

Inseguridad jurídica

El Estado de Derecho tiene, entre sus finalidades primarias, el respeto de todos –poderes públicos y ciudadanos– a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y la seguridad jurídica, principio éste que se garantiza en el art. 9.2 de la CE. En lo que hace a los derechos fundamentales, y en concretos los referidos a las libertades de comunicación, el mandato constitucional se manifiesta por su reconocimiento y protección. Con este doble carácter, el reconocimiento es bastante con su formulación constitucional, no así la protección que requiere para su efectividad la intervención de los poderes públicos. No basta, por ejemplo, que se reconozca el derecho a la creación literaria, artística y científica para que tal reconocimiento sea real. Se precisa, además, de una norma específica que proteja el derecho moral y de explotación del autor de la creación, lo que

resulta mediante la Ley de Propiedad Intelectual. Y es a partir de esa normativización que el poder judicial –jueces y magistrados– disponen de los instrumentos precisos para su eficaz protección, cumpliendo de esta manera correctamente su misión de administrar justicia sometidos al imperio de la ley. Es cierto que en nuestro sistema judicial hay jueces que aplican la ley y otros que la interpretan, pero éste es otro debate que nos alejaría del que aquí nos ocupa. Por tanto, en el orden procesal español el juez, o tribunal, tiene la misión de aplicar la norma jurídica, y obviamente la Constitucional que encabeza nuestro sistema de fuentes del Derecho.

En lo que se refiere a los derechos fundamentales y específicos de la personalidad –honor, intimidad y propia imagen– que la Constitución garantiza en su art. 18.1, su norma básica de desarrollo en el orden civil se con-

Teodoro González Ballesteros es catedrático de Derecho de la Información de la Universidad Complutense de Madrid.

creta en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y en orden penal, entre otros, a través de los delitos contra el honor –calumnia e injuria– recogidos en el tít. IX del Código Penal, lo que permite al juzgador civil o penal disponer de los instrumentos normativos suficientes para establecer su debido ámbito de protección, ya sea frente a las intromisiones ilegítimas o las conductas dolosas. Puede afirmarse, en consecuencia, que los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución garantiza, reconoce o protege requieren para su efectivo amparo por los órganos jurisdiccionales su necesario desarrollo mediante una ley, lo que comúnmente se conoce como la *interpositio iuris*. Muestra de ello es la ley de libertad religiosa, las citadas sobre honor y de creación, la reguladora de los derechos de reunión, manifestación, petición y del derecho a la educación, que aportan seguridad jurídica a los ciudadanos al saber el contenido y forma de protección de tales derechos; y a los jueces que tienen delimitado su contenido y ámbito de actuación. Recordemos que toda norma jurídica, además de aportar seguridad a la persona, limita y concreta su aplicación por los órganos encargados de administrar justicia.

En lo que concierne a los derechos fundamentales referidos a la co-

Cuando, de forma genérica, hay dos derechos fundamentales en litigio, los de la persona –honor, intimidad e imagen– y los de la información –emitir y recibir–, los jueces tienen tasado por ley orgánica el ámbito de protección de los primeros, pero no los de la información

municación, y en concreto sobre el derecho a emitir información y el derecho a recibirla, existe un gran vacío legislativo que se cubre en el tráfico judicial ordinario con las interpretaciones, no siempre acertadas o sujetas al texto constitucional, de nuestro Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional en su función de máximo interprete de la Constitución y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la aplicación del Convenio Europeo de 1950. A modo de referencia conviene recordar que, por ejemplo, el requisito de *interés público o general* que se exige de la información para que prevalezca sobre otros derechos, es una aportación de

la jurisprudencia constitucional, porque el art. 20. 1 d) sólo exige que la información sea “veraz”.

La consecuencia de este vacío legislativo, que referido a la información afecta igualmente al sujeto emisor o periodista, permite a los jueces interpretar la norma constitucional según su saber leer y entender y con sometimiento a las normas de la serena crítica. De ahí que cuando, de forma genérica, hay dos derechos fundamentales en litigio, los propios de la persona –honor, intimidad e imagen– y los singulares de la información –emitir y recibir–, los órganos judiciales tengan tasado por ley orgánica el ámbito de protección de los primeros, pero no así los propios de la información. Es, por ejemplo y salvando las distancias propias de su caracterización legal, si en un asunto sobre desahucio de una vivienda en alquiler estuvieran matizados los derechos del arrendador pero no los del arrendatario, o a la inversa. El litigio sería formalmente desigual.

Existe, por tanto, una llamativa carencia legal sobre los derechos fundamentales que tan pomposamente reconoce y protege el citado art. 20.1.d) de la CE que, al menos, afecta a cuatro aspectos fundamentales: naturaleza, contenido, sujetos y finalidad o función social de los mismos.

Como ejemplo de la situación descrita valgan tres sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entre los días 14 y 28 de

noviembre de 2008, que tienen en común el que enfrentan derechos fundamentales del art. 20.1 a) y b) con, también, derechos fundamentales del art. 18.1. Los hechos de que traen causa las tres son similares, personas –tres mujeres y un varón– de proyección pública fueron fotografiadas sin su conocimiento o consentimiento en sendas playas públicas, y tales imágenes, que las reflejaba desnudas, o semidesnudas, difundidas en la misma revista. Con distintos magistrados ponentes, en la primera se declara que no existe intromisión ilegítima por ser la persona de proyección pública y haber sido captada su imagen en una playa, lugar público y abierto al público; en las otras dos sí se reconoce, por el contrario, la existencia de una intromisión ilegítima. El contenido esencial, y en parte literal, de dichas sentencias es el siguiente:

A) La primera, nº 1.050/2008, trae causa de un recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial que, en apelación, confirmó la condena de la compañía mercantil editora del semanario y del director de la publicación por una “intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la demandante”, una conocida modelo española, de pasarela y fotográfica, de fama internacional (*top model*), por haberse publicado en un ejemplar de la revista correspondiente al mes de abril de 1999 un reportaje ilustrado con varias fotografías de la referida

modelo tomadas o captadas sin su conocimiento mientras se encontraba en una playa de Jamaica por razones ajenas a su actividad profesional, “sin la pieza superior del biquini y en compañía de su novio, sobrino carnal de SM el Rey”. La sentencia de primera instancia, tras declarar que la playa en que se encontraba la demandante era un “lugar público”, fundó su pronunciamiento condenatorio en la “falta de consentimiento de la afectada y en el ánimo de lucro que presidió la publicación de las imágenes, elemento este último que suponía una intromisión ilegítima y que, por tanto, no permitiría amparar dicha publicación en ninguna de las excepciones del apdo. 2 del art. 8 de la LO 1/82. (“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; y c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”).

Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia apelada, “porque la com-



Tanto en la jurisprudencia del Supremo como en la doctrina del Tribunal Constitucional se ha procurado deslindar el derecho a la propia imagen como derecho fundamental del derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de la propia imagen

pra del reportaje fotográfico objeto del procedimiento y su posterior publicación, no respondieron al propósito de ejercer el derecho fundamental de información, sino a una finalidad puramente comercial o crematística, vulnerando con ello el derecho que ostenta toda persona, cuente o no con proyección pública, a impedir que se comercialice con su imagen”. Tal sentencia fue recurrida en casación por la empresa editora y el director de la revista ante el Tribunal Supremo, por tres motivos, a saber:

1º. Persona de proyección pública que se encuentra en un lugar abierto al público. El TS estima el motivo, por considerar que la playa en cuestión

era un lugar abierto al público, comprendido por tanto entre los que contempla la citada excepción del art. 8.2. Por otro lado, “nunca se ha discutido la profesión de notoriedad o proyección pública de la demandante, una modelo española de fama internacional, perteneciente al selecto grupo de las conocidas como *top model*. También ha de resaltarse que en las fotografías la demandante y su acompañante no aparecen en actitudes que revelen momentos íntimos de su vida privada, sino en las habituales de cualquier pareja en un día de playa”. Finalmente, “el entorno que muestran las fotografías no es el de un espacio reservado, apartado o recóndito, buscado precisamente para preservar la intimidad o determinados aspectos de la imagen, sino el normal o habitual de cualquier playa próxima a un hotel. No se dan las circunstancias valoradas por la jurisprudencia de esta Sala para considerar ilícita la publicación de imágenes playeras de personas de notoriedad o proyección pública en lugares públicos”.

2º. Ánimo de lucro. Fundado en infracción del art. 20 de la Constitución en relación con el art. 7.6 LO 1/82 (“tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por la Ley: 6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”), el TS concluye “que también procede estimar-

lo, porque de ningún modo puede compartirse el juicio del Tribunal sentenciador de que las imágenes de la demandante se utilizaran para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Tanto en la jurisprudencia de esta Sala como en la doctrina del Tribunal Constitucional se ha procurado deslindar el derecho a la propia imagen como derecho fundamental o con dimensión constitucional del derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de la propia imagen, de suerte que si bien este último derecho también está protegido por la LO 1/82 no lo sería como derecho fundamental. Pues bien, sin desconocer las dificultades que esta doble dimensión comporta, lo cierto es que no puede confundirse el legítimo objetivo de obtener beneficios económicos, propio de cualquier actividad mercantil y, por tanto, también de las empresas de comunicación, con los fines publicitarios, comerciales o análogos a que se refiere el art. 7.6 LO 1/82. De ser así, resultaría que cualquier información ilustrada con imágenes incontinentadas de una persona de proyección o notoriedad pública en un lugar público nunca podría ampararse en el art. 8.2 a) LO 1/82, a no ser que la empresa titular del medio informativo excluyera totalmente de sus objetivos el beneficio económico, algo difícilmente imaginable en sociedades anónimas editoras, como es la

codemandada-recurrente, desde el momento en que el art. 1-2º del Código de Comercio considera comerciantes a las compañías mercantiles”.

Así las cosas, “las imágenes enjuiciadas no son encuadrables en el art. 7.6 LO 1/82, normalmente reservado a imágenes consentidas en su captación pero sin consentimiento simultáneo o posterior para su publicación, o bien a imágenes in consentidas también en su captación pero de personas sin relevancia pública alguna, pues no son fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga los consistentes en obtener beneficios económicos mediante el ejercicio de la actividad mercantil propia de la empresa titular de un medio informativo, en este caso un semanario de información general”.

En consecuencia, la sentencia recurrida “infringió el art. 20.1.a) (sic) de la Constitución, en relación con el art. 7.6 LO 1/82, porque el derecho constitucional a comunicar libremente información veraz no desaparece ni se debilita por la circunstancia de que mediante la transmisión de la información se obtengan beneficios económicos, como parece consustancial a toda empresa del sector, ni por el hecho, también consustancial al mundo de la información, de que una primicia o exclusiva aumente la tirada o la audiencia y, por tanto, también los beneficios económicos de la empresa titular del medio”.

3º. Interés informativo. Cuestión

Que los medios no dedicados estrictamente a la información política, científica, cultural o económica sólo pudieran publicar imágenes consentidas por sus protagonistas, no resulta compatible con la excepción que contempla el art. 8.2 a) LO 1/82

distinta –interpreta el TS– es que las imágenes enjuiciadas tuvieran o no un interés informativo protegible con arreglo al art. 20.1 a) de la Constitución. “Pero también a este punto debe darse una respuesta afirmativa, porque si se admite que no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural sino que también existe el género más frívolo de la información de espectáculo o de entretenimiento, algo por demás notorio, habrá de concluirse que ‘las imágenes enjuiciadas, de una modelo española de fama internacional acompañada de un sobrino carnal de SM el Rey, tenían un indudable interés

informativo que cuadraba al tipo de semanario en que se publicaron, y además un valor informativo propio en cuanto reforzaban la veracidad de la información transmitida en el texto del reportaje'. Entender lo contrario, en suma, equivaldría a que los medios no dedicados estrictamente a la información política, científica, cultural o económica sólo pudieran publicar imágenes consentidas por sus protagonistas, lo cual no resulta compatible con la excepción que contempla el art. 8.2 a) LO 1/82 ni tampoco con la relevancia que la propia Ley Orgánica atribuye a los usos sociales para delimitar la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen”.

B) La segunda sentencia, nº 1.106/2008, se interpone contra la dictada por la Audiencia Provincial, que estimó la que en su día pronunciara el Juzgado de 1ª Instancia, por considerar que se había producido una lesión en el derecho a la imagen de una conocida actriz, escritora y periodista a causa de la publicación en la portada de una revista –agosto de 1994– de la fotografía de la misma desnuda, y “en las páginas interiores publica un amplio reportaje fotográfico con un breve e insulso texto escrito, en él se hallan una serie de fotografías de ésta, totalmente desnuda, obtenidas sin conocimiento ni consentimiento, con teleobjetivo, en una playa nudista”. Aquí se da una peculiar circunstancia, la reclaman-

te alega intromisión ilegítima en su imagen, sin hacer referencia alguna al derecho a la intimidad; sin embargo, la sentencia de instancia afirma que se ha vulnerado el derecho a la intimidad y a la propia imagen. Y la sentencia de la Audiencia Provincial se centra en la intimidad no alegada, y afirma que “no parece que pueda reputar su intimidad mancillada quien, como la accionante, tuvo a bien exponer su cuerpo desnudo en una playa que, aunque frecuentada por nudistas, en su condición de pública, no controla ni impide su acceso a quienes no lo sean, soslayando así la exponente con su conducta cualquier privacidad al hacer posible la contemplación de su figura desnuda por cualquiera que por allí transitara en aquella fecha concreta, lo que en definitiva comporta rechazar la captación de su repetido desnudo como supuesta vulneración de su derecho a la intimidad, que además no tiene acomodo en ninguno de los cuatro primeros supuestos del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo”, rebajando así la Audiencia el importe de la indemnización por daño moral acordada en primera instancia, motivo alegado por la reclamante para interponer el recurso de casación ante el TS. Dicha sentencia no fue recurrida por la empresa mercantil ni por el director de la revista. La cuestión aquí se centra en la difusión de unas fotografías de persona de proyección pública sin su

consentimiento en la playa, lugar público. En cuanto al carácter de la persona y del lugar el asunto no es cuestionable, y todo se reduce a plantear si hubo o no consentimiento, y al demostrarse la falta de éste, el TS estima el recurso, fundamentado tal postura en varias sentencias del Tribunal Constitucional que recogen que el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y buena prueba de ello es el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica ya calendada, aceptando la indemnización por daños morales que había determinado la Juez de 1ª Instancia, pero que para que se origine la pacífica difusión de la imagen es necesario el consentimiento de la persona afectada. En la resolución del Supremo no hay referencia alguna al art. 20.1.d).

C) La tercera sentencia, nº 1.144/2008, se interpone contra la dictada por la Audiencia Provincial que rechazó la que en su día pronunciara el Juzgado de 1ª Instancia estimando la demanda planteada por los denunciantes contra la revista, su director y el redactor por intromisión ilegítima en su derecho al honor, a causa de la difusión de unas fotografías, en agosto de 1998, en las que ambos –pareja– aparecían totalmente desnudos en una playa. La entidad mercantil titular de la revista, y los co-demandados formularon recurso ante la Audiencia que revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda original tras razonar en el sen-

Con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen, sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación

tido de que ambos demandantes son personas de evidente y reconocida proyección pública; y que el lugar en el que fueron tomadas las fotografías es claramente un lugar público. Decía la Audiencia que “una playa salvo que sea de nudistas, circunstancia que por su destino le confiere una cierta privacidad digna de protección, nunca puede ser considerada un lugar privado por más que su ubicación tenga un difícil acceso y sea poco frecuentada, pues estas circunstancias no son condicionantes y determinantes de la intimidad personal, de manera que en lugares públicos cualquier personaje público está expuesto a que su imagen pueda ser to-

mada y luego reproducida en cualquier medio informativo”. Los demandantes de casación fundamentaron su *petitium* en dos cuestiones:


1º La playa como lugar público. El Tribunal Supremo rechaza la interpretación de la Audiencia que venía a estimar que el derecho a la imagen de los recurrentes no resulta en el caso merecedor de protección por el hecho de que las fotografías fueran captadas en un “lugar abierto al público”, por considerar que “la interpretación que ha de merecer la excepción de hallarse la persona fotografiada en un lugar abierto al público ha de ser finalista y no meramente literal, como parece sustentar la Audiencia en su sentencia hoy recurrida. A este respecto no cabe entender como lugar abierto al público todo aquel al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado –como, en este caso, una playa recóndita–, sino el que resulta de uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada y que comporta que, en tal supuesto, la persona pública, despojada en tal caso de su derecho a disponer de la propia imagen, haya de soportar simplemente las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento pero no, desde luego, el daño notorio causado por situaciones como la enjuiciada que, además, en absoluto, guardaría pro-

porción alguna con un supuesto interés informativo de muy difícil justificación en el caso presente”.

2º. Derecho a la propia imagen. Señala el Tribunal, rechazando la interpretación dada por la Audiencia, que “éste se configura como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, 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. Con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen, sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación; en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Se pretende con este derecho que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, con el objetivo de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personali-

dad ajeno a cualquier injerencia externa. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales. La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho y por esta razón debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. Como ocurre cuando la propia –y previa– conducta de aquel o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel”. Razones éstas por las que se rechaza también el motivo alegado.

Con independencia de otras cuestiones, tales como el tiempo transcurrido para la resolución de los litigios –entre 9 y 14 años–, a pesar de que por la importancia de los derechos fundamentales en juego la Constitución dispone que la tutela judicial será tramitada por un procedimiento baso en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2), y con la cautela necesaria de la firmeza de estas resoluciones que pueden ser recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional y, en su caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es lo cierto que las cuestiones referidas



El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales.

a los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en el art. 20. 1 a) y d) tan sólo se han valorado, frente a los derechos que garantiza el art. 18.1, en la STS 1.050/2008, con el resultado de la prevalencia de la libertad de comunicación. En las otras dos, la norma objeto de estudio, interpretación y aplicación es la Ley 1/1982, de Protección Civil al Honor, que desarrolla el susodicho art. 18.1 de la CE, no siendo posible ni el estudio, aplicación o interpretación de ley alguna referida a las libertades del art. 20.1 a) y d) por, y a pesar de la protección que anuncia el precepto constitucional, no existir en nuestro ordenamiento jurídico. ♦