

EL DERECHO A LA IMAGEN COMO BIEN PENAL

Ángeles Jareño Leal

Profesora Titular de Derecho Penal

Universitat de València

Sumario: 1. La autonomía del derecho a la imagen. 2. Desarrollo jurídico del derecho “a la propia imagen”. 3. La imagen como bien jurídico penal. Nota bibliográfica

1. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO A LA IMAGEN

El artículo 18.1 de la Constitución recoge el derecho a la imagen junto al honor y la intimidad, al señalar: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Este reconocimiento conjunto ha originado cierto debate doctrinal sobre la autonomía del derecho a la imagen. De hecho, en el momento de redactarse la Constitución se propuso por algún grupo suprimir su referencia explícita, al entender que este derecho quedaría englobado en el honor y la intimidad. Algunos autores civilistas negaron, en su momento, su protección autónoma, al considerar, también, que quedaba englobado en la protección del honor. Hoy, los propios civilistas señalan que se trata de un debate ya superado¹. Así viene a ponerlo de manifiesto el propio desarrollo legal, con la Ley 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen², y la protección específica que se le dispensa en el artículo 197 del Código penal. También el Tribunal Constitucional ha señalado que se trata de un derecho autónomo, y que lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que afectan a la esfera personal de su titular, aunque no lesionen su buen nombre ni den 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 demás³.

Este derecho fundamental no forma parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (lo cual, por otro lado, podría haber resultado anacrónico), ni se menciona expresamente en el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (quizás la reticencia doctrinal a su autonomía se haya debido en parte a la falta de tradición legal), pero el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) señala que el derecho a la imagen se encuentra dentro de los derechos de la personalidad, incluido en el concepto de “vida privada” del artículo 8 del Convenio, y declara que otorga a su titular la facultad para decidir sobre la captación y reproducción de su imagen, con las excepciones señaladas en el propio artículo⁴. También afirma este Tribunal en sus resoluciones la necesidad de la mayor vigilancia que debe existir “frente a los progresos técnicos de grabación y reproducción de datos personales de un individuo”, incluyendo “la realización sistemática de fotografías determinadas y su difusión a un público amplio”⁵.

La mención expresa al derecho a la imagen en la Constitución española (también en la Constitución portuguesa) supone cierta visión de futuro en 1978 y, en mi opinión, actualmente tiene razón de ser una protección

específica⁶. Hace treinta años resultaba difícil prever la fácil accesibilidad actual a ciertos desarrollos tecnológicos, cuyo uso determina que la imagen (y, por supuesto, la intimidad) esté en mayor situación de riesgo, y sufra un elevado número de ataques que, además, se realizan en ocasiones de forma indiscriminada y masiva (teleobjetivos, cámaras de tamaño mínimo, teléfonos móviles: objetos todos que permiten la captación subrepticia y la difusión de la imagen por *internet*). Por ello creo que se justifica la protección jurídica expresa que otorgan la legislación civil y penal.

En cuanto a su desarrollo histórico, como señala la doctrina francesa, la protección del derecho a la imagen está ligada, en su origen, a la aparición de la técnica fotográfica, y dicha protección se produce dentro del ámbito jurídico concreto de los derechos de autor, por lo que en un principio la imagen empieza a protegerse en su aspecto patrimonial, en relación con la propiedad intelectual y artística (inicialmente a través del derecho de responsabilidad civil)⁷. Con el tiempo, en Europa el derecho a la imagen acaba ligado al concepto de *vida privada*, tal y como expresamente reconoce el TEDH, y pasa con ello a reforzarse su aspecto “moral”, siendo ubicado por este Tribunal entre los derechos de la personalidad: “La garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes”⁸. En España, tras la Ley 1/82 se encuentran las primeras resoluciones de la jurisprudencia en el ámbito civil. Según los autores de este campo, hacia el año 1900 el derecho a la imagen habría adquirido autonomía en otros ordenamientos del derecho comparado, desarrollándose como una facultad de disposición ligada a la personalidad y bajo la influencia de la doctrina civil alemana relativa al derecho general de la personalidad y la doctrina estadounidense del *right of privacy*⁹. Así, la jurisprudencia civil española repite la idea de que estamos ante una “especie” dentro del “género” de los derechos de la personalidad y señala que “los derechos de la personalidad

se refieren a los aspectos o manifestaciones inherentes a la misma y especialmente trascendentes, tanto físicos, como la vida e integridad física, como morales, como el honor, intimidad e imagen”, y estos tres “no constituyen un solo derecho con varios aspectos (*ius in se ipsum*), derecho tricéfalo, sino tres derechos diferenciados”¹⁰.

2. DESARROLLO JURÍDICO DEL DERECHO “A LA PROPIA IMAGEN”

En definitiva, tras la Ley 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen, doctrina y jurisprudencia civil concluyen hoy en la protección autónoma de este último derecho con respecto a la intimidad y el honor. En verdad no puede ser de otra manera en nuestro ordenamiento jurídico, pues esta autonomía puede deducirse del artículo 18.1 de la Constitución, de la propia Ley 1/82 y de lo dispuesto en el artículo 197 del Código penal. Estamos ante la protección de un derecho de la personalidad (“irrenunciable, inalienable e imprescriptible”, artículo 1.3 de la Ley 1/82), y desde el punto de vista civil se reconoce un doble aspecto de este derecho a la imagen: moral y patrimonial¹¹. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dejado claro 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 CE, 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”¹².

Así, puede ser difícil la distinción del aspecto lesionado (moral o patrimonial) en los casos

de personas que han hecho con habitualidad un uso comercial de su imagen (que por tanto es ya muy conocida públicamente), y en un momento concreto se oponen a su captación y/o reproducción¹³. Desde luego esta situación puede ser compleja de solucionar en el ámbito civil, pero en el ámbito penal la lesión del bien jurídico protegido tendrá lugar cuando la captación o reproducción haya sido subrepticia y se dé en un contexto de intimidad. En este caso, la lesión existirá aunque haya actuaciones precedentes del sujeto pasivo haciendo públicos determinados aspectos de su intimidad mediante imágenes (matizaré algo esta afirmación en el siguiente epígrafe), puesto que se trata de un bien disponible. En el hecho de que el bien sea disponible es decisiva la regulación del perdón del ofendido para estos delitos recogida en el artículo 201.3 del Código penal, así como la necesidad de denuncia para proceder por el delito, según el mismo artículo 201.

Como parece lógico, la mayoría de conflictos que se plantean tienen lugar cuando se ha captado o reproducido la imagen en aras de la libertad de expresión y/o el derecho a la información. En este sentido, opino que la jurisprudencia española ha reaccionado de forma lenta a la protección de la imagen, y puede que en ello tenga que ver la falta de tradición jurídica al respecto en este país¹⁴. Así, existen resoluciones que parecen proteger más un “interés del público” que un “interés público” de la información en sí misma (concerniente al bien común; si bien es cierto que recientemente ha habido algún cambio jurisprudencial). La jurisprudencia civil parece haber seguido al pie de la letra la configuración norteamericana sobre la libertad de expresión (en su relación con el derecho a la información) como un derecho de carácter preferente, al ser “un instrumento a través del cual se forma la opinión pública”, cobrando vida “la esencia y las instituciones del sistema democrático” y ocupando, por tanto, una “posición preferente en el conjunto de los derechos fundamentales”¹⁵.

Se olvida así, como señala Vives Antón, que el carácter preferente de un derecho sólo es tal cuando lo señala la propia Constitución,

cosa que no ha realizado la española, al dejar el desarrollo de cada derecho fundamental, así como la regulación de su ejercicio, en manos del legislador, es decir, de la ley (artículos 20.4, 53.1 y 81.1 de la Constitución). Y en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1, cuando el legislador señala los límites al ejercicio de este derecho en su relación con otros derechos fundamentales tiene que “dejar incólume el contenido esencial del derecho, es decir, aquel contenido sin el cual la afirmación de que el derecho existe sería, sencillamente falsa”¹⁶. En síntesis, para Vives Antón “el contenido esencial de la libertad de expresión, ese “núcleo duro” que ningún poder público puede invadir, se halla constituido por el *derecho al disenso razonado*...con todo lo que de libertad de información y ausencia de “precauciones” y sanciones implica un tal derecho”¹⁷.

Parece que cuando se trata de resolver el conflicto entre el derecho a la imagen y esta libertad de expresión e información, lo más complicado será comprobar que se ha hecho un “uso correcto” de dicha libertad: es decir, que su ejercicio contribuye realmente al debate público que fundamenta el pluralismo político, que está en la base de un sistema democrático, en expresión habitual en la doctrina y la jurisprudencia. Como señala el TEDH, se trata de que dicha libertad informativa ejerza realmente el papel de “perro guardián de la democracia”, afirmando que “conviene efectuar una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos —incluso controvertidos— que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales, por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona que...no desempeña dichas funciones. Si en el primer caso la prensa juega su rol de “perro guardián” de una democracia contribuyendo a comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público, no sucede lo mismo en el segundo”¹⁸.

El problema siempre parece estar, precisamente, en concretar qué es el “interés público” (en relación ahora con el derecho a la imagen),

aunque probablemente sea más fácil reconocer lo que no lo es. En este sentido, y como he señalado, creo que alguna jurisprudencia inicial referida a este derecho a la imagen no ha sido siempre ajustada a las reglas que se acaban de recordar en el párrafo anterior, pues se diría que ha habido una aplicación poco *discriminada* de la preferencia de la libertad informativa, aun en casos que no son, de forma evidente, ejercicio estricto de la información tal y como acaba de entenderse¹⁹. Pero también es cierto que en la jurisprudencia civil reciente se encuentra alguna resolución que parece caminar en un sentido más decidido hacia la protección del derecho a la imagen, comprobando de manera más selectiva si la libertad informativa que se alega es realmente un ejercicio del derecho protegido en el artículo 20 de la Constitución o si, por el contrario, se trata de algo ajeno a dicho ejercicio, al buscar *únicamente* satisfacer la curiosidad humana u obtener beneficios económicos²⁰. Esta es una jurisprudencia más acorde con la del TEDH, y siguiendo en esta dirección creo que podrá afianzarse una doctrina más sólida sobre lo que puede entenderse por “interés público”, en relación con la captación y reproducción de la imagen sin consentimiento. En este sentido, especialmente importante es que se consolide la idea, ya expresada por el Tribunal Supremo, de que no hay interés general, o relevancia pública, en “aquello que sólo satisface la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o que está dirigido exclusivamente por el ánimo de lucro de quien obtiene o difunde la información”²¹.

También el TEDH, en la mencionada sentencia de 24-6-04 señala un camino para concretar el concepto de interés público en relación con el derecho a la imagen: “Cuando la publicación de fotografías tenga como único fin el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de una persona, no se está contribuyendo a ningún debate de interés para la sociedad”²². Y añade que la vida privada “comprende elementos que hacen referencia a la identidad de una persona, tales como el nombre o su derecho a la imagen”, pues “la garantía que ofrece el artículo

8 está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes”, y por ello, “existe una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede concernir a la vida privada”²³. En conclusión, señala este Tribunal que el elemento determinante para establecer el equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión (dentro de la cual ubica la fotografía) reside en la contribución que las fotografías hacen al “debate de interés general”, ya que no existe de forma indiscriminada un interés “legítimo” en conocer la vida privada de los demás²⁴.

Con el tiempo, la jurisprudencia civil española ha ido consolidando algunas cuestiones, como la efectiva y real diferencia entre la lesión del derecho a la imagen y la lesión de la intimidad. También se ha pronunciado sobre cómo debe interpretarse el consentimiento del titular del derecho cuando hay dudas. Así, el Tribunal Supremo ha confirmado el *carácter singular del derecho a la propia imagen*, con respecto al derecho a la intimidad, definiendo el primero como aquél que “otorga la facultad a la persona interesada de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad”²⁵. Con ello el Supremo asume lo genuino y expreso de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico: aunque en el caso concreto la publicación de las fotografías o la difusión de la imagen no vulnera el derecho a la intimidad de la persona, puede darse una intromisión ilegítima en su derecho a la imagen entendida como facultad de disponer, en la medida en que aquellas son captadas y reproducidas sin el consentimiento. Por ello, con respecto al *consentimiento*, el Supremo también consolida la idea de que debe ser *expreso* en cada caso, recayendo la carga de su prueba en quien difunde la imagen²⁶. De esta manera, no puede hablarse de consentimiento “indefinido en el tiempo”, que permita publicar la imagen de alguien en cualquier momento por el hecho de que el titular haya consentido en una o varias ocasiones an-

teriores, ya que el consentimiento debe versar “sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social”²⁷.

En conclusión, el Supremo asume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la imagen, cuando este último señala que “el derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 CE 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 dimensión 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”, y añade que esta facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico se le atribuye porque éste “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”²⁸.

En mi opinión, es deseable que la jurisprudencia futura se dirija en una línea más protectora del derecho a la imagen, pues creo que la libertad informativa se ha desfigurado bastante en los últimos años. Y sucede, además, que existe un flanco muy descubierto en la jurisprudencia sobre este tema: la protección del derecho a la imagen cuando se trata de *personas sometidas a la acción de la justicia*, que ven indiscriminadamente captada y reproducida su figura en los medios de comunicación. Como he señalado en otro trabajo, es notoria la restricción que se está efectuando al ejercicio de este derecho para las personas que están siendo sometidas a la actuación penal, especialmente. Deseo seguir insistiendo sobre esta cuestión porque, en mi opinión, algunas decisiones judiciales adolecen de una justificación sólida.

Así, no parece contribuir en nada a la formación de una opinión pública “democrática y pluralista” acompañar la información sobre la entrada o estancia en prisión de una persona con su imagen en esa situación, o simplemente con una fotografía que le identifica, cuando se trata de un personaje que no es público. Sólo existe, en estos casos, satisfacción de la curiosidad morbosa de los ciudadanos. Por ello, al consentir en la intromisión, la jurisprudencia está aminorando la disponibilidad del derecho a la imagen para estos sujetos, y parece concluir que vulnerar la ley, o la sospecha de haberlo hecho, justifica la difusión de dicha imagen en aras de un supuesto interés público, añadiendo así a la propia acción de la justicia la pena de “escarnio público”²⁹.

Sin embargo la doctrina reciente del TEDH se pronuncia en otro sentido. En su sentencia de 11-1-05 (*Sciascia contra Italia*) este órgano condena al estado italiano por intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de una ciudadana encausada en un procedimiento, que ve reproducida su foto en varios periódicos, junto a la noticia del delito. La foto, realizada por la policía en el momento de ser detenida, había sido filtrada por la fiscalía a la prensa. A juicio del Tribunal, con dicha difusión se produjo una vulneración de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, ya que la publicación de la imagen vulneraba el derecho a su vida privada, al no tratarse de un personaje público, sino simplemente de una persona sometida a diligencias penales. El TEDH recuerda que la injerencia en el derecho sólo es 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 precepto y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dicha finalidad (proporcionalidad de la injerencia). En este caso, el Tribunal finaliza declarando que la demandante es “persona ordinaria”, no personaje público, con lo que la posibilidad de la injerencia queda más reducida, y lo que es fundamental para todos los casos similares, el TEDH concluye que estar sometido a una

causa penal no aumenta la posibilidad de injerencia sobre la imagen de las personas³⁰.

3. LA IMAGEN COMO BIEN JURÍDICO PENAL

Como bien jurídico, la referencia a la imagen aparece en el Código penal de 1995, cuando se efectúa la reestructuración de los delitos contra la intimidad y, entre otras cosas, se establece una mención expresa a su protección (tal y como ya había hecho la Ley 1/82 en materia civil). Es a partir de ese momento cuando empieza a perfilarse este bien desde el punto de vista penal. Al existir también la protección civil, el criterio para la intervención penal será que la captación o reproducción de la imagen comporte no sólo una lesión a la facultad de disponer, sino también, y a la vez, una lesión a la intimidad. Es decir, en el artículo 197 del Código se trata de la protección de la imagen que es captada y/o reproducida sin consentimiento del titular y en un contexto de intimidad (como se ha analizado detenidamente en otro trabajo)³¹.

Las sentencias en el ámbito penal han sido hasta ahora, lógicamente, menos numerosas que las civiles³². En el artículo 197 el concepto de imagen protegida tiene un ámbito estrecho, y es más reducido de lo que se viene entendiendo desde la perspectiva del Derecho civil, teniendo en cuenta el amplio espectro que llega a abarcar tal derecho en ese campo, ya sea en su aspecto moral o en el patrimonial. Como bien jurídico penal cabe realizar ciertas precisiones al concepto, como vamos a ver a continuación. Y para todos los casos, hay que señalar, de entrada, que debe tratarse de imágenes captadas de forma subrepticia y en un contexto de intimidad, requisitos del tipo del artículo 197 del Código penal.

En primer lugar, hay que decir que la imagen que se protege en este precepto es *la imagen reconocible de una persona*. La que reproduce sus rasgos físicos de forma que se la pueda identificar por terceros, siendo indiferente en

este punto el número de personas que efectivamente la reconocen. Precisamente el hecho de que sea posible identificar la figura, la individualidad de la persona, es lo que está en la base de la protección jurídica de este derecho. Por ello, la reproducción de sus rasgos físicos debe ser real y auténtica, de tal manera que la figura identifique por sí misma al sujeto en cuestión (con alguna matización, que a continuación se hará). En este sentido, la protección civil es más generosa que la penal, pues se admite también que se protejan casos en los que la identificación de la persona pueda “deducirse” del contexto³³. Aunque existe cierta polémica entre los civilistas en este punto, parece reconocerse que también debe proteger la Ley 1/82, en el contexto del artículo 7.6, la imagen no reconocible de una persona, pero reproducida en un contexto que la evoca sin lugar a dudas: por los objetos personales que aparecen, la estatura, la pose, la ropa, el corte de pelo, la leyenda o pie de foto, o por otros datos que permitan identificar al titular de esa figura. En el ámbito civil, todo ello puede llevar a la lesión del aspecto patrimonial de la imagen si, por ejemplo, se reproduce con fines publicitarios³⁴. También se habla en estos casos de lesión de la “identidad personal”, la cual es posible aunque la imagen no sea reconocible, sobre la base de que la representación facial es sólo una de las facetas de dicha identidad. En todo caso se exige que al menos un tercero haya reconocido a la persona (sin utilizar para ello una especial pericia profesional), y no solamente que se reconozca ella misma³⁵.

Sin embargo, esta polémica civil relativa a la identificación del titular por el contexto que rodea la representación gráfica o audiovisual creo que, en toda su amplitud, es ajena al artículo 197 del Código penal, pues sólo los casos en que exista representación de la figura reconocible por terceros, en un contexto íntimo, puede hablarse del bien protegido en dicho precepto. Pero también es cierto que en determinadas situaciones puede ser decisivo para llegar a identificar al sujeto el contexto que le rodea. Por ejemplo, los casos en que la imagen captada subrepticamente en una si-

tuación de intimidad se reproduce utilizando técnicamente una tira o cinta negra sobre los ojos del titular. Si el resto de la figura subsiste íntegra en la imagen, y del contexto se deduce sin lugar a dudas la identidad de la persona, existirá, en mi opinión, lesión penal del bien jurídico. Sobre los requisitos para la identificación, la doctrina civil señala para ese campo que no se trata de que sólo se identifique a sí mismo el propio sujeto, sino de que exista una clara posibilidad de identificación por parte de cualquier tercero “neutral”, sin necesidad de aportar la prueba de que dicha identificación ha sido efectivamente realizada³⁶.

También hay que realizar precisiones en cuanto a la *imagen accesoria* de una persona, cuya lesión justifica la Ley 1/82 si acompaña a una “información gráfica sobre un suceso o acaecimiento” (artículo 8.2 c). Sin embargo, creo que su protección sí que puede caber en el artículo 197 del Código; pues, si el sujeto es reconocible, aunque su imagen se encuentre en un plano secundario, existe lesión del bien jurídico si se dan los requisitos típicos. Naturalmente en estos casos será fundamental comprobar el ánimo de quien capta o reproduce dicha imagen, ya que el artículo 197 exige dolo directo³⁷. Por ello, las conductas negligentes deberán resolverse en el terreno civil.

Por otro lado, a tenor de la exigencia contenida en el artículo 197 de medios tecnológicos para captar la imagen, es obvio decir que no se incluyen en el precepto determinados supuestos que algún sector de la doctrina civil incluye para su protección en ese campo, como son *la caricatura, la pintura o la escultura*³⁸. Aunque en estos casos se trata de “reproducir” la imagen de una persona, en un sentido amplio, el 197.1 es contundente: utilizar “artificios técnicos...de grabación o de reproducción”. Por lo que la imagen protegida en este precepto es la que se capta y/o reproduce literalmente mediante dichos medios: fotografía, vídeo o televisión. En los supuestos que se han citado al inicio del párrafo estamos mas bien ante un uso comercial de dicha imagen, por lo que las reclamaciones se dirigirán en ese sentido. Por su parte, el Constitucional ha señalado que no

atenta al aspecto moral del derecho a la imagen, que es el protegido en el artículo 18.1 de la Constitución, un dibujo en blanco y negro realizado en ordenador, al no afectar esta representación a la dimensión moral de la persona, que es el bien protegido por el derecho fundamental³⁹. Tampoco ese tipo de representaciones están dentro de la protección penal de la imagen, sin entrar ahora en la cuestión de que una caricatura pueda constituir un atentado contra el honor.

En conexión con lo anterior, también es evidente que el Código penal no protege en el artículo 197 el mero *aspecto patrimonial* de la imagen, es decir, la facultad del titular de explotar económicamente su imagen. La Ley 1/82 es la que protege el derecho relativo a la explotación comercial de la propia imagen. Pero podrían plantearse dudas sobre la aplicación del tipo penal en algunos supuestos relacionados con la utilización comercial de la imagen: por ejemplo, el sujeto ha cedido su imagen en un contexto de intimidad, con un fin lucrativo, para que sea publicada en un medio concreto, pero la encuentra reproducida en otro u otros medios sin su consentimiento. Aunque en estos casos procede claramente una reparación patrimonial, la pregunta que hay que formularse es por qué no existe el tipo penal (si se hubiera dado el requisito del apoderamiento subrepticio), teniendo en cuenta que la imagen en relación con la intimidad (protegida en el artículo 197) es un bien penal absolutamente disponible, como pone de manifiesto el artículo 201 del Código penal. Mi opinión inicial es que no existe el delito si la reproducción sin consentimiento en este caso está guiada por un exclusivo fin comercial, puesto que el bien del 197 es diferente. Pero creo que para encontrar una solución en cada caso debe combinarse el análisis de varios elementos: consentimiento inicial del titular, fin lucrativo de éste y de quien reproduce sin consentimiento y forma de acceder a la imagen en este último caso (matizo aquí una afirmación realizada en el epígrafe anterior). Esta solución caso por caso no parece, en su enunciado, que proporcione mucha seguridad, pero probable-

mente no exista más opción. Ello sucede porque en supuestos como el citado la cuestión adquiere un carácter más complejo, en cuanto al concepto de “intimidación” a efectos penales y su relación con el consentimiento para su difusión, aspecto lo suficientemente enrevesado para que no pueda ofrecerse aquí una propuesta, por lo que sólo emito sobre esta cuestión una opinión inicial.

Por otro lado, tampoco puede incluirse en el artículo 197 la protección del derecho a una determinada imagen, entendido como el derecho a tener *el aspecto externo que cada uno desea*. La propia jurisprudencia civil así lo reconoce también para este campo, al señalar que la facultad que otorga el derecho a la imagen “consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen”, por lo que cuando se habla del derecho a determinar los rasgos físicos personales y característicos se trata de “dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias”⁴⁰.

Con respecto a otros posibles aspectos de la imagen excluidos del 197, también cabe decir que no se comprende en el bien penal la protección de este derecho para *las personas jurídicas*. El derecho a la imagen del artículo 18 de la Constitución es un derecho de la personalidad, con las características de ser irrenunciable, inalienable, e imprescriptible (artículo 1.3 de la Ley 1/82). Y finalmente, considero que tampoco estamos ante el bien jurídico protegido por el 197 cuando se realiza un *montaje de imágenes*, de tal manera que la del sujeto se sobrepone o añade a otras en una fotografía, o en un montaje audiovisual, para conseguir un resultado relativo a la intimidación⁴¹. Ello es así porque en el precepto penal se protege la captación y/o reproducción “de la verdad”, pues sólo cuando la imagen captada no ha sido modificada o manipulada puede realmente lesionarse la intimidación. Por ello, en los supuestos como el que se acaba de mencionar sólo podría tratarse, en su caso, de la lesión penal del honor, o de una lesión de carácter civil⁴².

NOTAS

1. Rovira Sueiro, M. E., *El derecho a la propia imagen*, Granada 2000, pág. 21 y ss.

2. Artículo 1.1 de la Ley:

“El derecho fundamental al honor, a la intimidación 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”.

3. STC 81/2001, de 26 de marzo, fto. jco. 1. *Vid.* un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Mieres Mieres, L.J., *Intimidación personal y familiar. Prontuario de la jurisprudencia constitucional*, Navarra 2002, pág. 62, y *passim*. También resume la doctrina de este Tribunal Azurmendi Adarraga, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid 1997, pág. 143 y ss.

4. Artículo 8 del Convenio:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

5. Sentencia del TEDH de 24-6-2004, *Caso Hannover contra Alemania*, aptdo. 70.

6. Sobre el proceso de elaboración Herrero-Tejedor, F., *Honor, intimidación y propia imagen*, Madrid, 1990, pág.92.

7. Abravanel-Jolly, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Lyon 2006, *passim*, desarrolla el origen individualista del concepto de vida privada, y ubica el fundamento de la protección del “secreto de la vida privada” en el

individualismo, analizando su historia desde el Derecho romano, y su desarrollo entre los derechos del hombre después de la segunda guerra mundial.

8. Sentencia del TEDH de 24-6-2004, *Caso Hannover contra Alemania*, aptdo. 50.

9. Azurmendi Adarraga, *El derecho*, cit., pág. 48 y ss.

10. STS 13-7-2006, Sala Civil, Sección 1ª, fto. jco. 1.

11. Protegen este aspecto patrimonial las STS 3-12-08 y 28-11-07, Sala Civil, Sección 1ª. Por ello, cabe diferenciar entre la facultad de que no se capte ni reproduzca la propia imagen, y el uso comercial por parte del titular del derecho, obteniendo beneficios de su difusión. Aunque no resulta fácil, en ocasiones, trazar la separación entre ambos aspectos, para la doctrina civil es necesario hacerlo pues de ello va a depender el procedimiento a utilizar (aunque no hay consenso entre los civilistas). Amat Llari, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid 1992, págs. 49 y 50, recalca su estrecha relación con el derecho de autor cuando se trata de un uso comercial de la imagen, puesto que el derecho al valor publicitario de nuestra imagen sería el reverso de la medalla del derecho a la intimidad, en la medida en que la privacidad es algo que determinadas personas no desean, por lo que “frente a una voluntad de reserva aparece una voluntad de publicidad”, y señala que “en la intimidad se discute si hay derecho a publicar, en el uso comercial lo que está en juego es quién tiene derecho a publicar”, tratándose, por tanto, de la imagen como un derecho de propiedad, no de la personalidad.

12. STC 81/2001, de 26 de marzo, fto. jco. 2

13. Puede depender también de que la persona en cuestión sea un personaje público que es sobradamente conocido e identificable por todo el mundo. Si la persona no ha utilizado comercialmente su imagen, o no es un personaje público, reproducirla en un medio de comunicación supondrá que a partir de entonces el público podrá identificarle, y asociar su nombre a su imagen, es decir, que el sujeto perderá el anonimato, con lo que parece que estamos ante una lesión del aspecto moral del derecho.

14. Por ejemplo, en Francia la protección de este derecho como derecho subjetivo tiene su origen precisamente en la jurisprudencia civil (es de origen “pretoriano”), introduciéndose en el artículo 9 del Código civil el “derecho al respeto de la vida privada” con la Ley de 17-7-1970, cuando ya existían decisiones de los tribunales al respecto: Abravanel, *La protection*, cit., parágrafo 225.

15. Vives Antón, T.S., resume así la llamada “doctrina Meiklejohn”, en “Sentido y límites de la libertad de expresión”, en *La libertad como pretexto*, Valencia 1995, pág. 368.

Herrero-Tejedor, *Honor*, cit., pág. 108, también hace un resumen de la doctrina norteamericana, para la que la libertad de expresión es poseedora de un núcleo resistente, que no puede ser abatido. Por ello, los otros derechos fundamentales deben rendirse ante él cuando está en juego la alteración de ese “núcleo duro”. Según esto, si la libertad de información no sobrepasa los límites de su ejercicio “lícito”, el que se refiere a su núcleo inviolable, tiene carácter preferente frente a otros derechos, siempre que se ejerza la libertad informativa al servicio del debate público y se “persiga” la verdad (importancia en este punto de la actitud del informador). De tal manera, la “ponderación” con los otros derechos fundamentales en conflicto queda postergada a un segundo momento, en el que pueda hablarse de que los derechos se encuentran en una posición equiparable”. *Vid.* la STS 19-9-08, Sala Civil, Sección 1ª, haciendo prevalecer en este sentido la libertad de información

16. Vives Antón, “Sentido y límites”, cit., pág. 371.

17. *Ibidem.*

18. Sentencia 24-6-2004 del TEDH, *Caso Hannover contra Alemania*, aptdo. 63.

19. Se analiza la jurisprudencia anterior a 2008 en Jareño Leal, A., *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid 2008, pág. 97 y ss. Recientemente la STS 19-9-08, Sala Civil, Sección 1ª, justifica el atentado al derecho a la imagen en aras de la libertad de información utilizando los mismos argumentos que si del derecho al honor se tratara: una información veraz y de interés público, tratándose de un “reportaje neutral”. En la sentencia se plantea la lesión de la imagen en relación con la intimidad de los familiares de una persona fallecida, cuyas fotos después del accidente mortal son difundidas por un periódico. La solución adoptada en este caso por el Supremo es contraria a la doctrina

establecida en la STC 231/1998, de 2 de diciembre, en un supuesto de divulgación de imágenes de la persona ya fallecida, pero que afectaban a la intimidad del “dolor” la familia.

20. En este último sentido la STS 24-7-08, Sala Civil, Sección 1ª. También esta Sala, en la STS 20-11-08, señala que la libertad de información no alcanza a la fotografía que acompaña al reportaje, al no ser aquella esencial para dicho reportaje.

21. STS 24-7-08, Sala Civil, Sección 1ª, fto. jco. 2º.

22. *Caso Hannover contra Alemania*, aptdo. 65, declarando la violación del artículo 8.1 en relación con unas fotografías publicadas en las que se reproducen escenas de la vida privada de un personaje público, tomadas en lugares públicos.

23. *Loc. cit.*, aptdo. 50.

24. También se añade, en la conclusión de esta misma sentencia, la excepción a esa afirmación: “Existe un derecho del público a ser informado, derecho esencial en una sociedad democrática que, en circunstancias concretas, puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas, concretamente cuando se trata de personalidades de la política”. El TEDH resuelve en esta sentencia sobre una decisión del Tribunal Constitucional alemán afirmando que la imagen de los personajes públicos, tomada en lugares públicos, sólo es protegible cuando se capta en un contexto de “aislamiento espacial”. Según ello, con respecto a las “personalidades absolutas de la historia contemporánea” habría interés legítimo del público en conocer cómo desarrollan su vida privada, al ser modelos a los que imitar o rechazar. Por ello, el Tribunal alemán había hecho prevalecer en el caso la libertad de prensa, al tratarse de imágenes captadas en lugares públicos, aunque se tratara de momentos de la vida privada de un personaje público, reconociendo, así, un derecho de los ciudadanos a conocer y a ser informados sobre la vida de las personas con protagonismo social.

25. STS 24-7-08, Sala Civil, Sección 1ª, fto. jco. 2º, resolviendo a favor de la protección de la imagen.

26. *Loc. cit.*, fto. jco. 2º y 3º. De entrada, esto supone que en los casos en que las imágenes hayan sido captadas de forma subrepticia (con cámaras ocultas, o con teleobjetivos, por ejemplo) será fácil deducir que no existe dicho consentimiento. Además, a ello cabe añadir que el consentimiento otorgado para que se “capte” la imagen no significa que también se haya otorgado para que se “reproduzca” ante terceros; y ya en el genuino ámbito civil patrimonial, se señala que el hecho de que se haya consentido en que un medio reproduzca la imagen no significa que se autorice también a que lo hagan otros medios.

27. STS 24-7-08, Sala Civil, Sección 1ª, fto. jco. 3º. En los casos de reproducción de una imagen ya publicada anteriormente puede existir la lesión patrimonial del derecho; por ejemplo, si se hace un uso publicitario de la misma: en este sentido STS 3-12-08, Sala Civil, Sección 1ª, citando más jurisprudencia sobre el consentimiento.

28. STC 81/2001, de 26 de marzo, fto. jco. 2, y STS 3-12-08, Sala Civil, Sección 1, fto. jco. 2º.

29. Un análisis de la jurisprudencia sobre este punto en Jareño Leal, *Intimidad, cit.*, pág. 120 y ss.

30. “El carácter de “persona ordinaria” de la presente demandante restringe en este caso esta zona de interacción que, por otro lado, no podría ampliarse en este caso por el hecho de que la demandante fuera objeto de diligencias penales”, aptdo. 29 de la sentencia. En la sentencia 17-7-03 del TEDH (*Perry contra el Reino Unido*) se plantea la licitud de la prueba que consiste en grabar en vídeo, en comisaría, sin que lo sepa, al acusado de robo que se niega a someterse a la rueda de identificación. Su identificación posterior por testigos que ven el vídeo es la prueba decisiva para su condena. El Tribunal Europeo condena por vulneración de la vida privada, al no tratarse de una injerencia “prevista en la ley” (artículo 8.2 del Convenio), ya que la grabación no cumplía con los requisitos de la legislación interna del país: informar al sujeto sobre la existencia y uso del vídeo, pedir su consentimiento e informarle de sus derechos. En la STEDH de 11-1-2000 (*News Verlag contra Austria*) la solución se produce en sentido contrario, admitiendo la licitud de la injerencia, señalando la excepcionalidad del caso, que se planteaba en conflicto con la presunción de inocencia.

31. Jareño Leal, *Intimidad, cit.*, pág. 93 y ss.

32. Y en alguna ocasión el atentado a la imagen ligado a la intimidad se ha sancionado con otros preceptos penales, como ocurre en la STS de 3-10-07, sobre pornografía infantil.

33. Grimalt Servera, *La protección*, cit., pág.71.
34. El artículo 7. 6 de la Ley 1/82 no permite: “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”
35. Sobre la polémica Rovira Sueiro, *El derecho*, cit., pág. 7 y ss., e Igartua Arregui, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre*, Madrid 1991, pág. 22 y ss.
36. El tercero neutral puede ser el propio juzgador: Igartua Arregui, F., *La apropiación*, cit., pág. 29.
37. Existe una discusión doctrinal sobre la presencia, o no, de un elemento intencional específico en el artículo 197.1.
38. Sobre la caricatura incluida en el derecho a la imagen véase bibliografía civil en Grimalt Servera, *La protección*, cit., pág. 129, nota. 330. Azurmendi Adarraga, *El derecho*, cit., pág. 26, siguiendo doctrina civil: “El carácter metafórico de la caricatura no desvirtúa el contenido material de la imagen como representación de la persona en forma visible”. Sin embargo, parece que no lo tiene tan claro el Supremo, a tenor de cómo define la imagen protegida a efectos civiles: “Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción”: STS 3-12-08, Sala Civil, Sección 1, fto. jco. 2º.
39. STC 81/2001, de 26 de marzo, fto. jco. 3.
40. STS de 17-9-2007, Sala Civil, Sección Pleno, fto. jco. 4º, sobre la facultad de conformar la propia identidad sexual (en los casos de la llamada “disforia de género”), señalando que al poner obstáculos a ello “no hay, en pureza, una vulneración de los derechos a la intimidad o la propia imagen, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad”.
41. El montaje de imágenes es delictivo en el artículo 370 del Código penal francés.
42. *Vid.* sobre este tema en el campo civil Azurmendi Adarraga, *El derecho*, cit., pág. 185 a 187.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ABRABANEL-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.
- AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid 1997.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Barcelona 2007.
- GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid 2007.
- HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid 1990.
- JAREÑO LEAL, A., *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid 2008.
- IGARTUA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre*, Madrid 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid 1988.
- MIERES MIERES, L.J., *Intimidad personal y familiar. Prontuario de la jurisprudencia constitucional*, Navarra 2002.
- 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.
- SANTOS VIJANDE, J.M., Serrano Hoyo, G., *La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen*, Navarra 2005.
- SARAZA JIMENA, R., *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona 1995.
- VIVES ANTÓN, T.S., “Sentido y límites de la libertad de expresión”, *La libertad como pretexto*, Valencia 1995.

Fecha de recepción: 29 de junio de 2009

Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2009