁸⁴⁷ El artículo 18.4 de la Constitución también contempla la necesidad de imponer ciertos límites al uso de la informática "para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

En otros países europeos existe también desde hace tiempo una protección jurisdiccional del derecho a la imagen, y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene revisando conflictos sobre este tema desde hace años. A pesar de que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1953 (el texto legal base) no recoge una referencia específica al derecho a la imagen, el Tribunal Europeo ha derivado su protección de lo que dispone el artículo 8 del propio Convenio (“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”), señalando que se encuentra entre los derechos de la personalidad, en concreto dentro del concepto de vida privada que protege dicho precepto. En este sentido hace años que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos define el derecho a la imagen como la “facultad para decidir sobre la captación y reproducción de la propia figura”.

El desarrollo histórico de la protección jurídica del derecho a la imagen en Europa tiene su origen en la aparición de la técnica de la fotografía, en el ámbito propio de los derechos de autor. En un principio sólo era objeto de protección el aspecto patrimonial del derecho a la imagen, en el contexto de la propiedad intelectual y artística de las fotografías captadas y reproducidas sin consentimiento; así que su protección se inició en el ámbito civil. Pero en la actualidad ya se ha consolidado el aspecto moral de este derecho, y es indudable que se trata de un derecho de la personalidad⁸⁴⁸.

En España, la declaración del artículo 18 de la Constitución se ha desarrollado tanto en el ámbito penal, con el artículo 197 del Código, como en el civil, con la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal

⁸⁴⁸ Vid. sobre el origen histórico Abravanel-Jolly, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Lyon 2006. Y en el ámbito de la doctrina civil española vid. Rovira Sueiro, María E., *El derecho a la propia imagen*, Granada 2000; Royo Jara, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid 1987. En algún país, como Francia, fue la propia jurisprudencia la que tomó la iniciativa de proteger este derecho, lo que acabó por determinar al legislador a establecer su regulación jurídica.

y Familiar y a la propia Imagen⁸⁴⁹. En ambos casos la protección se refiere al ámbito moral del derecho a la imagen, que es el aspecto contenido en el artículo 18 de nuestra Constitución, entre los derechos fundamentales⁸⁵⁰.

Por otro lado, con la mención que el artículo 18 hace por separado al honor, la intimidad y la imagen, queda claro que se trata de tres derechos con protección independiente, y que, por tanto, el aspecto moral del derecho a la imagen también puede lesionarse sin relación con la intimidad de la persona en cuestión, lo que ocurre cuando se capta o se reproduce sin consentimiento su mera imagen “neutral”. Se hace esta puntualización porque en su origen la doctrina civil española consideraba que la protección de la imagen quedaba englobada dentro de la intimidad, de tal manera que era difícil encontrar jurisprudencia protectora cuando la lesión se había efectuado fuera del ámbito estricto de dicha intimidad⁸⁵¹. En este sentido, doctrina y jurisprudencia hicieron durante un tiempo una interpretación demasiado literal de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al ligar la imagen a la noción de “vida privada”. Sin embargo, finalmente el Tribunal Constitucional español ha declarado la autonomía de ambos derechos, así como su protección independiente, y en la práctica jurídica se reconoce abiertamente que, aunque

⁸⁴⁹ Ley 1/82. Artículo 1.1 de esta Ley: “El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

⁸⁵⁰ El Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia 81/2001, de 26 de marzo, que “en el artículo 18.1 se protege la dimensión moral del derecho, relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. Y aunque la dimensión del valor económico y comercial no forma parte del contenido del derecho fundamental, se trata de un bien digno de protección, tal y como recoge la Ley 1/82 (artículo 7.6). En suma, el derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución española, por su carácter personalísimo, limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”.

⁸⁵¹ Sobre el debate en el ámbito civil véase Rodríguez Ruiz, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid 1998, pág. 12, y Martínez de Pisón Caveno, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid 1993, pág. 95.

se trata de derechos conexos, con un espacio en común, no existe dependencia del derecho a la imagen con respecto a la intimidad, a efectos de su protección. Así, el Tribunal Constitucional español señala habitualmente que el derecho a la imagen es un derecho autónomo, cuya protección tiene lugar aunque no se lesione el buen nombre de su titular ni se dé a conocer su vida íntima, porque se trata de salvaguardar un ámbito propio y reservado (aunque no íntimo) frente a la acción y conocimiento de los demás⁸⁵². También señala este órgano que el derecho a la imagen tiene un contenido positivo, que supone para su titular poder decidir sobre la captación, reproducción o publicación de su figura; y un contenido negativo, que comporta la facultad de impedir que dichas conductas sean realizadas por terceros, sea cual sea la finalidad perseguida por quien capta o difunde la imagen de una persona sin su consentimiento.

II.-PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA IMAGEN

A) La protección penal del derecho a la imagen se consagra en España con el Código penal de 1995, dentro del grupo de “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad domicilio” (Título X), en concreto en el Capítulo Primero, bajo la rúbrica “Del descubrimiento y revelación de secretos”. A estos efectos el párrafo primero del artículo 197 señala:

“El 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 o 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, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.”

⁸⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo

La base típica de este precepto es antigua, pues, como ocurre en otros ordenamientos penales, la violación de la correspondencia escrita se ha castigado desde los primeros códigos existentes. Pero el artículo 197 fue remodelado con la llegada del Código penal de 1995, que introdujo la rúbrica “Delitos contra la intimidad” por primera vez como bien jurídico común, y agrupó varias conductas que antes estaban dispersas en distintos preceptos del texto penal.

En cuanto a la conducta típica, todas las modalidades que contiene este párrafo primero del artículo 197 tienen en común la necesidad de traspasar las barreras defensivas de la intimidad del tercero, es decir, de quebrantar las defensas protectoras de dicha intimidad (“apoderarse”, “interceptar”, “utilizar artificios”). De tal manera que el desvalor de acción viene constituido por este aspecto material de la conducta. Ello quiere decir que quedan fuera del tipo penal aquellas otras conductas de sujetos que llegan a conocer la intimidad de un tercero sin haber utilizado medios subrepticios para ello, es decir, sin haber vencido una barrera defensiva puesta por el titular del bien jurídico. Por ejemplo, por lo que se refiere a la correspondencia escrita, no se produce el delito cuando alguien lee la carta abierta que otro ha dejado sobre una mesa en un lugar muy transitado. Pues precisamente la necesidad de quebrantar las defensas es lo que permite trazar el límite entre el ilícito penal y el civil, por lo que la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen se aplica cuando se lesiona la intimidad o la imagen sin darse los requisitos típicos del precepto penal. Por eso, no existe lesión penal del derecho a la imagen cuando se capta la imagen de alguien en la vía pública (sin su consentimiento), pues se trata de un lugar en el que, por definición no es posible llevar a cabo aspectos íntimos de la vida, y no es necesario quebrantar defensa alguna para su obtención. Así que tampoco infringe el ilícito penal la fotografía efectuada desde el exterior de una vivienda a una persona que se encuentra en su interior pero con las ventanas abiertas, ya que tal imagen es perceptible a simple vista por el ojo humano, sin tener que vencer obstáculo alguno. Aunque puede tratarse de imágenes íntimas, falta un requisito del tipo delictivo del

artículo 197, que es la captación subrepticia de tal imagen, el cual no se da porque ha sido el propio titular el que ha cancelado las barreras defensivas. Por eso, en estos supuestos la protección debe ser únicamente civil, ya que se está lesionando la facultad positiva del titular del bien de decidir sobre la captación y reproducción de su imagen.

En definitiva, la protección penal del derecho a la imagen debe limitarse a los casos en que se capta sin consentimiento la imagen de un tercero “en un contexto de intimidad”, puesto que la lesión de la intimidad es el elemento unificador de todos los supuestos del artículo 197.1 del Código penal. Por ejemplo, encontramos sentencias condenatorias cuando se coloca subrepticamente una cámara web en los baños de un centro comercial, o cuando se graba con una cámara oculta el encuentro sexual entre dos personas⁸⁵³. El espacio para la protección civil quedará, así, para los casos en que la imagen se ha captado en un contexto neutral, pero sin consentimiento del titular: por ejemplo, alguien ve reproducido en un periódico un primer plano reconocible de su figura mientras pasea por un parque, o mientras come en un restaurante, sin que haya otorgado consentimiento para ello⁸⁵⁴. Si bien existen algunas excepciones cuando se trata de personas con relevancia pública, las cuales deben “soportar” cierta intromisión en este derecho, como se verá después. En todo caso, los propios afectados son los que en la práctica están decidiendo cuál es el procedimiento a iniciar, penal o civil, pues el artículo 201.1 del Código penal dispone que para proceder por estos delitos es necesaria la denuncia de la persona agraviada. De hecho, en ocasiones, después de la absolución penal el afectado acaba recurriendo a la vía civil, buscando en este campo la protección jurisdiccional que no se le ha otorgado penalmente si la

⁸⁵³ Sentencias del Tribunal Supremo de 27-3-03 y de 10-12-04.

⁸⁵⁴ Esta protección de la “imagen neutral” es posible porque, como señala el Tribunal Constitucional, la imagen “constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”: Sentencia del Tribunal Constitucional de 81/2001, de 26 de marzo.

conducta no cabe en el tipo penal. En relación con esto también es importante tener en cuenta que el artículo 201.3 del Código penal establece la posibilidad del perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal.

B) Analizando el derecho a la imagen como objeto material protegido en el artículo 197 hay que hacer determinadas precisiones. Debe tratarse de captar o reproducir “la propia figura”, es decir, la que permite la identificación del titular. El objeto protegido es la imagen que permite reconocer a una persona, esto es, la que reproduce sus rasgos físicos de forma que pueda ser identificada por terceros. Además dicha reproducción de los rasgos debe ser real y auténtica, de tal manera que la figura identifique por sí misma a la persona en cuestión. Es trasladable al campo penal la afirmación de la doctrina civil, cuando señala que no se trata de que sólo se identifique a sí mismo el propio sujeto, sino de que pueda ser identificado por cualquier tercero neutral que contemple la reproducción (sin necesidad de aportar la prueba de que dicha realización ha sido efectivamente realizada). Hay que tener presente que el artículo 197.1 del Código penal protege la captación o reproducción de la verdad, por lo que sólo cuando la imagen captada no es modificada o manipulada existe dicha verdad. Por eso no encuentran protección en este precepto aquellos casos en que la conducta ha consistido en hacer un montaje de imágenes. Por la misma razón la caricatura de una persona tampoco es objeto de protección en el artículo 197.1, aunque en este caso puede entrar en juego el delito de injurias si dicha caricatura es denigrante u ofensiva para el honor del sujeto en cuestión⁸⁵⁵.

A modo de recensión de este apartado, puede concluirse que la lesión a la disponibilidad de la propia imagen sin más, es decir, la captación o la

⁸⁵⁵ Por otro lado no debe confundirse el derecho a la imagen como derecho moral, expresado en el artículo 18 de la Constitución española, con el derecho “a tener una determinada imagen”, es decir, el derecho a tener el aspecto externo que cada uno desee. La jurisprudencia ya ha dejado muy clara la diferencia entre ambas cuestiones, señalando que el derecho a tener el aspecto externo que cada uno desee se relaciona con el libre desarrollo de la personalidad, y en la Constitución Española ello aparece ligado en el artículo 10 a la dignidad de las personas (Sentencia del Tribunal Constitucional de 17-9-07).

reproducción neutral de ésta sin implicaciones sobre la intimidad, o el honor, no tiene protección penal, siendo suficiente con la protección civil que otorga la Ley 1/81. La protección penal del artículo 197.1 del Código entra en juego cuando dicha captación o reproducción se ha efectuado en un contexto claro de intimidad. Y en el caso de que la imagen reproducida implique una lesión al honor, puede ubicarse la infracción en esta clase de delitos.

C) Desde la perspectiva penal encontramos sentencias castigando la lesión al derecho a la imagen, por ejemplo, y como ya se ha señalado, cuando se coloca una cámara web en unos servicios de un centro comercial⁸⁵⁶; o en un vestuario⁸⁵⁷; o cuando se graba con una cámara oculta el encuentro sexual entre dos personas⁸⁵⁸. En casos de estas características no podría llegar a justificarse la invasión de este derecho por el ejercicio de otros que pudieran entrar en conflicto, pues estamos ante la imagen en relación con el núcleo fuerte de la intimidad.

Sin embargo, cuando la captación subrepticia de la imagen no tiene que ver con dicho núcleo fuerte de la intimidad las soluciones penales han sido otras, y la jurisprudencia ha considerado válida como prueba para condenar por un hurto la grabación obtenida por una cámara oculta, que la propietaria de la vivienda ha instalado para controlar la actividad de su empleada de hogar, que es quien realiza dicho hurto⁸⁵⁹. En opinión del juzgador las imágenes no pertenecían al ámbito personal o privado, y como no habían sido reproducidas ni difundidas más que en el estricto margen de la causa penal en la que debían servir como prueba, se concluyó que al instalar la cámara la propietaria había ejercido un derecho reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución española. En este caso la confrontación se planteaba entre el derecho a la imagen y

⁸⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27-3-03.

⁸⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 16-11-03.

⁸⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10-12-04.

⁸⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10-9-07.

determinadas prerrogativas que tiene el empleador en el ámbito laboral, que son las facultades de vigilancia y control que establece el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁶⁰. Aunque también se planteaba otro problema en el que el órgano juzgador no llegó a entrar: los límites existentes con respecto a la instalación de cámaras dentro del propio domicilio. Pues si bien parece cierto que el artículo 18 de la Constitución española otorga prerrogativas en este sentido al titular del domicilio, tal facultad no puede tener un alcance ilimitado, de tal manera que dicho titular pudiera grabar –y en su caso reproducir- sin consentimiento la imagen de todas las personas que van pasando por su vivienda, pues entonces se lesiona la facultad de éstas de disponer de su propia imagen. En sentido similar a la sentencia que se acaba de citar, otra sentencia del año 2010 legitima la conducta de quien coloca en su domicilio una cámara web oculta con la finalidad de grabar los malos tratos que se infligen a una anciana, enferma de alzheimer, por parte de una empleada de hogar, prueba que es utilizada para condenar por dichos malos tratos⁸⁶¹.

III.- EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

A) Un importante volumen de conflictos se produce entre el derecho a la imagen y el derecho a emitir y recibir información veraz (reconocido en el artículo 20 de la Constitución española). Este conflicto se plantea en el ámbito civil, entre otros casos, en relación con la grabación de imágenes con una cámara oculta, con la finalidad de divulgarlas posteriormente en un medio televisivo sin consentimiento del titular. En los primeros tiempos de vigencia de la Ley de

⁸⁶⁰ Artículo 20.3 del Estatuto de los trabajadores: “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”.

⁸⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20-12-10

Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen (1982) el conflicto entre los dos derechos se resolvía a favor del derecho a la información. Sin embargo, se ha producido recientemente un cambio jurisprudencial importante, ante los evidentes excesos que en los últimos años se han producido por un periodismo “amarillo”, que ha utilizado dichas cámaras para grabar a terceros sin su conocimiento, emitiendo después dichas entrevistas en programas televisivos, casi siempre sensacionalistas, con el argumento de que se trata de “periodismo de investigación”. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente, en concreto, sobre el carácter ilícito de las entrevistas en que el periodista, llevando escondida una pequeña cámara de vídeo, se hace pasar por cliente que solicita determinados servicios profesionales, para de esta forma, engañando al entrevistado, conseguir que éste confiese algún tipo de prácticas, a veces irregulares, que pueda estar llevando a cabo en el ejercicio de su profesión: por ejemplo, la entrevista se realiza en una clínica de cirugía estética, o en un despacho dedicado a gestionar el cobro de deudas de personas morosas, etc. En un principio la jurisprudencia fue indulgente con este tipo de prácticas, y ante la denuncia del afectado, que veía reproducir la entrevista en un medio televisivo sin que ello le hubiera sido notificado, solía contestar que en estos casos prevalecía el derecho a emitir y recibir información veraz frente al derecho a la intimidad y la imagen, ya que la conducta quedaba enmarcada dentro del llamado periodismo de investigación, que buscaba esclarecer determinadas prácticas irregulares cuyo conocimiento interesaba a los ciudadanos, dado su “interés público”. De esta forma, el supuesto interés público de la noticia en cuestión obligaba al particular a soportar la intromisión en sus derechos fundamentales. Sin embargo, afortunadamente se ha producido un giro jurisprudencial en esta cuestión, y a partir del año 2012 el Tribunal Constitucional ha decidido dar preferencia en estos casos a los bienes protegidos por la Ley de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen. Dicho cambio jurisprudencial ya se había iniciado con la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-1-09, y se consolidó con tres sentencias del Tribunal Constitucional: la Sentencia 12/2012, de 30 de

enero, la Sentencia 24/2012, de 27 de febrero, y la Sentencia 74/2012, de 16 de abril, siendo la primera de ellas la que sienta la doctrina que es seguida por las otras.

Efectivamente, en la Sentencia 12/2012, de 30 de enero, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el atentado a la intimidad y a la imagen que en el caso enjuiciado se produjo cuando una periodista que trabajaba para una productora televisiva acudió a la consulta de una profesional de la estética naturista, y haciéndose pasar por cliente fue atendida por dicha profesional en la parte de su vivienda destinada a consulta, ocasión utilizada por la periodista para grabar su voz y su imagen por medio de una cámara oculta. Posteriormente dicha entrevista fue retransmitida por una cadena de televisión. Según declara el Tribunal Constitucional, también en el ámbito profesional se llevan a cabo actividades que tienen que ver con la intimidad, ya que el desarrollo de este derecho no se circunscribe sólo al domicilio, y también en un despacho profesional existe una “expectativa razonable” de que una conversación no va a ser oída ni “vista” por terceras personas. En cuanto al derecho a la imagen, el Tribunal Constitucional señala que también se vulnera en estos casos, porque consiste en el “derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública”, y comprende “la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde”; abarcando “la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental”. Sobre la técnica de grabar una entrevista con cámara oculta la sentencia señala que la “captación de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen, mediante la captación in consentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación”. Según el Tribunal Constitucional, en el caso analizado se vulneraron tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la imagen de la profesional en cuestión: el derecho a la intimidad porque aunque la relación que intentó establecer la periodista era de naturaleza profesional,

haciéndose pasar por cliente, el encuentro se desarrolló en un ámbito privado; y el derecho a la imagen porque se privó a la persona de la facultad de decidir sobre la reproducción de su figura en un medio televisivo. El Tribunal Constitucional resalta en esta sentencia varios factores que le hacen inclinarse a favor de la intimidad y la imagen cuando entran en conflicto con el derecho a transmitir información veraz: la capacidad intrusiva del uso de una cámara oculta, la utilización de ardides para acceder al lugar y entrevistarse con la persona en cuestión, la mayor capacidad expansiva de la difusión por televisión (frente a la que puede darse con la prensa escrita), y la necesidad de “reforzar la vigilancia contra los peligros del uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación”. Para el Constitucional lo decisivo en estos casos es la forma en que se obtiene la información, y no entra en la sentencia a valorar el interés público que la noticia pudiera tener, señalando que “tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)”.

Sin embargo, en relación con esta última afirmación creo que podría hacerse alguna matización, pues no carece de importancia para resolver el conflicto entre la intimidad o la imagen, por un lado, y el derecho a emitir y recibir información veraz, por otro, la relevancia pública de lo que se investiga con la cámara oculta, y quizás en este punto el Tribunal debería haber desmenuzado un poco más la cuestión. En mi opinión, debe analizarse con más detalle si la injerencia en el derecho fue excesiva, o no, en relación con el fin perseguido, es decir, si existió proporcionalidad entre el medio utilizado para lograr una información veraz y la lesión del derecho fundamental a la intimidad e imagen que ello comportaba. Aun estando totalmente de acuerdo con la solución final alcanzada por la sentencia del Tribunal Constitucional, creo que en determinadas circunstancias (bastante excepcionales) puede llegar a justificarse la injerencia⁸⁶².

⁸⁶²Un caso interesante en este sentido se planteó en relación con las fotos que hizo un periodista al primer mandatario de Italia, Silvio Berlusconi, en el curso de una fiesta

B) En el ámbito civil la jurisprudencia también se ha pronunciado en relación con las imágenes que se captan sin consentimiento del titular en “espacios abiertos al público”. En principio la captación sin consentimiento de la imagen de una persona en un espacio público no tiene relevancia penal, puesto que difícilmente en ese contexto puede hablarse de intimidad. Por eso los casos de estas características se han resuelto en el ámbito civil, aunque la persona o las personas en cuestión se encuentren en situaciones que podríamos llamar de cierta privacidad, pues cuando una persona realiza actos definidos como íntimos en lugares claramente públicos puede decirse que está otorgando un consentimiento implícito al conocimiento de terceros, lo que viene a cancelar la protección reforzada del bien intimidad contenida en el artículo 197 del Código penal.

Pero, como señala la jurisprudencia constitucional, desde la perspectiva civil el derecho a la propia imagen también se protege cuando se trata de un contexto “neutral”, al estar tutelada “la mera facultad del titular para decidir sobre

privada dentro de su villa de vacaciones, para cuya celebración había contratado a personas que ejercían la prostitución. Las fotos fueron hechas utilizando un potente teleobjetivo, siendo publicadas después en un medio de información, como prueba de que en tales fiestas se utilizaban recursos públicos para trasladar a los invitados (por avión o barco), y al custodiar dicho lugar con las propias fuerzas de seguridad del estado. El conflicto en este caso se produce entre el derecho a la intimidad del mandatario y el derecho a emitir y recibir información veraz, y se trata de un supuesto en el que opino que podría llegar a prevalecer este último, ya que en democracia el ejercicio del derecho a la intimidad de la máxima personalidad política de un país puede estar “aminorado”, debido precisamente al cargo ocupado y al interés de los ciudadanos en conocer la verdad o mentira de aquello que predica su presidente con sus palabras, pero no con sus hechos. Si el comportamiento privado de tal personalidad está en abierta contradicción con aquellos valores que propugna, y que le han llevado al triunfo en las urnas, puede decirse que está engañando a los ciudadanos, y estos tienen derecho a conocer la contradicción que existe cuando quien dirige su país predica unos valores moral-religiosos para los demás, y aplica otros para sí mismo. Sólo conociendo la verdad sobre la vida privada de su jefe de gobierno podrán emitir los ciudadanos un voto “informado”, que es el único realmente libre en un sistema democrático. En mi opinión, desde el punto de vista jurídico existía un “interés público” en conocer determinados aspectos de la vida privada de Berlusconi, y por ello la información que proporcionaba el reportaje gráfico podría caer dentro del lícito ejercicio del derecho a emitir y recibir información veraz, siempre que se adoptaran unas cautelas mínimas con determinados detalles de las fotografías tomadas.

su captación y reproducción” (aunque no afecte al buen nombre del sujeto, ni se dé a conocer su intimidad), con lo que la imagen de las personas que deambulan por lugares públicos es susceptible de protección jurídica. Sin embargo, en determinadas ocasiones la Ley de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen legitima la intromisión cuando se trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad, o de proyección pública, y la imagen es captada durante un acto público. Y también debe soportarse la intromisión cuando se trata de la información gráfica de un suceso o acaecimiento público y la imagen de una persona determinada aparece como meramente accesoria (artículo 8.2). En ambos supuestos se hace prevalecer el derecho a la información, pero en el caso de los personajes públicos sólo si tales sujetos están desarrollando actividades de carácter público. Por ello, gozan de su derecho a la imagen cuando ésta es captada en un lugar público pero en un contexto de cierta intimidad: por ejemplo, se ha reconocido la vulneración del derecho en el caso de la fotografía tomada a dos personas que están en una actitud cariñosa en una playa pública⁸⁶³; o en el caso de la grabación en vídeo de la agonía de un torero que acaba de ser corneado por el toro⁸⁶⁴. En estos casos de imágenes captadas sin consentimiento el Tribunal Constitucional ha hecho prevalecer el derecho a la imagen frente al derecho a la información, por revelarse aspectos de la vida privada y familiar que los titulares del derecho quieren reservar al público conocimiento, aunque se trate de personajes públicos. En caso contrario, cuando se trata de imágenes neutrales de dichos cargos o personajes públicos, captadas en espacios públicos, la

⁸⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2002, de 22 de abril. La Sentencia señala que “la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finanzas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.

⁸⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 231/1998, de 2 de diciembre.

jurisprudencia suele decantarse por argumentar que existe para éstos un deber de soportar la intromisión, pues la Ley 1/82 así lo dispone⁸⁶⁵.

IV.-EL DERECHO A LA IMAGEN DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A LA JUSTICIA PENAL

A) En el caso de personas que se encuentran incurso en procedimientos penales, o internas en centros penitenciarios, la jurisprudencia española es más condescendiente con la intromisión en su imagen, y casi siempre hace prevalecer el interés público de la noticia para justificar las fotografías o imágenes televisadas de estas personas, captadas y reproducidas sin su consentimiento. Así ocurre con la imagen de una persona cuando es trasladada esposada a las dependencias policiales⁸⁶⁶; o la de quien se encuentra dentro de

⁸⁶⁵ Así se resuelve en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16-4-07, con respecto a la fotografía publicada en la prensa de una agente de policía durante el desalojo de una vivienda; y en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala civil) de 27-3-99, sobre la publicación de una fotografía en la que aparece claramente identificable el escolta de un personaje político.

El artículo 8 de la Ley señala:

“1. No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

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

⁸⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala civil) de 19-5-10.

un centro penitenciario⁸⁶⁷. En ambos casos, el órgano juzgador ha señalado que la fotografía en sí misma es una noticia de interés público, lo que vendría a justificar la injerencia en el derecho a la imagen. El Tribunal Constitucional suele dar preferencia al derecho a la información especialmente cuando se trata de cargos o de personajes públicos⁸⁶⁸.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha autorizado expresamente la difusión televisada de los juicios, no estando claro el momento procesal oportuno en el que el procesado puede formular oposición a ello, en su caso. En mi opinión, sin embargo, la retransmisión televisada de un juicio supone aminorar la protección del derecho a la imagen de los encausados, sin que ello quede justificado. El sometimiento de una persona a un proceso penal conlleva ya el sufrimiento añadido de la llamada “pena de banquillo”, y la difusión de la imagen en esas circunstancias añade todavía un plus a dicho sufrimiento, ya se trate de un sujeto que es finalmente inocente o que es culpable (en este último caso el “escarnio público” que comporta el hecho de difundir su imagen puede repercutir en su rehabilitación futura). Hay que recordar que los acusados en los procesos penales gozan de todos los derechos fundamentales que no se restringen por

⁸⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala civil) de 8-7-04 y Auto del Tribunal Constitucional de 176/2007.

⁸⁶⁸ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en su sentencia de 11-1-05 (caso *Sciascia* contra Italia) que existió una intromisión ilegítima en el caso de una ciudadana italiana encausada en un procedimiento penal, que vio reproducida su foto en varios periódicos, junto a la noticia del delito. A juicio del Tribunal se había producido una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la publicación de la fotografía vulneraba el derecho a la vida privada de la persona en cuestión, al no tratarse de un personaje público, sino simplemente de una persona sometida a diligencias penales. El Tribunal declaró que la injerencia en el derecho fundamental sólo sería posible en el caso de darse alguna de las tres razones que cita el artículo 8.2 del Convenio, ninguna de las cuales concurría aquí: ser una injerencia prevista por la ley, alcanzar una de las finalidades legítimas según el art. 8.2 y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dicha finalidad (proporcionalidad en la injerencia). En este caso, además, el Tribunal declaró que la demandante era persona común, y no un personaje público, con lo que la posibilidad de la injerencia debía ser más reducida. Con carácter general, el Tribunal declaró que estar sometido a diligencias penales no aumenta la posibilidad de injerencia sobre el derecho a la vida privada de las personas.

razón del proceso, y que la condena penal sólo afecta a los derechos que se expresan en la sentencia, con lo que los acusados, o los condenados, detentan el derecho a la propia imagen como cualquier otro ciudadano⁸⁶⁹.

Es cierto que la intromisión en el derecho a la intimidad del sujeto imputado puede ser necesaria para el esclarecimiento de la verdad, y de hecho algunas de las prácticas probatorias, y los propios interrogatorios, ya implican inevitablemente la intromisión en dicha intimidad, pues el proceso penal así lo requiere para la averiguación de los hechos. Pero a estos efectos no aporta nada la publicidad de la imagen del acusado durante el juicio oral, salvo satisfacer la curiosidad y el morbo de los ciudadanos; como señala a veces la jurisprudencia, la simple satisfacción de la curiosidad humana no tiene nada que ver con el derecho a la información⁸⁷⁰.

Por otro lado, y siguiendo con la crítica a la práctica de retransmisión audiovisual de los juicios, hay que decir que ello comporta un riesgo para las garantías de un juicio justo, ya que la retransmisión televisada influye de forma activa en el desenvolvimiento del proceso judicial, y puede afectar al hallazgo de la verdad procesal y del derecho aplicable por el órgano imparcial, pues está comprobado que las personas cambian su forma de comportarse ante la presencia de los medios de comunicación. Ello supone un riesgo para las garantías de limpieza del proceso penal, y afecta a todos los que intervienen en él, ya sean peritos, testigos, o jueces, ya que quizás estos últimos no puedan sustraerse al clima creado por la opinión pública (“juicios paralelos”), y se acaben inclinando inconscientemente por las expectativas más generalizadas, en perjuicio de una solución justa⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ Estas interesantes reflexiones se encuentran en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30-7-2004, criticando la doctrina del Tribunal Constitucional.

⁸⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30-7-04.

⁸⁷¹ Estos argumentos son expuestos por un Magistrado discrepante con la resolución adoptada por mayoría en la sentencia del Tribunal Constitucional 56/2004, añadiendo que: “La protección del honor, la intimidad y la propia imagen de las partes deben ser traídos inmediatamente a colación, si se quiere que la Sala de justicia siga siendo lugar

Pese a los argumentos que se acaban de exponer, el Tribunal Constitucional ha avalado en las sentencias 56 y 57/2004 la retransmisión televisada de los juicios, bajo el manto justificador del respeto al ejercicio de la libertad de información, señalando que el acceso de los medios gráficos debe atenerse a las competencias que la Ley Orgánica del Poder Judicial y las leyes de carácter procesal otorgan a los jueces y tribunales para decidir sobre la limitación o exclusión de la publicidad en los juicios⁸⁷². De esta legislación, y de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Constitución, deduce el Tribunal Constitucional que debe declararse de forma general la posibilidad de acceso de los medios audiovisuales a las vistas, si bien de forma eventual es posible que el órgano judicial prohíba dicho acceso en algún caso concreto⁸⁷³.

B) Sin embargo, por lo que se refiere a las actividades propias de la fase de investigación del delito la jurisprudencia ordinaria sí que es garantista con respecto al derecho a la imagen, pues la instalación de cámaras ocultas por parte de la policía debe sujetarse a la existencia de la autorización judicial correspondiente, y sólo pueden tomarse imágenes sin dicha autorización cuando se trata de personas que se encuentran en espacios abiertos al público. En este

de búsqueda y declaración objetiva de la verdad y el Derecho, que asisten a quienes contienden por sus derechos, con la presencia de un tercero objetiva y subjetivamente imparcial, lo que tampoco se asegura cuando el Juez ve su imagen realizada o denostada en los medios. El artículo 10.2 in fine del Convenio Europeo de Derechos Humanos toma en consideración, a este respecto, la necesidad de garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial como restricción a la libertad de expresión.”

⁸⁷² La regulación legal que cita este órgano viene dada por los artículos 120.1 y 20.4 de la Constitución, 232.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (regulación supletoria para todos los procesos), y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En todo caso, es posible restringir la entrada a la sala de vistas, según el propio Tribunal, tanto a la prensa como al público, durante parte o la totalidad del juicio, cuando lo exijan “los intereses de los menores o la vida privada de las partes, la seguridad o la privacidad de los testigos o los intereses de la justicia, entre otros bienes merecedores de protección”.

⁸⁷³ El artículo 20.4 de la Constitución señala como límite al derecho a la información “el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en algunas resoluciones, legitimando las fotografías realizadas por agentes policiales desde la calle al interior de una vivienda, por ejemplo, para demostrar que en dicho lugar se efectúa venta de droga. Este órgano ha señalado que la autorización judicial será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido puesto por el titular para salvar su intimidad, por lo que los agentes de policía pueden captar imágenes siempre que se obtengan grabando lo que cualquiera puede mirar y observar, al no existir obstáculos que perturben o dificulten la curiosidad de los que por allí pasan. En este sentido el Tribunal Supremo también ha legitimado las imágenes captadas por la policía a través de una ventana abierta, señalando que no es necesaria la autorización judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás⁸⁷⁴.

BIBLIOGRAFÍA

Abravanel-Jolly, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Lyon 2006.

Amat Llari, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid 1992.

Anarte Borrillo, E., "Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código penal", en *Jueces para la Democracia*, nº 43, marzo 2002.

Azurmendi Adarraga, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid 1997.

Boix Reig, F.J., (Dir.) *La protección jurídica de la intimidad*, (libro colectivo), Madrid 2010.

⁸⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15-4-97.

Boix Reig, J., Doval Pais, A., y Jareño Leal, A., “Protección penal de la intimidad y derecho de defensa en causas matrimoniales”, La Ley, Abogados de Familia, nº 26, 3-10-02.

Carrillo, M., El derecho a no ser molestado. Información y vida privada, Navarra 2003.

Doval Pais, A. y Jareño Leal, A., “Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero)”, La Ley nº 4844, de 21 de julio de 1999.

Grimalt Servera, P., La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, Madrid 2007.

Jareño Leal, A., Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, Madrid 2008.

Jareño Leal, A., “El derecho a la imagen como bien penal”, Teoría & Derecho, Diciembre 6/2009.

Juanatey Dorado, C. y Doval Pais, A., “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en La protección jurídica de la intimidad (dir. J. Boix Reig), Madrid 2010.

Martínez de Pisón Cavero, El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional, Madrid 1993.

Rodríguez Ruiz, B., El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, Madrid 1998

Rovira Sueiro, María E., El derecho a la propia imagen, Granada 2000.

Royo Jara, J., La protección del derecho a la propia imagen, Madrid 1987.