

RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IMAGEN EN EL DERECHO COMPARADO. CASO ESPAÑA.

LIABILITY FOR VIOLATION OF THE RIGHT TO THE IMAGE IN COMPARATIVE LAW. CASE SPAIN.

Artículo Científico Recibido: 29 de julio de 2016 Aceptado: 29 de septiembre de 2016

Gisela María Pérez Fuentes¹
giselapef@hotmail.com

RESUMEN: De los derechos de la personalidad, el menos estudiado y el más violado es el derecho a la propia imagen, vinculado en muchas ocasiones al derecho a la intimidad, en México sólo aparece regulado de forma específica en la Ley Federal del Derecho de Autor, en leyes recién aprobadas como el Código de Procedimientos Penales se hace alguna referencia pero aún quedan muchas lagunas legales e interpretativas en cuanto a la protección del derecho a la imagen, su autonomía y su verdadera comprensión, países de la Unión Europea como España han superado esta etapa y es por ello que nos centramos en las experiencias judiciales de éste, a partir de su contenido y el papel que juega el consentimiento en la lesión a este derecho que es en definitiva una manifestación de daño moral y por tanto de responsabilidad civil.

ABSTRACT: Of the rights of personality, the least studied and most violated is the right to self-image, linked in many cases the right to privacy, in Mexico only appears regulated specifically in the Federal Law of Copyright in recently approved as the Code of Criminal Procedure laws no reference is made but there are still many legal and interpretive gaps in the protection of image rights, autonomy and true understanding, countries of the European Union and Spain have exceeded this stage and that is why we focus on the judicial experiences of it, from its content and role of consent in the injury to this right which is ultimately a manifestation of moral damage and therefore liability.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen, consentimiento, responsabilidad civil

KEYWORDS: Right to image, consent, liability

¹ Profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, líder del Cuerpo Académico "Estudios de Derecho Civil", pertenece al Sistema Nacional de Investigadores Nivel II de CONACYT. Es responsable académico del Doctorado en Estudios Jurídicos reconocido por PNPC - CONACYT.

SUMARIO. Introducción. I. Concepto doctrinal y jurisprudencial del derecho a la propia imagen. 1. La reproducción de la voz y del nombre como objeto protegido por el derecho a la propia imagen. 2. Elementos de ponderación judicial. 3. El derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión. 4. Excepciones a la protección al derecho a la propia imagen: sus límites. 5. El consentimiento como elemento de ponderación a la lesión por violación al derecho a la propia imagen. A. Grabaciones con cámaras ocultas y teleobjetivo. B. Uso de teleobjetivos. II. El derecho a la imagen de la infancia y los medios de difusión. 1. El primer antecedente de protección de los menores con respecto a los medios: El Desafío de Oslo. 2. La protección de los menores en los medios según los principios de los países que conforman la Unión Europea. A. Fuentes de noticias. B. El principio de proporcionalidad. III. La protección de la propia imagen en la Unión Europea. Conclusiones. Bibliohemerografía.

INTRODUCCIÓN.

La contraposición de la libertad de expresión con respecto a la imagen, es una realidad presente en México y Tabasco, sin embargo, no es un fenómeno único en esta zona geográfica. Ciertamente, que otros países han enfrentado esta contraposición de derechos fundamentales mucho antes que nosotros y han establecido principios tanto preventivos como coactivos en caso de serias violaciones. Este trabajo está dedicado precisamente a valorar los tipos de confrontación de la libertad de expresión que ejercen los medios de prensa escritos y de internet frente a la violación del derecho a la imagen como un derecho de la personalidad definido como tal en países de Europa, especialmente España cuando del derecho a la imagen se trata como una forma de comprender que estos tipos de casos muy delicados para la sociedad, tienen soluciones jurídicas adaptables a zonas tan específicas como la nuestra en México y Tabasco.

I. Concepto doctrinal y jurisprudencial del derecho a la propia imagen.

La Constitución española menciona en el artículo 18 el derecho a la propia imagen.² Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,³ son los baluartes fundamentales de regulación sobre este derecho que se ha ido actualizando con el transcurso de la experiencia.

El Tribunal Supremo contribuyó a configurar el contenido del derecho fundamental del derecho a la propia imagen a partir de la sentencia de 28 de octubre de 1981 –caso Paquirri- en la sentencia por primera vez se menciona también a la imagen, considerando la necesidad de trazar los límites con la intimidad que debía ser preservada a partir de las imágenes del torero. Fue la primera vez que, a un personaje de los denominados públicos, se otorgare una esfera privada en lo relativo a su imagen, aunque es de reconocer, unido al derecho a la imagen, esto con independencia del lugar público o privado en que las imágenes fueron captadas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 81/2001 de 26 de marzo, otorga autonomía al derecho fundamental a la propia imagen, determinando que cada uno de los derechos fundamentales tiene su propia sustantividad por lo que la vulneración de uno de esos derechos no conlleva a la vulneración de los demás. En consideración a la sentencia mencionada el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, así como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.

² Artículo 18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Constitución Española de 1978, publicado en el Boletín Oficial Español número 311, de 29 de diciembre de 1978.

³ Publicada en el Boletín Oficial Español número 115, de 14 de mayo de 1982.

El fundamento de este derecho a la propia imagen vinculado con la dignidad de la persona está basado en la circunstancia inexcusable de que es aspecto físico de ésta, es un instrumento básico de identificación y proyección exterior, además factor imprescindible para el propio reconocimiento del mismo, y por tanto constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo y de ahí que el ordenamiento jurídico constitucional español le conceda una especial protección.⁴

Es doctrina del Tribunal Constitucional español, que el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad derivado de la propia dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas.⁵

El derecho a la imagen tiene un contenido positivo que supone para su titular disponer de 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, cualquiera que sea la finalidad informativa, comercial, científica y cultural pues se trata, por tanto, de la dimensión moral de este derecho no de la defensa de su valor patrimonial o comercial.

Azurmendi define el derecho a la propia imagen como el derecho de la persona a decidir sobre la comunicación de su imagen física y a evitar que, sin su consentimiento, se capte, reproduzca, se difunda o se explote comercialmente. Así trata de distinguirse este derecho de la personalidad,⁶ de otros cercanos como es el derecho a la vida privada, que tienen por objeto la buena fama y el respeto a un espacio personal de libertad de actuación respectivamente.⁷

Ha sido reiterado sin embargo, en las sentencias tanto europeas como ocurre en México, de identificar el derecho a la imagen con el derecho a la intimidad, esto porque

⁴ Gil Antón, Ana María Gil; *El derecho a la propia imagen al menor en Internet*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 53.

⁵ S.T.C 28/1984 de 6 de febrero: *El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado aunque no íntimo frente a la acción y conocimiento de los demás, un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de la cultura para mantener una calidad mínima de vida humana.*

⁶ Se pueden definir los derechos de la personalidad como categoría especial de derechos subjetivos que fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto de esa persona. Al respecto véase Pérez Fuentes, Gisela María, Voz "Derechos de la personalidad", en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, 3a. ed., México, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, 2010, t. I, pp. 563-572.

⁷ Azurmendi, Ana, Voz "El derecho a la propia imagen" en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, op. cit., p. 407.

ciertamente el derecho a la propia imagen pretende proteger el derecho a la intimidad.⁸ Existen circunstancias no obstante, en las que no se lesiona la intimidad y sí la propia imagen y ello es lo que permite la diferenciación pues la imagen como derecho de la personalidad significa el derecho al cuerpo en su aspecto más externo, el de la figura humana. Por otra parte, en relación con el derecho al honor, éste es reputación y propia estima inmaterial tanto en su aspecto positivo como negativo mientras que el derecho a la imagen es una forma externa y visible de la personalidad. La dimensión fundamentalmente interna de la intimidad frente a la dimensión externa y visible del derecho a la imagen nos permiten considerar un contenido propio basado en la potestad de impedir que otros lo capten o más, lo difundan, y en evitar la difusión incondicionada del aspecto físico.⁹

Mientras la intimidad personal tiene un referente singularizado, el individuo, su físico y su psique, la propia imagen también parte del sujeto físico, pero ambas tienen sentidos diferentes pues si es cierto que tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la imagen son en definitiva un ejercicio a la libertad o la reafirmación de la propia personalidad, sin embargo el derecho a la propia imagen no traspasa la esfera psicológica o moral, se queda en lo periférico del sujeto, y es quizá por eso que a pesar de ser un derecho de la personalidad se permite el comercio publicitario de la imagen siempre con consentimiento.

El Tribunal Constitucional español ha formado una doctrina que define el alcance del derecho a la imagen en los términos siguientes: el derecho a la propia imagen forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión e inherente e irreductible a toda persona. En la medida que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz.¹⁰

⁸ Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 275.

⁹ Alegre Martínez, Miguel Ángel, *El derecho a la propia imagen*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 60 - 61.

¹⁰ STC 8/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81)

Como se conoce en los derechos de la personalidad el objeto –sujeto coinciden por lo que puede señalarse el objeto protegido por el derecho a la propia imagen es aquel que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.¹¹

Imagen según la doctrina jurisprudencial española, es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, pero a los efectos de protección de los derechos de la personalidad ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad. Preciado lo anterior, desglosemos el concepto ofrecido por el Tribunal Supremo Español.¹²

Sólo tienen derecho a la propia imagen las personas físicas, las personas jurídicas no lo tienen.¹³ La imagen incluye los rasgos más sobresalientes en su rostro del ser humano, sin embargo, algunos autores señalan que debe ser más extensiva refiriéndose a la semblanza física.¹⁴

No se protege la integridad del rostro y la silueta sino el derecho que toda persona tiene a que su aspecto físico no sea objeto de recreación por parte de otros, a que no se utilice la reproducción gráfica o plástica, tales como fotos, esculturas o dibujos, ello reproducido por algún tipo de mecanismo por cuanto la imagen tiene un poder evocador de la identidad de la persona.

¹¹ STC 158/2009 de 29 de Junio (RTC 2009, 158)

¹² S.T.S. 23 de febrero y 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 1292 y 3699) F. Segundo y Primero, respectivamente.

¹³ Es de reconocer que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha otorgado relevancia al uso de la imagen de la sede de la persona jurídica entendida como la apariencia externa de un edificio que evoca a la entidad (persona jurídica) propietaria del mismo, como vehículo de transgresión del derecho al honor de las mismas, derecho éste que sí se reconoce, con adaptaciones, a las personas jurídicas. STC 183/1995, 11 de diciembre (RTC 1995, 183)

¹⁴ Blasco Gascó, Francisco de Paula, "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen" en la obra *Bienes de la personalidad*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2008, p. 36.

La doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo, han afirmado en relación al alcance del concepto, que el derecho a la propia imagen tiene una doble dimensión: un aspecto positivo o ámbito positivo de actuación consistentes en las facultades que asisten al sujeto para autorizar el uso de su propia imagen y un aspecto negativo consistente en la facultad que ese mismo sujeto tiene de reprimir los usos no autorizados.¹⁵

1. La reproducción de la voz y del nombre como objeto protegido por el derecho a la propia imagen.

El Tribunal Constitucional español en algunas sentencias aisladas define el alcance del derecho a la imagen en los términos siguientes:

El derecho a la propia imagen... garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz y el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona.¹⁶

Entre las sentencias aisladas, se destaca la siguiente declaración:

El recurrente acusa también a la sentencia recurrida de no haberse pronunciado sobre la utilización indebida de su nombre, pero aparte de que no ha canalizado esta acusación a través del cauce procesal correcto con cita del precepto de esta naturaleza infringida, la misma no puede admitirse, pues si ha dado consentimiento a la publicación de su imagen para una campaña publicitaria, es integrante del mismo la utilización de su nombre y el de su establecimiento comercial. De otra manera, al no ser recurrente una persona de notoriedad de nada serviría la publicación de su fotografía.¹⁷

¹⁵ Castilla Barea, Margarita; *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, España, 2011, pp. 50 – 51.

¹⁶ Pascual Medrano, M. Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, España, 2003, pp. 64 – 65.

¹⁷ STS de 25 de enero de 2002 (RJ 2002, 32)

2. Elementos de ponderación judicial.

Existen elementos de ponderación judicial para determinar si hay lesión del derecho a la propia imagen, por lo que se valoran los elementos siguientes:

- a. Que se trate de la representación de la apariencia física de un ser humano en algún tipo de elemento gráfico.¹⁸
- b. Que exista un acto de reproducción de los rasgos de un sujeto materializado en un soporte visible.
- c. Que la persona resulte identificable, a consecuencia de dicha reproducción.

3. El derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión.

En la Unión Europea en la que se incluye España, el derecho a la información se ha definido como: el conjunto de facultades de comunicar y recibir información veraz a través de los medios de comunicación, constituyendo su objeto. Se entiende por el derecho a informar al conjunto de hechos que pueden considerarse noticiables o noticiosos por su trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva.¹⁹

Este derecho no se reconoce sólo a los profesionales de la información sino a cualquier ciudadano que pueda hacer uso de las leyes de transparencia y acceso a la información. El Tribunal Constitucional al respecto se ha pronunciado en cuanto a lo que se entiende por medio de comunicación social, en los siguientes términos:

Este Tribunal reconoce que la cinematografía y el teatro, como otros espectáculos artísticos, pueden ser considerados desde una perspectiva estrictamente sociológica como medios de comunicación social, ya que constituyen un medio de comunicación entre los actores e intérpretes y quienes asisten a ellos y pueden servir de soporte o vehículo para la difusión social de un mensaje. Pero ello no implica necesariamente su equiparación a efectos jurídico-constitucionales, a aquellos otros medios como la prensa.²⁰

¹⁸ Fotografía, video, dibujo, caricatura. Las resoluciones judiciales ponen el acento en los elementos gráficos de una noticia o reportaje, que son los que permiten la identificación de la persona mediante su representación perceptible por los sentidos, específicamente por la vista.

¹⁹ STC 105/1983 de 23 de noviembre (RTC 1983, 105)

²⁰ SSTC 49/1984 de 5 de abril, (RTC 1984, 49) y 153/1985 de 7 de noviembre (RTC 1985, 153)

En España se ha producido una evolución o involución según corresponda la opinión del lector sobre la primacía de la dignidad frente al cúmulo de información noticiosa pero no noticiable por falta de interés público.

En este sentido se ha fijado la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a: los derechos de la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se encuentran limitados por las libertades de expresión e información. La limitación de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre uno y otro derecho, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Y el derecho a la información es mayor con respecto al derecho a la imagen que sobre el derecho a la intimidad.²¹

4. Excepciones a la protección al derecho a la propia imagen: sus límites.

La normativa española ha definido casos excepcionales en el cual el derecho a la imagen cede ante las intromisiones ilegítimas,²² son éstas las siguientes:

1º.- El consentimiento del titular del derecho invalidado o de las personas que, en su caso, hayan de prestarlo.²³

2º.- La autorización legal expresa y la autorización o acuerdo de la autoridad competente en correspondencia con la normativa.²⁴

3º.- La concurrencia de un interés histórico, científico o cultural relevante.²⁵

4º.- La utilización de la imagen de la persona notoria captada en acto público o en lugares abiertos al público.²⁶

5º.- La utilización de la caricatura de persona notoria de acuerdo con el uso social.²⁷

²¹ SSTS 22 de febrero de 2007 RC No. 512/2003 y 17 de febrero de 2009, RC No 1541, 6 de Julio de 2009 (RJ 2009, 4452) RC No 1801/2005.

²² La ley 1/1982 de 5 de mayo hace del concepto intromisión ilegítima el centro de la norma para definir la responsabilidad civil por violación a los tres derechos: honor, intimidad e imagen. La intromisión ilegítima consiste en la injerencia de un tercero en el ámbito protegido por los derechos antes señalados, sin que tal conducta pueda ampararse en ninguna causa de justificación, en la que se incluye el consentimiento del lesionado.

²³ Artículo 2.2 y Ley 1/1982 de 5 de mayo.

²⁴ Artículo 2.2. y 8.1 Ley 1/1982 de 5 de mayo.

²⁵ Artículo 8.1. Ley 1/1982 de 5 de mayo.

²⁶ Artículo 8.2. a Ley 1/1982 de 5 de mayo de 1982.

6º.- La aparición de la imagen de persona determinada con carácter accesorio de la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público.²⁸

Al respecto la Jurisprudencia española ha definido como línea de principio que el interés de una persona por evitar la captación o difusión de su imagen sólo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión.²⁹

5. El consentimiento como elemento de ponderación a la lesión por violación al derecho a la propia imagen.

La voluntad de la persona en cuanto a proteger su dignidad debe ser un elemento importante en la ponderación entre derechos fundamentales entre los que participe el derecho a la imagen. Como se ha señalado anteriormente, la Ley de 1982, relativa a la protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, estableció algunos principios sobre la posibilidad de consentimiento en determinadas situaciones, pero dicha ley no resolvió otros supuestos que en el transcurso del tiempo han nacido como problemáticas del consentimiento para considerar lícitas o ilícitas las intromisiones en el derecho a la propia imagen.

Así, por ejemplo, ¿cuándo debe prestarse el consentimiento? ¿Qué extensión tendrá en el tiempo esa autorización? ¿Qué sujetos podrán hacer uso de dicho consentimiento? En coincidencia con un sector de la doctrina se asume una posición al respecto en los siguientes términos:

1º.- El consentimiento ha de prestarse por el titular del derecho en cuestión, tanto si es mayor o menor de edad,³⁰ con la necesidad que tenga la necesaria capacidad natural capaz de formar una voluntad lícita.

²⁷ Artículo 8.2.b Ley 1/1982 de 5 de mayo de 1982.

²⁸ Artículo 8.2.c Ley 1/1982 de 5 de mayo de 1982.

²⁹ STC 158/2009 de 29 de Junio (RTC 2009, 158)

³⁰ El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los demás casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiera, resolverá el Juez.

2º.- El consentimiento ha de ser expreso, expresión que alcanzará por imperativo legal su máximo nivel a través de la escritura, o un poder en caso de representación.

A. Grabaciones con cámaras ocultas y teleobjetivo.

Para consentir hay que saber, esto significa que el conocimiento de un hecho, circunstancia o situación es un presupuesto necesario e ineludible para que sobre el mismo pueda emitirse un consentimiento válido es una regla universal que incluye la captación, se ha señalado que el consentimiento debe ser previo a la captación.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre el uso de la cámara oculta, destacando que su empleo priva a la persona grabada de su capacidad de decidir.³¹ Afirma el Tribunal Supremo español al respecto:

...El empleo de la llamada cámara oculta se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y, precisamente por ello, se comportan con una naturalidad que en otros casos no tendrían y que, por tanto, no cabe hablar de aceptación cuando quien habría de prestarla desconoce aquello sobre lo que tendría que consentir. Por consiguiente, existe intromisión en el derecho a la propia imagen, tanto en el momento de la grabación como en el de la emisión del programa de televisión.³²

El derecho a la imagen incluye como se ha señalado, no sólo la figura externa de la persona sino también la voz, es por ello que debe distinguirse las situaciones en los que la grabación con cámara oculta afecta la intimidad y por otra parte sólo afecta a la imagen en función del derecho a un periodismo de investigación. Por ejemplo, la jurisprudencia española ha conocido de un caso en el cual la redactora de un programa de televisión, denominado programa de investigación por el propio canal, se entrevista con el gerente de una empresa de cobro de morosos, simulando aquella un interés en contratar sus servicios para hacer efectiva una deuda impagada. El encuentro y la conversación son grabados con una cámara oculta, sin el conocimiento del sujeto y emitidos posteriormente por un programa de televisión, si bien la imagen en negativo y

³¹ Cfr. STS de 25 de marzo y 20 de mayo de 2010(RJ 2010, 2529 y 3709) F. tercero y Segundo, respectivamente

³² STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2549) F. Tercero

con un sonido distorsionado, pudo ser identificado el hombre porque se informó sobre varias denuncias interpuestas contra él.

Ante la pregunta al Tribunal Europeo que si la reproducción de una imagen distorsionada supone la reproducción de la figura que permita reconocer al titular, la Segunda Sala del Tribunal Supremo español resolvió absolviendo a la periodista amparándose en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el secreto de las comunicaciones, en cuanto no se trataba de una conversación ajena, por intervenir en ella quien la estaba grabando, por lo que no había existido vulneración de dicho derecho y procedía consecuentemente la absolución.³³

Pero en sentencias posteriores todo parece indicar, que no se admite la posibilidad de legitimar el uso de la cámara oculta desde el momento en que el interés informativo del contenido de las entrevistas no se está considerando prevalente sobre el derecho a la propia imagen de los entrevistados.

En los tribunales españoles se deja explícita la afirmación de que la imagen equivale a la reproducción visible de la figura humana identificada o identificable, esto significa que es posible extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximación o predisposición subjetivas, su reconocibilidad.³⁴

B. Uso de teleobjetivos.

El propósito de quien utiliza el teleobjetivo es mantener el carácter subrepticio de la filmación, por tanto, la ignorancia del protagonista de lo grabado conlleva a la imposibilidad de reputar existente una autorización a la captación de la imagen del mismo modo en que lo hace en caso de grabación de cámara oculta, en el supuesto del teleobjetivo resulta más viable la definición de daño moral.³⁵

³³ Jareño Leal, Ángeles; *Intimidación e imagen: Los límites de la protección penal*, Editorial Lustel, España, 2008, p. 94.

³⁴ Rovira Sueiro, María Elena, *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*; Editorial Comares. Granada, 2000, p. 13.

³⁵ Al respecto ha señalado el Tribunal Supremo español que: no hubo consentimiento en la obtención de imágenes, puesto que éstas se lograron mediante la técnica de teleobjetivo y sin que pudiera percibirse la persona fotografiada, STS de marzo de 1988 (RJ 1988,2480)

II. El derecho a la imagen de la infancia y los medios de difusión.

La protección de los menores y su dignidad en relación al tratamiento en los medios de difusión ha quedado presente en diversos Tratados y Constituciones nacionales. Las normas internacionales o nacionales se inscriben en el marco de dos principios fundamentales presentes en casi todos los países donde existe una sociedad democrática: la libertad de expresión y la vida privada.

Ambos se basan en la dignidad de la persona, entendiendo por tal la expresión del estatuto privilegiado del ser humano que lleva implícito un título de respeto erga omnes, en la búsqueda renovada de una fundamentación ética de lo jurídico.³⁶ La dignidad humana³⁷ es la columna vertebral de los derechos de la personalidad en el ámbito privado o civil sin perjuicio de los avances de las tecnologías de información y comunicación.

La doctrina del Tribunal Constitucional español, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, afirman que, en la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (...) que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor. También ha señalado que "ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación...".³⁸ El derecho a la propia imagen, garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad.³⁹

Por ello, la jurisprudencia española afirma que el derecho a la imagen en el caso de menores tiene como presupuesto el hecho de que siempre que no medie el

³⁶ Pacheco Zerga, Luz; *La dignidad humana en el Trabajo*, Ed. Civitas, Madrid 2007, p. 61.

³⁷ El respeto a la dignidad humana se erige como uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas como quedó reflejado por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas de 25 de Junio de 1945, en su preámbulo, para tres años más tarde recogerse dicho concepto esencial en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³⁸ STC 158/2009, de 29 de junio.

³⁹ STS 8 de mayo de 2013.

consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico.⁴⁰ En definitiva, es la propia norma la que objetiva el interés del menor y la que determina la consecuencia de su desatención.⁴¹

1. El primer antecedente de protección de los menores con respecto a los medios: El Desafío de Oslo.

En noviembre de 1999, jóvenes participantes en proyectos de medios de difusión, profesionales de estos medios y expertos en derechos del niño se reunieron en Oslo, la capital de Noruega, para hablar sobre el papel que los medios de difusión pueden tener en el desarrollo de los derechos del niño en todo el mundo. En el evento llamó la atención la problemática sobre el papel especial de los periodistas y los medios de comunicación al informar delitos contra los niños e informar a la sociedad civil sobre los temas políticos y sociales planteadas por abuso infantil.⁴² Los temas que se abordaron en Oslo fueron: 1. Derecho del niño a tener acceso a los medios de difusión, incluso a los nuevos medios. 2. Derecho del niño a la alfabetización y educación en medios. 3. Derecho del niño a participar en los medios. 4. Derecho del niño a la protección contra el daño en los medios y la violencia en la pantalla.

El Desafío de Oslo se convirtió en un llamamiento a la acción de todas las personas que están comprometidas con la investigación, el desarrollo, la vigilancia y la participación en las complejas relaciones que existen entre la infancia y los medios de comunicación y difusión a todos los niveles; el sector privado, incluidos los propietarios de esos medios. La reunión concluyó con un documento sin relevancia jurídica.

⁴⁰ SSTS de 19 de noviembre de 2008; 17 de diciembre de 2013 y 27 de enero de 2014.

⁴¹ STS de 16 de junio de 2015, RC 2895/2013.

⁴² Conclusiones del Programa de Acción de Estocolmo, artículo 3.k, 28/8/1996

2. La protección de los menores en los medios según los principios de los países que conforman la Unión Europea.

En la normativa que conforma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁴³ se destaca el artículo 8, que promueve el derecho al respeto hacia la familia y la vida privada, así como el artículo 14 promueve la prohibición de la discriminación.

A. Fuentes de noticias.

Las fuentes de información proporcionan la información básica esencial que se desarrollará como reportajes o artículos, presentaciones de radio y material de televisión.⁴⁴ Las fuentes de información serán en su sentido más amplio, cualquier lugar o persona de donde se pueda obtener información y, por tanto, constituyen el origen de las noticias, que una vez procesadas, se utilizan como información.⁴⁵

Los periodistas obtienen información de fuentes primarias mediante entrevistas. Cuando un niño es una fuente primaria, el periodista debe estar al tanto de los requisitos para entrevistar niños y debe tener en cuenta algunas consideraciones.⁴⁶ La información sobre las fuentes es un principio, de forma que en algunos países se han aprobado leyes que permiten a los periodistas proteger este anonimato incluso cuando un juez procura información sobre la fuente.

⁴³ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, también denominado Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁴ En cuanto al tipo de información se puede clasificar las fuentes en primaria y secundaria. Se consideran fuentes primarias: Contactos, Profesionales autónomos (*freelance*), Llamadas de rutina, Grupos de presión, tribunales, Gobierno local, Asuntos comunitarios, Conferencias de prensa. Las fuentes secundarias pueden ser: Cartas al editor, Clasificados, Comunicados de prensa, Otros medios de noticias, Agencias de prensa, Gobierno local, Gobierno central.

⁴⁵ García González, M. Nieves, *Periodistas, ciudadanos del mundo*, Editorial Fragua, Madrid, 2004, pp. 62 – 64.

⁴⁶ Cfr. UNICEF, *Los derechos del niño y la práctica del periodismo: una perspectiva basada en los derechos*, Dublin, 2007, p. 48, disponible en la página: http://www.unicef.org/mexico/spanish/manual_para_periodistas_ninez_y_medios.pdf

B. El principio de proporcionalidad.

En 1996, la Comisión de la Unión Europea⁴⁷ elabora un documento de consulta con una perspectiva a largo plazo centrado en la protección de los menores y de la dignidad humana en relación con los nuevos servicios audiovisuales y de información en general. El documento elaborado en la Unión Europea – Libro Verde – tiene por objeto profundizar el debate sobre las condiciones necesarias para la creación de un marco coherente para la protección de la dignidad de los menores en temas de medios de información audiovisuales.

El Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información,⁴⁸ se estructura en tres capítulos. El primer capítulo abarca los temas en desarrollo de los nuevos servicios audiovisuales y de información relevante para la protección de los menores y de la dignidad de la persona analizando las categorías de contenidos que produzcan problemas jurídicos y sociales. En este capítulo se establecen categorías que marcan la diferencia entre responsabilidad civil y penal.⁴⁹

El Capítulo segundo, permite un análisis de las disposiciones jurídicas y constitucionales existentes a nivel europeo y nacional. En este capítulo del Libro Verde se realiza un estudio de Derecho Comparado, pues se brinda un análisis de las disposiciones jurídicas y constitucionales existentes a nivel europeo y nacional, considerando como soporte los derechos fundamentales contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵⁰

El Capítulo III analiza la situación a nivel de la Unión Europea, desde la perspectiva del derecho comunitario y de cooperación en el ámbito de la justicia y de los asuntos internos de cada país.

⁴⁷ La Comisión Europea es el órgano ejecutivo de la Unión Europea y representa los intereses del conjunto de Europa (no los de país alguno en concreto). El término "Comisión" designa tanto al Colegio de Comisarios como a la propia institución, que tiene su sede en Bruselas, Bélgica) y oficinas en Luxemburgo. La Comisión cuenta además con representaciones en todos los países miembros.

⁴⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1996, <http://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/8593679e-0099-4616-9fd0-c3b4fe67c8b4/language-es>

⁴⁹ En este sentido se establece la necesidad de evitar confundir problemas de diferente naturaleza, como es el caso de la pornografía infantil, siendo ilegal queda sujeta a sanciones penales y el acceso de los menores a la pornografía para adultos, que, si bien es perjudicial para su desarrollo, puede no tener un carácter ilegal para los adultos, según el criterio europeo.

⁵⁰ En adelante CEDH

El contenido del artículo 10 del CEDH garantiza el derecho a la libertad de expresión pero también permite considerar que dicho derecho podrá estar sujeto a determinadas limitaciones, como la protección de la moral o la salud y la prevención del crimen, y es que la libertad de expresión no es absoluta en los países que integran la Unión Europea. Para resolver estos conflictos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado el principio de proporcionalidad como prueba crucial de conformidad con las medidas restrictivas con los principios fundamentales establecidos en el CEDH.

La proporcionalidad entre la medida y el objetivo que se persigue conseguir es indispensable para comprobar que las ventajas que se obtienen con la injerencia en el derecho fundamental, compensan los sacrificios que esto implica para sus titulares y la sociedad en general.⁵¹

III. La protección de la propia imagen en la Unión Europea.

El principio a la libertad de expresión y el derecho a la vida privada comparte el mismo artículo en la Unión Europea,⁵² los países integrantes no están obligatoriamente vinculados por el texto, pero éste integra el contenido en su orden jurídico propio mediante el Tratado de la Unión Europea y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los principios generales del Derecho Comunitario. El principio de libertad de expresión no es absoluto en ningún lugar. La libertad de expresión puede estar restringida por el Estado, pero estas restricciones son objeto de un límite muy concreto: para que una medida restrictiva sea considerada en una sociedad democrática, es preciso que responda a una necesidad social imperiosa y que sea eficaz, sin ser desproporcionada en relación a las limitaciones que imponga. Esta aplicación exige una prueba de proporcionalidad.

En los Estados miembros de la Unión Europea, existen regímenes generales de prohibición respecto a determinados tipos de contenidos, así como su distribución, importación y publicidad de los mismos, dichas sanciones implican además penas

⁵¹ Serrano Mañillo, Isabel, "El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 28, UNED, Madrid, 2011, pp. 579 – 596.

⁵² Todos los Estados miembros de la Unión Europea forman parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con excepción del Reino Unido, haciendo de la libertad de expresión un principio constitucional.

privativas de libertad propias del Derecho Penal, así como responsabilidad civil. En general, estas prohibiciones se imponen porque el mensaje atenta contra la dignidad humana, puede ser a través de contenidos obscenos, contrarios a las buenas costumbres o indecentes. El contenido más prohibido es la pornografía infantil valorada en forma de fotos, o imágenes animadas. Los otros dos conceptos con mayor prohibición son la zoofilia y la incitación al odio y la violencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia relevante tratándose del derecho a la intimidad y a la propia imagen, en la que ha destacado lo siguiente:

La noción de vida privada comprende elementos que hacen referencia a la identidad de la persona, tales como el nombre, su foto, su integridad física y moral; por tanto, la garantía que protege el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵³ está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes.⁵⁴

También, en relación con las fotos, señaló que la imagen de una persona es uno de los atributos principales de su personalidad, por el hecho de que expresa su originalidad y le permite diferenciarse de sus semejantes, por lo que el derecho de la persona a la protección de su imagen constituye así uno de los requisitos esenciales de su desarrollo personal, el cual comprende la posibilidad para ésta de negarse a su divulgación, incluso en determinadas circunstancias como el hecho de que una persona pública pueda invocar una "expectativa legítima" de protección y respeto de su vida privada.

⁵³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar

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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁵⁴ Caso Von Hannover vs Alemania no 2, Demandas 40660/08 y 60641/08, sentencia emitida el 7 febrero 2012, en el que la princesa Carolina de Mónaco demandó la negativa de los Tribunales Alemanes a prohibir la publicación de diversas fotografías en actividades de su vida.

CONCLUSIONES

En esta investigación de Derecho Comparado se han llegado a las siguientes conclusiones:

Primero. En el derecho español el derecho a la propia imagen forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión e inherente e irreductible a toda persona.

Segundo. El Tribunal Constitucional Español también se ha manifestado, precisando en su doctrina que los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, a pesar de su estrecha relación, en tanto que son derechos inherentes a la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas son, no obstante, derechos autónomos, que tienen un contenido propio y específico.

Tercero. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha reconocido la imagen de una persona como uno de los atributos principales de su personalidad, por el hecho de que expresa su originalidad y le permite diferenciarse de sus semejantes, por lo que el derecho de la persona a la protección de su imagen constituye así uno de los requisitos esenciales de su desarrollo personal.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

Doctrina

- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, *El derecho a la propia imagen*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- AZURMENDI, Ana, Voz "El derecho a la propia imagen" en VILLANUEVA, Ernesto (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, 3a. ed., México, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, 2010, t. I.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen" en la obra *Bienes de la personalidad*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2008.
- CASTILLA BAREA, Margarita; *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen*, Editorial Thompson Reuters Aranzadi, España, 2011.
- Conclusiones del Programa de Acción de Estocolmo, artículo 3.k, 28/8/1996
- GARCÍA GONZÁLEZ, M. Nieves, *Periodistas, ciudadanos del mundo*, Editorial Fragua, Madrid, 2004.
- GIL ANTÓN, Ana María Gil; *El derecho a la propia imagen al menor en Internet*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- JAREÑO LEAL, Ángeles; *Intimidación e imagen: Los límites de la protección penal*, Editorial Lustel, España, 2008.
- PACHECO ZERGA, Luz; *La dignidad humana en el Trabajo*, Ed. Civitas, Madrid 2007.
- PASCUAL MEDRANO, M. Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor, España, 2003.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, Voz "Derechos de la personalidad", en VILLANUEVA, Ernesto (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, 3a. ed., México, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, 2010, t. I.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

ROVIRA SUEIRO, María Elena, *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*; Editorial Comares. Granada, 2000.

SERRANO MAÍLLO, Isabel, "El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 28, UNED, Madrid, 2011.

UNICEF, Los derechos del niño y la práctica del periodismo: una perspectiva basada en los derechos, Dublin, 2007, p. 48, disponible en la página: http://www.unicef.org/mexico/spanish/manual_para_periodistas_ninez_y_medios.pdf

Legislación y jurisprudencia internacional

Constitución Española de 1978, publicado en el Boletín Oficial Español número 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen publicada en el Boletín Oficial Español número 115, de 14 de mayo de 1982.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Sentencias consultadas

S.T.C 28/1984 de 6 de febrero.

S.T.S. 23 de febrero y 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 1292 y 3699).

SSTC 49/1984 de 5 de abril, (RTC 1984, 49) y 153/1985 de 7 de noviembre (RTC 1985, 153)

SSTS 22 de febrero de 2007 RC No. 512/2003 y 17 de febrero de 2009, RC No 1541, 6 de Julio de 2009 (RJ 2009, 4452) RC No 1801/2005.

SSTS de 19 de noviembre de 2008; 17 de diciembre de 2013 y 27 de enero de 2014.

STC 105/1983 de 23 de noviembre (RTC 1983, 105)

STC 158/2009 de 29 de Junio (RTC 2009, 158)

STC 158/2009 de 29 de Junio (RTC 2009, 158)

STC 158/2009, de 29 de junio.

STC 183/1995, 11 de diciembre (RTC 1995, 183)

STC 8/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81)

STS 8 de mayo de 2013.

STS de 16 de junio de 2015, RC 2895/2013.

STS de 25 de enero de 2002 (RJ 2002, 32)

STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2549)

STS de 25 de marzo y 20 de mayo de 2010(RJ 2010, 2529 y 3709)

STS de marzo de 1988 (RJ 1988,2480)

Caso Von Hannover vs Alemania no 2, Demandas 40660/08 y 60641/08, sentencia emitida
el 7 febrero 2012.