

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LOS PERSONAJES PÚBLICOS

Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001
(*Caso Cortina*) y 83/2002 (*Caso Alcocer*)

ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN.—2. LOS CASOS.—3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO AUTÓNOMO DERIVADO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.—4. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LOS PERSONAJES DE NOTORIEDAD PÚBLICA: 4.1. *La regla general del artículo 7.5 de la LO 1/1982: prohibición de la captación, reproducción y publicación de la imagen de una persona en momentos o lugares de su vida pública o privada.* 4.2. *La excepción al régimen general del artículo 7.5: los personajes públicos. El artículo 8.2.a) de la LO 1/1982: a) Sobre el concepto de personaje público. b) El lugar abierto al público. c) El nuevo criterio en el juicio de ponderación: «la naturaleza de las fotografías y la mediación de una operación ilícita»; en definitiva, la publicación inconsciente de un documento privado.*—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. PRESENTACIÓN

En una época en la que sin sorpresa ni escándalo se asiste a la banalización de la imagen y al comercio ordinario de la vida privada, el Tribunal Constitucional rompe una lanza en favor de extender el alcance de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE para el caso de los personajes públicos. Si las SSTC 134/1999 (*Caso Montiel*), 157/1996 (*Caso Preysler I*) y 115/2000 (*Caso Preysler II*) (1) reflejan esta tendencia en relación con el derecho a la intimi-

(1) Por lo que a las dos últimas sentencias se refiere, baste recordar que el tema traía causa de la distinta calificación que merecían para los dos tribunales las declaraciones de una antigua empleada de I. Preysler publicadas en cierta revista. Lo que para el TS eran chismes de escasa entidad (STS de 31 de diciembre de 1996) para el TC suponían una vulneración del derecho a la intimidad (STC 115/2000) que no podía encontrar cobertura en el derecho fundamental a comunicar libremente información (FJ. 10). De vuelta en el TS, la Sala Primera declara que el citado

dad (2), ampliando notablemente el ámbito de reserva de los personajes públicos sobre los datos relativos a su vida privada, en las Sentencias 139/2001 y 83/2002 el Tribunal Constitucional hace llegar esa línea jurisprudencial expansiva o garantista de los derechos del art. 18.1 CE al derecho fundamental a la propia imagen de estos personajes. Así, en la Sentencia 139/2001 viene a amparar el derecho a la propia imagen de un personaje público frente a la publicación sin su consentimiento de *fotografías privadas, irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad, y tomadas en lugar abierto al público*; y en la 83/2002 el Tribunal Constitucional confirma esta línea interpretativa.

Para ello en estas sentencias el Tribunal Constitucional traza y sostiene un nuevo criterio de interpretación para el juicio de ponderación entre el derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE y la libertad de información del art. 20.1.d) CE. Dicho criterio va más allá de la solución legal prevista en el art. 8.2.a) de la LO 1/1982 de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, según el cual el derecho a la propia imagen no impedirá «*su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público*».

reportaje supone un ataque a la intimidad de la protagonista y valora el daño moral en 25.000 pesetas (STS de 20 de julio del 2000). Recurrída en amparo, el TC anula nuevamente la sentencia del TS por estimar que vulnera el derecho a la intimidad al apartarse de los criterios fijados en la STC 115/2000 al calificar otra vez de insignificantes las frases aparecidas en el reportaje para justificar la fijación de una indemnización simbólica (STC 186/2001). En un pronunciamiento muy discutido, el TC recupera la cuantía indemnizatoria del fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona, justificando la decisión en la inoportunidad de una nueva devolución del asunto al TS para evitar un proceso que podría alargarse indefinidamente. Finalmente, y ya al margen del proceso, el TS responde con ocasión de STC 139/2001 (*caso Cortina*) que anula la dictada por la Sala de lo Civil de 21 de octubre de 1997. Pues bien, el nuevo pronunciamiento del TS sobre el *caso Cortina* (STS de 5 de noviembre de 2001) será utilizado a modo de pliego de descargos contra el TC, cuyo fallo dice acatar «por imperativo legal», declarando la vulneración del derecho para «estar formalmente de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional» (FJ. 1). A lo largo de dos extensos Fundamentos Jurídicos 2 y 3 el TS se aparta del caso para descargar reproches y acusaciones por la actuación del Tribunal Constitucional en el citado *caso Preysler*, con especial referencia a la determinación de la cuantía indemnizatoria, acusándolo de transgredir la legalidad, de hacer prevalecer al margen de aquella un voluntarismo sin soporte jurídico o, en fin, de conducta negligente.

(2) Sobre el tema H. LÓPEZ BOFIL: «Hacia un concepto formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias (Reciente jurisprudencia del TC en materia de derecho a comunicar libremente información veraz y el derecho a la intimidad personal o familiar como límite al mismo: SSTC 115/2000, de 5 de mayo; 187/1999, de 25 de octubre y 134/1999, de 15 de julio)», *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 11, 2000, págs. 1885 y sigs.

En efecto, para el Tribunal Constitucional, tanto en la Sentencia 139/2001 como en la más reciente 83/2002 va a resultar irrelevante la proyección pública del personaje y el lugar abierto al público del citado art. 8.2.a) LO 1/1982. Trazando un nuevo criterio en la ponderación entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información del art. 20.1.d) CE considerará determinante de la ilegitimidad de la intromisión *la naturaleza privada de las fotografías junto con la mediación de una operación ilícita en la filtración de las mismas a la editorial*, elementos cuya combinación se convierte así en *ratio decidendi* que lleva al Tribunal Constitucional a otorgar el amparo y declarar lesionado el derecho fundamental a la propia imagen.

Frente a esta línea jurisprudencial del Alto Tribunal, importa señalar que el Tribunal Supremo se viene mostrando mucho más restrictivo con el alcance de la reserva del derecho a la intimidad y del derecho a la propia imagen de los personajes populares y, en general, entiende que «en los personajes públicos, el derecho al honor disminuye, la intimidad se diluye y el derecho a la propia imagen se excluye» —STS de 24 de abril de 2000, FJ. 1 (*Caso Lydia Bosch*) y STS de 17 de diciembre de 1997, FJ. 4 (*Caso Alcocer*)—. Puede decirse sin matices que la última jurisprudencia de los dos tribunales a propósito del derecho a la intimidad y a la propia imagen de los personajes públicos muestra una divergencia severa en la forma de apreciar cómo la popularidad afecta al alcance de la reserva de estos derechos o a la legitimidad de las intromisiones. Asistimos así a una situación curiosa, donde el Tribunal Constitucional se erige en adalid de los derechos que antes fueran patrimonio de la jurisdicción civil y con una proyección de contenido patrimonial innegable, frente a un Tribunal Supremo más restrictivo con el alcance de estos derechos en el caso de los personajes públicos y en defensa de una interpretación pro libertad de información del art. 20.1.d) CE.

Dicho lo anterior, importa volver sobre la presencia de un elemento novedoso en estos últimos casos resueltos por el Tribunal en los que aparecen implicados personajes públicos (SSTC 115/2000, 139/2001 y 83/2002), y que —aventuramos aquí— podría ser el que pesa en la nueva línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional. En todos ellos la información o las fotografías privadas llegan a la editorial a través de una operación «ilícita», en cuanto ajena al consentimiento de los afectados. En efecto, en el *caso Preysler* la información sobre ciertos aspectos de la vida personal y familiar del personaje sale del círculo privado porque una antigua empleada quebranta la obligación de secreto derivado de una relación profesional (así se señala en la STC 115/2000, FJ. 6) (3). Por su parte, en el *caso Cortina*, las fotografías tomadas por un fa-

(3) «En el presente caso, nos encontramos ante una intromisión en la intimidad personal y familiar de la recurrente causada por el reportaje publicado en la revista *Lecturas* que cabe repu-

miliar en un viaje privado y en un contexto familiar y de amistad salen de este círculo y llegan a un tercero que admite la ilicitud de la procedencia (4), quien a su vez las vende a la editorial por ocho millones de pesetas (STC 139/2001, FJ. 5). Por último, en el *caso Alcocer* las fotografías privadas, tomadas en una playa para recuerdo íntimo por la cámara del demandante en amparo, salen a la luz pública sin el consentimiento de los afectados, y *mediante una operación de terceros ajena a su voluntad* (STC 83/2002, FJ. 4). De esta forma, tienen en común los casos citados que la editorial paga un precio a quien «ilícitamente» transmite esa información, ya sea directamente o a través de intermediario. A la vista de los datos se puede señalar, aunque sea a modo de conjetura, que en estos supuestos tras la decisión de amparar los derechos a la intimidad y a la propia imagen podría pesar la convicción del Alto Tribunal de que cuando el medio de comunicación difunde información obtenida directa o indirectamente mediando una operación ilícita no puede prevalecer la libertad de información.

Por otra parte, y hablando sobre derecho a la propia imagen en abstracto, las Sentencias 139/2001 y 83/2002 presentan interés por lo que suponen de refuerzo en la construcción de la autonomía y sustantividad de este derecho con respecto al derecho a la intimidad. Incluso, en la STC 83/2002 el Tribunal va a distinguir, atendiendo al contenido de las fotografías, si se vulnera exclusivamente el derecho a la propia imagen de los afectados, o si se lesiona también el derecho a la intimidad cuando las fotografías reflejan manifestaciones de afectividad de los protagonistas. Así, en esta segunda Sentencia señala el Tribunal que *«dado el carácter autónomo de los derechos garantizados en el artículo 18 CE, mediante la captación y reproducción de una imagen pueden lesionarse al mismo tiempo el derecho a la intimidad y a la propia imagen, lo que ocurriría en los casos en los que la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada,*

tar ilegítima no sólo por el contenido de éste (...), sino también *por derivar la divulgación de los datos de una vulneración del secreto profesional* (la cursiva es nuestra). Y resulta evidente, en atención a esta circunstancia, que el mencionado medio de comunicación debía haberse guardado de dar difusión a tales datos, salvo que la información comunicada tuviera objetivamente relevancia pública...» (STC 115/2000, FJ. 6).

(4) «Por otra parte, no deja de ser revelador a tal efecto el hecho de que dichas fotografías hayan salido a la luz pública sin el consentimiento del interesado y mediante una operación de terceros ajena a su voluntad...», y más adelante, señala el Tribunal que si bien la procedencia de las fotos no es objeto del proceso de amparo «su *desvío y publicación* se realizó sin el consentimiento de los interesados (...). Este último extremo también resulta decisivo en este caso para determinar que efectivamente hubo vulneración del derecho a la propia imagen...» (STC 139/2001, FJ. 5).

revelara aspectos de su vida privada o familiar que se han querido reservar del público conocimiento. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la propia imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad que se hayan podido causar» (STC 83/2002, FJ. 5).

En cuanto al derecho a la propia imagen como derecho autónomo, se trata, como es sabido, de un derecho relativamente reciente, incorporado con cierta originalidad en nuestra Constitución y regulado en la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Escasamente abordado hasta hace poco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es extraño que en la doctrina y en la práctica del foro, se lo haya identificado con la intimidad, y se vincule necesariamente la captación y divulgación in consentida de la imagen de un sujeto con la lesión del derecho a la intimidad. Así por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo del *caso Cortina*, de 21 de octubre de 1997, se puede ver como el Tribunal en un momento de la argumentación mezcla los dos derechos y considera que no hay lesión del derecho a la propia imagen porque las fotografías divulgadas no reflejan datos de la vida íntima o privada de quienes aparecen en ellas (5). Pero aún más, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001, que sigue a la del Tribunal Constitucional otorgando el amparo por lesión del derecho a la propia imagen en este *caso Cortina*, el Tribunal Supremo indica vulnerado el derecho a la intimidad (6). No deja de ser una buena muestra de la indefinición de esta categoría y de lo difuso de los contornos del derecho a la propia imagen. Antes, el Tribunal Constitucional ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho propia imagen de personajes públicos (STC 231/1988 —*caso Paquirri*—, STC 117/1994 —*caso Obregón*—, STC 132/1995 —*caso Peñalva de la Vega*— y la STC 81/2001 —*caso E. Aragón*—) y así se había referido al alcance de la titularidad del derecho, a la revocación del consentimiento, a los límites con la libertad de información y, en la última citada, al derecho a la imagen como derecho de contenido patrimonial *versus* el derecho *fundamental* a la propia imagen. En las SSTC 139/2001 y 83/2002 el Tribunal Constitucional completa esta jurisprudencia con la formu-

(5) «... las posturas o “poses” de los protagonistas de las fotografías publicadas no suponen situaciones que requieran una especial intimidad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1997, FJ. 1).

(6) «Por ello, esta Sala debe proclamar, por imperativo legal, que las fotografías aparecidas en la revista *Diez Minutos* de fecha 9 de agosto de 1990 suponen un ataque a la intimidad de Alberto Cortina de Alcocer, que aparece en las mismas; y así, se está formalmente de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, que afecta a la presente cuestión» (STS de 5 de noviembre de 2001, FJ. 1).

lación de un nuevo criterio relativo a la publicación in consentida de fotografías privadas de personajes públicos.

Insisten estas últimas sentencias en la autonomía del derecho a la propia imagen y, así, se afirma con rotundidad que «se configura como un derecho de la personalidad, dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (...) se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás» (STC 139/2001, FJ. 4, y STC 83/2002, FJ. 4).

En síntesis, son dos los aspectos de interés que presentan estas sentencias. Yendo de lo abstracto a lo concreto, en primer lugar, el reforzamiento de la configuración autónoma del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE y, en segundo, la aportación de un nuevo criterio jurisprudencial para ponderar en los conflictos entre el derecho de los personajes públicos a la propia imagen y la libertad de información. Nos parece que ambos elementos justifican por sí solos este comentario. Y es que el derecho a la propia imagen, al igual que ocurre con el derecho a la intimidad, se configura como una facultad de exclusión sobre un ámbito de reserva elástico, que se restringe notablemente en el caso de los personajes públicos. Pero nótese que la popularidad como elemento subjetivo determinante del alcance del derecho es, al tiempo, fuente de problemas porque, aparte la dificultad de definir la categoría de personaje público, es evidente lo diverso de los sujetos susceptibles de engrosarla —desde personajes relevantes del mundo de la Cultura, el Deporte, la Ciencia o la Política, a personajes que viven de la venta de su vida privada. Lo cierto es que la Ley Orgánica 1/1982, no distingue al hablar del derecho a la propia imagen de los personajes públicos —probablemente porque las posibilidades de la casuística superan cualquier tipo de distinción general—, y, así, en el apartado a) del art. 8.2 LO 1/1982 establece como criterio para determinar la legitimidad de las intromisiones en el derecho a la propia imagen de los personajes con proyección pública que la captación sea en el transcurso de un acto público o en un lugar abierto al público.

Precisamente sobre el tema del lugar abierto al público, veremos cómo en la Sentencia del *caso Cortina* las decisiones de los órganos judiciales de instancia van a arrancar de la valoración de si una reserva federal de caza en Kenya es un lugar abierto o cerrado al público, aunque para el Tribunal Constitucional lo relevante del asunto cae fuera de las previsiones legales del

art. 8.2.a) LO 1/1982. También la captación en lugar abierto al público —una playa— pesará en el proceso ante la jurisdicción ordinaria en el *caso Alcocer* (STC 83/2002). Sin embargo, para el Tribunal Constitucional la naturaleza del lugar va a ceder ante la naturaleza de las fotografías y la mediación en la filtración de la información de una operación de terceros ajena a la voluntad de los protagonistas. Veamos todo esto.

2. LOS CASOS

Como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, se trata de dos amparos muy similares, «dada la práctica identidad de los supuestos de hecho, el objeto de ambos procesos y los términos en los que se plantea el debate jurídico» (FJ. 3 STC 83/2002). En los dos supuestos el origen del litigio se encuentra en la publicación de fotografías privadas de personajes de proyección pública en una revista de las llamadas «del corazón». En el *caso Cortina* las instantáneas habían sido tomadas por un familiar y eran recuerdo del viaje de ocio a una reserva federal de caza en Kenya junto a familiares y amigos. En el *caso Alcocer*, las fotografías, captadas con la cámara fotográfica de aquél, se tomaron por un amigo de la pareja en una playa. Sin embargo, mientras las fotografías del *caso Cortina* son irrelevantes desde la perspectiva del derecho a la intimidad y se limitan a reproducir «los rasgos fisionómicos reconocibles», en el *caso Alcocer* se invoca ante el Tribunal Constitucional la lesión del derecho a la propia imagen y a la intimidad como derechos autónomos, pues una de las fotografías refleja manifestaciones de afectividad, aspecto que se recoge en la STC 83/2002, y que es tenido en cuenta por el Tribunal para declarar la lesión de los dos derechos.

El elemento novedoso ante el Tribunal Constitucional, e igualmente común a los dos casos, es que se trata de fotografías privadas que llegan a la editorial a través de una operación de terceros ajena a la voluntad de los fotografiados. En efecto, las fotografías habrían salido del círculo privado para el que fueron tomadas sin mediar consentimiento de los protagonistas, y, queda acreditado en uno y otro caso, que llegan a poder de un tercero que las vende por una cantidad (ocho y cuatro millones de pesetas, respectivamente) a la editorial, que las publica sin recabar el consentimiento de quienes aparecen en ellas.

Se presentan por los fotografiados sendas demandas incidentales de juicio protección de los derechos fundamentales, en el *caso Cortina* por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, y en el *caso Alcocer* también en el derecho a la intimidad. En los dos supuestos se dicta sentencia estimatoria en

primera instancia y se condena a la editorial al pago de una indemnización por daños morales. En el primer caso, para el Juez de Primera Instancia las fotografías no podían ampararse en la excepción del art. 8.2.a) LO 1/1982 relativo a los personajes de proyección pública en el transcurso de un acto público o lugar abierto al público, pues las instantáneas habían sido tomadas en el desarrollo de actividades recreativas de índole privado y, por otra parte, para el órgano juzgador, una reserva federal de caza en Kenya no puede tener consideración de lugar abierto al público en general. Por su parte, en el caso *Alcocer* entiende el Juez que los hechos encajan en el tipo de intromisión ilegítima previsto en el artículo 7.5 LO 1/1982, puesto que las fotografías publicadas si bien eran de una persona pública en el plano económico, no tenían nada que ver con sus actividades profesionales. Para el Juez de Primera Instancia se trata de fotografías privadas tomadas por la propia cámara del fotografiado y en un lugar apartado, no siendo de aplicación la excepción del art. 8.2.a) de la LO 1/1982.

Recurridas en apelación por la editorial, la Audiencia Provincial de Madrid desestima y confirma las sentencias de primera instancia. Las dos sentencias de la Audiencia Provincial entienden que no concurren los elementos de la excepción del art. 8.2.a) LO 1/1982. En el *caso Cortina*, para la Audiencia Provincial el personaje es público en el mundo de las finanzas, pero carece de relevancia pública su vida sentimental y, por otra parte según se dice en la Sentencia una reserva federal de caza en Kenya no puede ser considerada lugar público. De parecido tenor es la Sentencia de la Audiencia Provincial que desestima la apelación en el *caso Alcocer* al entender que la difusión de las fotografías constituyó un ataque a la intimidad del demandante, así como a su derecho a la propia imagen, pues el carácter público del personaje no se extiende a su vida íntima y, por otra parte, considera la Sentencia de 27 de septiembre de 1993 que aunque la playa sea un lugar abierto y público no es incompatible con que haya lugares apartados que permitan la intimidad. Por último, entiende la Audiencia Provincial que en el juicio de ponderación entre derecho a la intimidad y propia imagen y libertad de información ha de tenerse en cuenta que la información gráfica difundida no contribuye a generar una opinión pública responsable sino que simplemente se limitaban a satisfacer la curiosidad de los ciudadanos.

Contra estas sentencias desestimatorias de la Audiencia Provincial se presentan sendos recursos de casación por la editorial al amparo del art. 1692.2 LEC. De parecido contenido las demandas dada la identidad de los supuestos de hecho y la trayectoria de los procesos, en ambas se alega, junto con otros motivos, la infracción de los artículos 2 y 8.2.a) LO 1/1982, del artículo 20 CE. Las dos serán estimadas por el Tribunal Supremo que casa y anula las correspondientes de la Audiencia Provincial por Sentencia de 21 de octubre de 1997 (*caso Cortina*) y de 17 de diciembre de 1997 (*caso Alcocer*).

En su argumentación el Tribunal Supremo se va a separar del criterio seguido en primera instancia y en apelación. A su juicio, el conflicto entre los derechos del art. 18.1 y del art. 20.1.d) CE ha de resolverse a favor de esta última, al concurrir en ambos casos la excepción legal a la consideración de intromisión ilegítima formulada en el art. 8.2.a) LO 1/1982.

En efecto, para el Tribunal Supremo, en el caso de A. Cortina, no cabe duda de que se trata de un personaje público, al ser una persona conocida en el ámbito financiero —en concreto—, pero también social en general. Por otra parte, una reserva federal de caza en Kenya es un ámbito abierto al público al que se puede tener acceso y, por tanto, situarse allí no puede significar un «apartamiento de los ojos indiscretos» ni se puede encontrar en la reserva «una cierta intimidad». Además de estos dos elementos, las fotografías no recogen situaciones que requieran un especial intimidad (STS de 21 de octubre de 1997, FJ. 1). Por ello estima la infracción del art. 8.2.a) de la LO 1/1982 formulada en el segundo motivo de casación, sin considerar necesario entrar en el estudio y resolución de los demás motivos. Por su parte, en el caso *Alcocer*, el Tribunal Supremo entiende que debe prevalecer la libertad de información del art. 20.1.d) CE pues en el caso concreto ha de tenerse en cuenta la proyección pública del personaje y que el derecho a la propia imagen queda excluido cuando esta se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, y al respecto señala el Tribunal que «las sentencias de instancia han reconocido los dos elementos pero, a uno y a otro le han añadido unas restricciones que lo han hecho inaplicable al caso concreto» (STS de 17 de diciembre de 1997, FJ. 4). En este segundo caso para el Tribunal Supremo no hay duda en cuanto a la concurrencia de los elementos personaje de proyección pública, interés público de la información y lugar abierto al público. Sobre el primero, señala el Tribunal que las sentencias de instancia si bien reconocen el carácter público del personaje añaden que una cosa es la notoriedad pública como financiero y hombre de empresa y otra la que pueda tener su vida privada. Esta escisión de la proyección pública es inaceptable para la Sala del Tribunal Supremo y así lo sostiene en las dos sentencias que venimos comentando (STS de 21 de octubre de 1997 y STS de 17 de diciembre de 1997). Por otra parte, en esta última sentencia se dice que el «interés general de la información no se halla en la importancia o trascendencia pública del reportaje, sino en que se trata de unos actos privados en que la persona, por los usos sociales y por el ámbito que mantiene reservado le han convertido en punto de atención de los medios de comunicación, y lo son, no sólo por el interés en los detalles de la vida de los demás, sino por constituir en casos semejantes, muy semejantes, motivo para importantes cambios financieros» (FJ. 5). En cuanto a la naturaleza del lugar donde fueron captadas las fotografías, para la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de di-

ciembre de 1997 es indudable que la playa es un lugar abierto al público donde —a diferencia de lo que sostiene la Audiencia Provincial, y el propio Tribunal en la Sentencia de 29 de marzo de 1988 (*caso S. Munt*)— no caben los lugares apartados que permitan la intimidad (FJ. 5).

Como hacíamos ya notar al principio de estas páginas, el Tribunal Supremo interpreta de manera restrictiva el alcance del derecho a la propia imagen de los personajes públicos al seguir la literalidad del art. 8.2.a) de la LO 1/1982, y considera irrelevante que las fotografías sean un documento privado que sale a la luz pública sin consentimiento de los afectados.

Las sentencias son recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional, en el *caso Cortina* por vulneración del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, consecuencia de la ponderación incorrecta entre este derecho y el derecho a la información del artículo 20.1.d) CE y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24 CE. En el *caso Alcocer* por lesión de los derechos a la intimidad y a la propia imagen. En ambas demandas de amparo se insiste en la relevancia del carácter privado de unas fotografías que trascendieron ilegalmente a los medios de comunicación y para cuya publicación nunca se otorgó consentimiento.

Ambas sentencias contienen un fallo estimatorio, y declaran la lesión del derecho fundamental a la propia imagen (STC 139/2001) y también a la intimidad en la STC 83/2002 y, en consecuencia, anulan los pronunciamientos del TS. En la sentencia del *caso Cortina*, sobre las dos quejas de amparo (derecho a la propia imagen y tutela judicial efectiva sin indefensión) entiende el Tribunal que esta última invocada aquí por incorrecta valoración de los hechos probados relativos a la naturaleza de las fotografías y su forma de obtención, no es autónoma del derecho a la propia imagen (FJ. 3). En efecto, para el TC la invocación del art. 24.1 CE por ignorar determinados hechos probados relativos a la forma y condiciones de cómo se hicieron las fotografías, encierra en realidad una deficiente ponderación de los derechos en juego y, en consecuencia, afecta al derecho a la propia imagen (FJ. 3). De esta manera, la atención del Tribunal se centra en si en el presente caso existe o no vulneración del derecho a la propia imagen. Para ello, se refiere a la naturaleza del derecho a la propia imagen, a su autonomía con respecto del honor y de la intimidad, y resuelve considerando un nuevo criterio en el juicio de ponderación entre derecho a la propia imagen y libertad de información en el caso de los personajes públicos: la mediación de una operación ilícita en la transmisión de la información al medio de comunicación.

Este criterio será confirmado en la Sentencia 83/2002 del *caso Alcocer*, donde el Tribunal Constitucional va a estimar la demanda de amparo por lesión de los derechos autónomos a la intimidad y a la propia imagen.

3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO AUTÓNOMO DERIVADO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

En sus dos pronunciamientos comienza el Tribunal Constitucional señalando cómo el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental que *deriva de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas* (SSTC 139/2001 y 83/2002, FJ. 4). Conecta así con lo ya dicho en casos anteriores, especialmente en las Sentencias 99/1994 (FJ. 5) —*caso deshuesador de jamones*— y 231/1988 (FJ. 3) —*caso Paquirri*— donde se refería a la necesidad salvaguardar un ámbito propio y reservado a la acción y conocimiento de los demás para, según las pautas de nuestra cultura, *mantener una calidad mínima de vida humana*, y últimamente en la STC 156/2001 (FJ. 3). Especialmente relevante fue en este sentido la STC 99/1994 donde señalaba a la propia apariencia como «primer elemento configurador de la esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo» (FJ. 5).

Asimismo, recuerda el TC la autonomía y sustantividad del derecho a la propia imagen como distinto del derecho al honor y a la intimidad. Para ello recoge en las STC 139/2001 y 83/2002 parte de la argumentación desgranada en la Sentencia 81/2001 —*caso Emilio Aragón*— insistiendo en que este derecho «dispone un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado aunque no íntimo frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico» (STC 139/2001, FJ. 2; STC 81/2001, FJ. 4).

El tema tiene importancia práctica inmediata, y ya en el caso de la STC 139/2001 el Tribunal estima lesión del derecho a la propia imagen aunque las fotografías publicadas no reflejen aspectos del ámbito propio de la intimidad (7).

(7) Otras veces ha sido el Tribunal Supremo quien ha separado el derecho a la propia imagen del derecho a la intimidad. Fue, por ejemplo, el caso de la utilización para una campaña publicitaria del Ayuntamiento de Madrid de una fotografía de un niño con adultos tomada en un parque público que se divulgó sin mediar consentimiento (STS de 7 de octubre de 1996). Aquí dudosamente podría decirse que existe lesión de la intimidad y sin embargo sí de la propia imagen. Como recuerda el Tribunal Supremo este derecho «se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cual sea la finalidad de esta difusión. El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción» (FJ. 5).

De esta forma, como indica el Tribunal «no es preciso examinar si tal documento se halla en el ámbito propio de la intimidad puesto que ni en la demanda de amparo se invoca expresamente el derecho a la intimidad ni, por otra parte, se condicionan mutuamente, de modo necesario, este derecho y el de la propia imagen, dada la autonomía de uno y otro, por más que puedan estar vinculados en algunos supuestos» (FJ. 5). Por su parte, en la STC 83/2002 la configuración autónoma del derecho a la intimidad y a la propia imagen lleva al TC a distinguir qué derecho se lesiona en función del distinto contenido de las fotografías. En concreto, dice el TC que «dado el carácter autónomo de los derechos garantizados en el art. 18.1 CE, mediante la captación y reproducción de una imagen, pueden lesionarse al mismo tiempo, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, lo que ocurriría en los casos en los que la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revelara aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento. En tales supuestos, la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad que se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho a la intimidad» (STC 83/2002, FJ. 4).

En efecto, es innegable que la facultad de excluir del conocimiento ajeno la propia apariencia física frente a su captación y divulgación conecta de alguna manera con la intimidad, entendida ésta en sentido amplio y, así, comparte la misma estructura jurídica de facultad de exclusión o libertad negativa. Sin embargo, el derecho a la propia imagen adquiere hoy un especial sentido (8) como

(8) Hace más de setenta años Ruiz y Tomás en el primer tratado español referido a la propia imagen defendía su oportunidad: «urge admitir el derecho a la imagen, observando que hoy tenemos de frente al pasado más vivo el sentido del respecto hacia la personalidad individual en sus diversas manifestaciones, tanto físicas como espirituales. Ahora bien, la protección de aquel derecho debe ser, en la actualidad enérgica y completa, en cuanto la civilización ha aumentado y refinado sus procedimientos ofensivos, ya que, contra el principio, con tanta fuerza sentido hoy, de que la persona es intangible, se levanta la fiebre moderna de amplia *reclame* para fines periodísticos, industriales y comerciales, en la cual interviene, como instrumento indispensable, la fotografía, sobre todo la instantánea» en P. RUIZ Y TOMÁS: *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*, Ed. Reus, Madrid, 1931, pág. 54.

Más cerca de nuestros días, es también de destacar la reflexión de López Jacoiste para quien la propia imagen «en un contexto social y tecnológico donde la faz de las personas y de las conductas obtiene omnipresente representación visual, el derecho sobre la propia imagen alcanza una significación del todo desconocida en otras etapas histórica», en J. J. LÓPEZ JACOISTE: «Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, vol. IV, Madrid, 1988, pág. 607.

categoría autónoma frente al hecho objetivo de la captación y divulgación inconsciente, y consiste en la facultad de evitar la captación y difusión incondicionada del propio aspecto físico como instrumento básico de identificación. Las posibilidades de captación y divulgación de la imagen que permiten las modernas tecnologías, hacen de esta facultad de exclusión una barrera fácilmente franqueable y, por ello, parece razonable que al incremento de riesgos responda el Ordenamiento Jurídico con incremento de garantías.

Por otra parte, como señala bien López Jacoiste a propósito del sentido del derecho a la propia imagen ha de tenerse en cuenta que la imagen, una vez obtenida hace figurar a la persona en una cierta ocasión al margen de su voluntad. La imagen —dice— pone a disposición de quien materialmente la detenta la faz ajena, con la consiguiente posibilidad de instrumentación. Por eso, es necesario reconocer el derecho a impedir la obtención y difusión de retratos o reproducciones de la propia apariencia (9).

Precisamente, hay que recordar que los orígenes del derecho a la propia imagen se encuentran en el siglo XIX, cuando con la generalización de la *fotografía* se plantearon los primeros conflictos entre quien creaba y componía un retrato y retratado. Ya entonces se hablaba de un desdibujado derecho a obtener la protección de los tribunales frente a la divulgación de la apariencia de un sujeto sin mediar consentimiento (10). Eran estos los primeros pasos hacia la configuración del derecho a la propia imagen, donde aparecerían mezclados los aspectos patrimoniales de explotación de la fotografía —derechos de autor— y un difuminado derecho de naturaleza personal a evitar la captación y difusión del aspecto de una persona o imágenes sobre momentos de su vida. Sin embargo, no será hasta principios del siglo XX cuando, con la acentuación del interés personal frente al patrimonial, se proponga con fuerza la tutela jurídica de la reserva frente a la captación y divulgación por fotografía, y se hable de este nuevo derecho como derecho a la propia imagen. Es habitual encontrar citado el caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* como precedente jurisprudencial del derecho a la propia imagen en los Estados Unidos de América, donde la protección frente a los eventuales excesos de la fotografía se articularía a través del «right of privacy» en el doble sentido de *right to be let alone* y el derecho a verse libre de la explotación comercial de la propia imagen (11).

(9) J. J. LÓPEZ JACOISTE: *Op. cit.* págs. 607-608.

(10) Sobre los orígenes de este derecho *vid.* A. AZURMENDI ADARRAGA: *El derecho a la propia imagen; su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 46 y sigs.

(11) Especialmente por influencia del conocido trabajo de S. D. WARREN y L. D. BRANDEIS: «The right of privacy», *Harvard Law Review*, 1890.

Sin embargo, es mérito de la doctrina alemana haberlo incorporado a la categoría de los derechos de la personalidad.

Ciertamente, en el ámbito comparado sigue siendo extraño el reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen y lo habitual es que la tutela se articule a partir de una interpretación amplia del derecho a la intimidad o a la vida privada. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), o la Convención Europea de los Derechos del Hombre y las libertades fundamentales (1950).

Centrándonos ya en España, antes de 1978 el único recurso para defenderse de la divulgación in consentida de la imagen era la vía civil, en concreto, la responsabilidad extracontractual del 1902 del Código Civil (12), lo que condicionaba la defensa a la existencia de un daño moral, por lesión del honor o intromisión la intimidad. La situación cambia en 1978, cuando sin generar discusión de destacar y con relativa originalidad (13), se incorpora al texto constitucional español. Así, el artículo 18.1 CE se refiere expresamente al derecho a la propia imagen junto a la intimidad personal y familiar y al honor. De una parte, su específica protección muestra la tendencia general del constituyente a «desmenuzar y sustantivar como derechos autónomos pretensiones antes implícitas en enunciados más genéricos» (14); de otra, pretende reforzar estos bienes de la persona frente a su creciente vulnerabilidad; en el caso particular de la imagen ante el desarrollo de los sistemas fotomecánicos de captación y reproducción de la misma (15). Además, la propia imagen aparece otra vez en el texto constitucional como límite a la libertad de información del artículo 20 CE. Ello se entiende precisamente por las mayores posibilidades de colisión entre las libertades del art. 20 CE y los derechos del art. 18.1 CE.

Así, en nuestros días, la configuración constitucional de la propia imagen, y su regulación en Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de *Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, permiten ir más allá en la tutela sustantiva e instrumental frente a la captación y, en su caso, divulgación in consentida de la imagen. Desde el punto de vista instrumental de las vías de protección de la propia imagen, a las ordinarias ci-

(12) • Sobre la tutela de la intimidad y la propia imagen antes de 1978 *vid.* M. URABAYEN: *Vida privada e información*, Pamplona, 1977, págs. 329 y sigs.

(13) Su reconocimiento constitucional es todavía extraño. En Europa, sólo la española y la Constitución portuguesa de 1976 contienen una referencia expresa.

(14) P. LUCAS MURILLO: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 35.

(15) E. ESTRADA ALONSO: «El derecho a la propia imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo», *Actualidad Civil*, núm. 25, pág. 348.

vil y penal, se suman las previstas en el artículo 53.2 CE. Desde el punto de vista sustantivo, la reserva de la propia imagen se amplía, pues alcanza también a los casos donde la divulgación no sea lesiva para el honor, ni tampoco una intromisión en la intimidad personal. Sin embargo, es de notar que la expresa formulación del derecho a la propia imagen en el texto constitucional no ha evitado que en muchas ocasiones se ignore su autonomía, se tengan dudas en cuanto a su alcance y se la confunda con la intimidad. En este sentido, poco ha ayudado a precisar su contorno la Ley Orgánica 1/1982 citada, que da un tratamiento conjunto a los derechos y no distingue cuándo las intromisiones ilegítimas afectan al derecho a la intimidad o a la propia imagen.

Pues bien, las últimas sentencias del TC a propósito del derecho a la propia imagen —SSTC 81/2001 (*caso E. Aragón*), 156/2001 (*caso Secta Ceis*), 139/2001 (*caso Cortina*) y 83/2002 (*caso Alcocer*)— no dejan duda acerca la postura del TC en defensa de su configuración autónoma.

4. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LOS PERSONAJES DE NOTORIEDAD PÚBLICA

Si bien la LO 1/1982 prohíbe con carácter general la captación y difusión de la imagen en cualquier momento y lugar (art. 7.5), prevé un régimen distinto para los personajes públicos, y establece en su art. 8.2 a) que *«el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público»*.

Pues bien, según hemos adelantado ya, aparte de contribuir al reforzamiento de la configuración autónoma del derecho a la propia imagen, las sentencias 139/2001 y 83/2002 presentan el interés de construir y sostener, respectivamente, un nuevo criterio para el juicio de ponderación entre el derecho a la propia imagen del 18 CE y la libertad de información del art. 20.1.d) CE. Este criterio relativo a la publicación incontestada de fotografías privadas confirma, por otra parte, la tendencia del TC a reforzar la tutela de los derechos del art. 18.1 CE de los personajes públicos.

De esta manera, mientras ante la jurisdicción ordinaria la ponderación gira en torno a los elementos del art. 8.2.a), ante el TC se efectúa a partir de criterios distintos. La Sentencia 139/2001, dejando a un lado los criterios del art. 8.2.a) va a extender la categoría de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los personajes públicos a los supuestos de publicación de fo-

tografías «de naturaleza privada» difundidas mediando una operación ilícita. Con ello, el Tribunal vuelve la vista hacia «la naturaleza y origen de las fotografías» pasando por encima de la previsión legal contemplada en el citado artículo 8.2.a). Concretamente, en el Fundamento Jurídico 5 de la STC 139/2001 señala el Tribunal que «la determinación de si la publicación de las fotografías supuso una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen (...) habrá de hacerse partiendo de la consideración de *cuál sea la naturaleza de las imágenes publicadas*». Y, más adelante, completa el Tribunal ese criterio señalando que «el desvío y la publicación de las fotos se realizó sin el consentimiento de los interesados» y que «este extremo también resulta decisivo en este caso para determinar que efectivamente hubo lesión del derecho a la propia imagen, precisamente porque la eventual autorización del titular excluiría la idea misma de intromisión».

Por su parte, en la STC 83/2002 confirma este criterio y declara la lesión del derecho a partir de la naturaleza de las imágenes: «un documento personal, de carácter estrictamente privado y familiar, que se inserta en el ámbito propio y reservado de lo que es la esfera personal de los afectados». Para el TC es la naturaleza privada del documento lo que queda acreditado por las propias circunstancias que rodean la captación de las fotografías. Por otra parte, para el TC es decisivo que la publicación se llevara a cabo sin averiguar la procedencia ni obtener el consentimiento de los afectados (FJ. 4). Veamos estos aspectos más despacio.

4.1. *La regla general del artículo 7.5 de la LO 1/1982: prohibición de la captación, reproducción y publicación de la imagen de una persona en momentos o lugares de su vida pública o privada*

Referido a las personas físicas anónimas llama la atención la amplitud de la protección del art. 7.5 LO 1/1982, que opera frente a captación, reproducción y publicación, en lugares privados y abiertos al público. En definitiva, como se ha dicho bien, la expresión «en momentos o lugares públicos o privados» no puede entenderse sino como una prohibición general para todo tiempo y lugar «cualquiera que sea el espacio y sea el que sea el tiempo, en ningún caso se puede proceder a la realización de tales actos» (16). Claro está que, cuando se trate de captar o grabar momentos de la vida privada de las personas, la propia imagen es instrumental del derecho a la intimidad. Estaríamos en la zona for-

(16) M. GITRAMA GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 215.

mada por la intersección de intimidad e imagen. Pero obsérvese que la zona de protección delimitada por este artículo es amplísima, pues prohíbe con carácter general «la captación, la reproducción y la publicación de la imagen de una persona tanto en lugares privados y en momentos de la vida privada, como en lugares abiertos al público y en momentos no privados, en el sentido de realizarse ante la mirada ajena». Sólo el consentimiento de que habla el artículo 2.2 de la LO 1/1982 y las excepciones previstas en la misma LO 1/1982 eliminan la condición de intromisión ilegítima. Así, según establece el artículo 8.1: «no se reputarán con carácter general, intromisiones ilegítimas, las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un histórico, científico o cultural relevante»; ni tampoco se considerará intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen «la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesorio» —art. 8.1.c)—. En cuanto al consentimiento, no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado el *consentimiento expreso* —art. 2.2 LO 1/1982—.

Por tanto, la ley no deja duda: fuera del caso de los personajes públicos —art. 8.2.a) LO 1/1982—, cualquier captación, reproducción o publicación de la imagen para ser legítima ha de estar justificada por un interés científico, histórico o cultural relevante; o ser accesorio en una información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público; o, por último, ser realizada por la Autoridad competente de acuerdo con la ley (17). En consecuencia, más allá de estos casos, la captación, reproducción o publicación de la imagen es lesiva del derecho y, por tanto, salvo que medie consentimiento debe reputarse ilegítima.

Antes de entrar en el tema del régimen particular de los personajes públicos permítasenos una breve digresión a propósito de una cuestión que nos sirve de elemento de contraste para valorar el criterio seguido por el Tribunal en las SSTC 139/2001 y 83/2002. Se trata de apuntar los problemas que presenta la captación de la imagen de los particulares en relación con la videovigilancia y la respuesta dada al tema por el TC en la Sentencia 186/2000. Según hemos visto, en el régimen general trazado por la LO 1/1982, sólo la Autoridad competente y de acuerdo con lo que establezca la ley puede grabar y dar el uso correspondiente a las imágenes. Pues bien, para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado es la LO 4/1997, de 4 de agosto, la que regula la utilización de

(17) LO 4/1997, de 4 de agosto, sobre la Utilización de Videocámaras por las Fuerza y Cuerpos de Seguridad en lugares Públicos.

videocámaras en lugares públicos. Con esta disposición se da cobertura legal a la utilización de las videocámaras que desde hace tiempo se venía realizando por las fuerzas de seguridad, a fin de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos (18). Interesa destacar aquí que si tal es el régimen jurídico de la videovigilancia en lugares públicos y por las fuerzas de seguridad, el régimen jurídico de la videovigilancia privada es, cuanto menos, incierto por falta de previsión legal. Frente a la práctica extendida de los sistemas de control por grabación de la imagen, en la legislación sólo se formula la prohibición general del art. 7.5 de la LO 1/1982 y un mandato incumplido: «*el Gobierno elaborará, en el plazo de un año, la normativa correspondiente para adaptar los principios inspiradores de la presente Ley al ámbito de la seguridad privada*» (Disposición Adicional novena de la LO 4/1997).

Hasta la fecha, no se puede decir que el TC haya sido más sensible con este tema que quienes tienen facultades normativas u ordenadoras. Decimos esto porque, con un espíritu que contrasta con el de las SSTC 139/2001 y 83/2002, el TC se ha pronunciado recientemente acerca de si la instalación no avisada de un sistema de videovigilancia privada en los lugares comunes de trabajo con el fin de descubrir y probar ciertas irregularidades en el desempeño de la actividad laboral era o no lesiva de derechos fundamentales (STC 186/2000). En este caso, la grabación obtenida había servido de prueba para proceder al despido de uno de los trabajadores, que acudió a los tribunales solicitando la nulidad del despido por lesión del derecho fundamental a la propia imagen en la obtención de la prueba y, finalmente, en amparo al TC. En la STC 186/2000 el Tribunal desestima la demanda de amparo. Al margen del fallo desestimatorio, lo que contrasta con la doctrina de las SSTC 139/2001 y 83/2002 es la distinta vara de medir manejada por el TC en este caso, pues el TC ni siquiera contesta a la expresa invocación en la demanda de amparo de lesión del derecho a la propia imagen, y centra su argumentación exclusivamente en si existe o no lesión del derecho a la intimidad, que no aprecia por tratarse de un lugar común de trabajo (19).

Baste aquí con este apunte que permite contrastar la solución dada por el TC en la STC 186/2000 y las que venimos comentando a propósito de la pro-

(18) Recientemente, sobre el tema X. ARZOZ SANTISTEBAN: «Videovigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la LO 4/1997», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 64, págs. 133 y sigs.

(19) Sobre esta sentencia véase D. MARTÍNEZ FONS: «El poder de control del empresario ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio», *Relaciones Laborales*, núm. 4 (2002), págs. 11-50.

pia imagen de los personajes públicos. Al respecto, nótese que si bien puede resultar excesivo que se iguale a personajes privados y públicos ampliando el alcance de la reserva de estos últimos, la paridad por recorte de los derechos fundamentales de los primeros es inaceptable.

Anotado ese vacío en las garantías legales frente a la videovigilancia privada y el discutible parecer sostenido por el TC en la Sentencia 186/2000, volvemos sobre la cuestión que nos ocupa con carácter principal: la excepción prevista a la definición general de intromisiones ilegítimas formulada en el artículo 7.5 de la LO 1/1982 a propósito de los personajes públicos.

4.2. *La excepción al régimen general del 7.5: Los personajes públicos. El artículo 8.2.a) de la LO 1/1982*

Prevé la LO 1/1982 el menor alcance del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la propia imagen de los personajes públicos, y lo hace, eliminando la consideración de intromisión ilegítima para determinados supuestos, que combinan el elemento subjetivo (personaje público) con la concurrencia de alguno de los elementos objetivos siguientes: lugar abierto al público o acto público. Así, según establece el artículo 8.2.a) de la LO 1/1982, no se considerará intromisión ilegítima la *captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o lugar abierto al público.*

Este precepto es el que en primer término proporciona la pauta para resolver el conflicto entre libertad de información y derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Sin embargo, las propias posibilidades interpretativas del precepto permiten que la excepción juegue más o menos extensivamente, restringiendo o ampliando el alcance de la reserva de que disponen los personajes públicos en relación con su imagen. De esta manera, la práctica del foro demuestra que, en ocasiones, no es del todo pacífica la aplicabilidad de la excepción, precisamente por las mencionadas posibilidades interpretativas de los elementos que la definen. Como ya vimos al principio, ante la jurisdicción ordinaria la misma excepción se entiende o no de aplicación en los casos *Alcocer* y *Cortina*, y ello a partir de la interpretación de los elementos objetivo y subjetivo que se hace en primera instancia y apelación y en casación. En cuanto al elemento subjetivo, se juega con el alcance de la notoriedad pública y la escindibilidad de los planos público y privado en estos personajes. Por su parte, en alguna de las resoluciones judiciales se encuentran también consideraciones acerca de si el elemento «lugar abierto al público» ha de interpretarse según la

nota de accesibilidad general o, sencillamente, como lugar no cerrado. Siguiendo esta nota de accesibilidad se podría sacar fuera de la excepción del art. 8.2.a) a una reserva federal de caza en Kenya o, forzando mucho las cosas, un apartado en una playa.

Por si fueran pocas las posibilidades de expansión y restricción del derecho a la propia imagen de los personajes públicos que caben a partir del art. 8.2.a), en las SSTC 139/2001 y 83/2002 el Tribunal incorpora un nuevo elemento a tener en cuenta en el juicio de ponderación en el conflicto entre el derecho a la propia imagen de los personajes públicos y la libertad de información, y que va más allá de la letra del artículo 8.2.a) de la LO 1/1982: *la naturaleza de las fotografías publicadas y su forma de obtención*. Digamos desde ahora que con ese nuevo elemento extralegal incorporado en estas Sentencias, el Tribunal restringe las posibilidades aplicativas de la excepción, pues suma al elemento subjetivo y objetivo otro relativo a la licitud del procedimiento seguido en la obtención de la información gráfica, y ello, con independencia de si dicha información gráfica lesiona *per se* el derecho a la propia imagen. Veamos cada uno de estos aspectos por separado.

a) *Sobre el concepto de personaje público*

El primer problema de la excepción legal se presenta a la hora de perfilar la categoría de los personajes públicos. Hablando muy en general, personaje público se dice de quien *de facto* es conocido por la generalidad de la población en un determinado ámbito territorial (20). Dicha popularidad puede derivar de la detentación de un cargo público, una determinada actividad profesional ya sea deportiva, artística o conectada con alguno de estos campos, o por su participación en una noticia de alcance. En este sentido objetivo, el artículo 8.2.a) de la LO 1/1982 se refiere al personaje público como aquél que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. Pero además, no debemos olvidar que los medios de masas llenan sus páginas con información acerca de otros personajes que, sin concurrir en ellos ese elemento objetivo del cargo público o de la actividad profesional, son efectivamente populares. Y es que la popularidad es algo puramente fáctico que consiste en el conocimiento y

(20) Reflejo de la evolución de la popularidad es la definición que aún se conserva en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que sigue centrada más en la idea de reconocimiento que en la de conocimiento general. Así se dice que es popularidad la «aceptación y aplauso que uno tiene en el pueblo».

el interés que una persona suscita entre el común de la gente en un ámbito más o menos amplio y que no siempre se justifica en un elemento objetivo como el cargo público o la profesión de popularidad.

Esta nota de la popularidad entendida como conocimiento general de un sujeto implica necesariamente un sacrificio en el alcance de la reserva que sobre la imagen y los datos de la vida privada puede aspirar a mantener un personaje de notoriedad. Por eso, como decíamos al principio, los derechos del artículo 18 CE se caracterizan por su elasticidad en razón de los sujetos. A propósito de esto el Tribunal Constitucional ha señalado que «las personas que, por razón de su actividad profesional (...) son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares». Pero sigue más adelante matizando que «ello no puede ser entendido tan radicalmente, como se sostiene en la demanda, en el sentido de que el personaje público acepte libremente el «riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública». Que estos derechos se flexibilicen en ciertos supuestos es una cosa, y otra bien distinta, es que cualquier información sobre hechos que les conciernen, guarden o no relación con su actividad profesional (STC 231/1988), cuenten o no con su conformidad, presenten ya esa relevancia pública que la legitime plenamente y dote de especial protección. No toda información, que se refiere a una persona con notoriedad pública, goza de esa especial protección, sino que *para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a su intimidad, por restringida que esa sea. El problema en cada caso es identificar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando exista un interés público al conocimiento de determinados hechos que pueda legitimar la invasión de la esfera privada del personaje público*» (STC 197/1991, FJ. 4).

Vemos así que una de las claves para la delimitación de los derechos en conflicto es la determinación del concepto de personaje público y su proyección sobre los derechos de privacidad, en particular sobre el derecho a la propia imagen. En este sentido puede verse como Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional siguen dos líneas de interpretación radicalmente distintas:

a) Para el Tribunal Supremo el concepto de personaje público es unívoco e inescindible. De esta forma, viene entendiendo sin distinción que «en los personajes públicos el derecho al honor disminuye, la intimidad se diluye el derecho a la propia imagen se excluye» (STS de 24 de abril de 2000, FJ. 1 y STS de 17 de diciembre de 1997, FJ. 5), y ello, con independencia de la mayor o menor discreción que guarden ordinariamente para sí. Por otra parte, defiende el Tribunal Supremo la inescindibilidad de la personalidad a estos efectos. En el

caso *Alcocer* que da lugar a la citada STC 83/2002, frente a lo sostenido en primera instancia y en apelación, entiende que no se puede mantener que el personaje de notoriedad pública para un ámbito se sea persona privada y para otro público (FJ. 5, STS de 17 de diciembre de 1997). De esta posición se deriva un mayor juego de la excepción del art. 8.2.a) de la LO 1/1982.

b) Distinta es la línea interpretativa que sigue el Tribunal Constitucional a propósito del elemento subjetivo de la excepción que, en síntesis, sostiene la subjetivización en el acotamiento de la reserva y la escindibilidad de planos. Como señalamos al principio de estas páginas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 139/2001 y 83/2002 siguen una línea jurisprudencial que sin duda es más garantista con los derechos del 18 CE de los personajes populares. Se ha dicho que desde la STC 134/1999 (*caso Sara Montiel*) el TC ha optado por dejar la demarcación del ámbito de la reserva al propio sujeto afectado (21). No es exagerado concluir que, por esta vía, el Tribunal Constitucional sustituye el consentimiento tácito o implícito que conlleva la asunción de la condición de personaje popular, para poner en su lugar el consentimiento expreso y concreto para la determinación de dicho ámbito de reserva, abriendo así la puerta a una expansión de los derechos del 18 CE para los supuestos de conflicto con la libertad de información. Nótese que con esta tesis, el Tribunal difumina la barrera entre personajes públicos y privados, al hacer depender de la voluntad del sujeto el acotamiento de la reserva. Pues bien, en este contexto, la STC 83/2002 del *caso Alcocer* es buena muestra de la subjetivización de los derechos de la esfera personal en los personajes públicos. Para el Tribunal Constitucional la notoriedad pública de un sujeto en el mundo de las finanzas no supone una exclusión absoluta del derecho a de mantener libres del conocimiento ajeno los aspectos concernientes a sus relaciones afectivas.

Por otra parte, para el Tribunal Constitucional el respeto a los derechos fundamentales de privacidad exige distinguir un plano público y otro privado en la vida del personaje público, de manera que la publicidad derivada de la actividad profesional —financiera en este caso—, no le priva de mantener un ámbito de reserva sobre el resto de los aspectos no conectados con esta actividad, como es el aspecto de sus relaciones afectivas. Y confirma que para el Tribunal Constitucional corresponde al sujeto afectado la delimitación del alcance de la reserva de dicho segundo plano, aquel desvinculado de la actividad que dota al personaje de popularidad:

«si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven redu-

(21) H. LÓPEZ BOFILL: *Op. cit.*, pág. 1889.

cida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, la intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado, y su eficacia como límite al derecho a la información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (...). (...) la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el ámbito de las finanzas no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por su propia voluntad decide como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno...» (FJ. 5).

Por esta vía, el TC restringe la aplicabilidad de la excepción del art. 8.2 a) de la LO 1/1982, y hace depender del consentimiento del sujeto el ámbito de reserva. En definitiva, desdibuja la línea de separación entre personajes públicos y privados con respecto a los derechos de privacidad.

A nuestro juicio, la popularidad como criterio modulador de los derechos del art. 18.1 CE, en particular del derecho a la propia imagen, exige ser entendido a la luz de otros elementos. Parece excesivo convertir en elemento determinante del alcance de la reserva el consentimiento o acotación del sujeto, como viene defendiendo el TC en las últimas sentencias citadas. Pero tampoco la respuesta del TS para el que el derecho a la propia imagen de los personajes públicos se excluye, parece del todo ajustada al criterio de proporcionalidad en el sacrificio de derechos. Más razonable nos parece ponderar, de una parte, combinando el elemento de la popularidad con la previsión legal del artículo 2.1 de la LO 1/1982 que exige atender a los usos sociales y al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí o su familia y, de otra, la relevancia pública o interés general de la información gráfica.

De esta manera, consistiendo el derecho a la propia imagen en una facultad de exclusión del conocimiento ajeno, es al sujeto a quien corresponde trazar la línea de demarcación del ámbito de reserva, pero no en cada caso, sino con la actitud que mantiene ordinariamente. Así, el límite depende de la voluntad y la conducta observada con carácter habitual por el sujeto, y por el grado de limitación que de ordinario consiente, o incluso busca. Este criterio permite distinguir y ponderar entre derechos, evitando un sacrificio excesivo cuando estamos ante personajes públicos que mantienen reservada su vida fuera de aquella actividad que le da popularidad. Piénsese por ejemplo en el personaje que guarda celosamente los aspectos que quedan fuera de su actividad profesional,

sea el caso de un deportista, político o periodista, por ejemplo. No parece razonable que carezcan de defensa jurídica frente al asalto en cualquier momento de su vida desarrollado en vía pública para tomar una instantánea incluso contra su voluntad expresamente manifestada.

Distinto es el caso de quien ordinariamente no tiene inconveniente en consentir o incluso buscar la captación y publicación en los medios de comunicación, sin necesidad de estar en un acto público o desempeñando la actividad a que se refiere el art. 8.2.a). Si bien, los personajes públicos no pierden en ningún caso sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, si es cierto que el ámbito que alcanza su facultad de exclusión se reduce en la misma medida en que ordinariamente se expone ante el público o se consiente la exposición.

En cuanto a la valoración del interés general de la información gráfica es de destacar lo señalado por el TC en la Sentencia 83/2002 (*caso Alcocer*), para el que el interés público de la información concurre cuando «la información que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia». Y sigue más adelante «a estos efectos, resulta decisivo que los hechos o circunstancias sean susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros (...) la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, curiosidad ajena».

b) *El lugar abierto al público*

En menor medida que el elemento subjetivo, también plantea problemas la determinación de qué debe considerarse lugar abierto al público a los efectos de la excepción del art. 8.2.a) de la LO 1/1982. Aunque el TC no se pronuncia sobre este aspecto en las Sentencias 139/2001 y 83/2002, el tema sí se plantea ante la jurisdicción ordinaria en los procesos que agotan la vía judicial previa al amparo.

En el proceso ante la jurisdicción ordinaria que lleva a la STC 139/2001 se discute si una reserva federal de caza en Kenya debe considerarse o no lugar abierto al público. Así, mientras para el juzgado de primera instancia y la Audiencia Provincial no puede considerarse lugar abierto al público, para la Sala 1.ª del Tribunal Supremo el tema no presenta dudas en el sentido de tra-

tarse de un lugar abierto al público. Por su parte, en el *caso Alcocer* la captación de las fotografías se había producido en lugar apartado de una playa. Para el Tribunal Supremo «la playa es, indudablemente, un lugar abierto al público, no solo por la ley, sino por la realidad. No estando probado en este caso que se tratase de una situación aislada o recóndita en un lugar de la playa». Este matiz del TS tiene su razón de ser pues, ya en una ocasión, ante unas fotografías tomadas en una playa con teleobjetivo, estimó la lesión del derecho a la propia imagen, al entender que la actora había intentado un apartamiento de la vista ajena, al seleccionar un lugar poco concurrido y alejado de los núcleos de población, «con lo que claramente se destaca que *las pautas de comportamiento de la actora están proyectadas a la busca de salvaguardar su intimidad y su propia imagen*, sin que sea lícito vulnerar este derecho subrepticamente bajo los dictados de una corriente permisiva a la que la actora se mostró reacia rehuendo la publicidad y sin que el hecho reconocido de presentarse en top-less autorice la rotura de los moldes en los que se desenvolvía la fotografiada» (STS de 29 de marzo de 1988, FJ. 2)

Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre sí determinados lugares pueden o no tener la consideración de lugar abierto al público. Así, recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de marzo de 2001 ha declarado que un probador de ropa, aunque esté ubicado en un establecimiento comercial abierto al público, no puede considerarse lugar abierto al público y su entrada resulta restringida y controlada (STS 281/2001, FJ. 2). También hace poco ha señalado que una iglesia, lugar de culto, debe considerarse lugar abierto al público (STS de 24 de abril de 2000, *caso Lydia Bosch*).

Por su parte, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado al respecto. Sí lo ha hecho recientemente a propósito del concepto de *domicilio* en la STC 10/2002, de 17 de enero para declarar la inconstitucionalidad del artículo 557 de la LECrim. En lo que aquí nos importa, el Tribunal ha interpretado de manera antiformalista el concepto de domicilio, y mirando a la finalidad del 18.2 lo define como «espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima» (FJ. 6), y ha subrayado la independencia del concepto constitucional del sostenido en otras ramas del ordenamiento jurídico (FJ. 6). Por analogía, podría seguirse aquí una interpretación finalista del concepto de lugar abierto al público en el sentido de lugar de accesibilidad general. Pero aún más, un elemento que define la excepción al disfrute de un derecho fundamental debe ser interpretado de forma restrictiva y, en este sentido, habría de considerarse también si se trata de un lugar que refleja una cierta voluntad de apartamiento en el sentido de las expectativas razonables de reserva que puede albergar el titular del dere-

cho (22). Desde esta perspectiva, si bien una reserva federal de caza, ubicada en Kenya, jurídicamente tiene la calificación de espacio público, podría discutirse si en la práctica y a los efectos del artículo 8.2.a) de la LO 1/1982 puede considerarse un lugar de accesibilidad general y, también, si quien en él se encuentra puede considerarse apartado del público y con razonables expectativas de reserva sobre su imagen y la actividad que lleve a cabo.

- c) *El nuevo criterio en el juicio de ponderación: «la naturaleza de las fotografías y la mediación de una operación ilícita»; en definitiva, la publicación incontestada de un documento privado*

Hemos señalado ya cómo las Sentencias 139/2001 y 83/2002 presentan un elemento común novedoso en la argumentación dirigida a desentrañar en estos casos el conflicto de entre el derecho a la propia imagen de los personajes públicos y la libertad de información en un contexto no previsto expresamente en la LO 1/1982 y tampoco llegado hasta ahora al Alto Tribunal. Pues bien, en este orden de cosas, si la primera sentencia que pone fin al Caso Cortina supone el establecimiento de este criterio, la segunda -STC 83/2002 del *caso Alcocer*- lo confirma.

Recordemos que la cuestión que toca dilucidar al Tribunal Constitucional en estos dos procesos de amparo es, en definitiva, si lesiona o no el derecho fundamental a la propia imagen la publicación incontestada de unas fotografías de personajes públicos tomadas en un lugar abierto al público, con la cámara fotográfica de su propiedad y en un contexto reducido y familiar.

Nótese que el seguimiento estricto de la letra del artículo 8.2.a) de la LO 1/1982 que prevé expresamente la excepción a los supuestos de intromisión ilegítima del artículo 7.5 de la LO 1/1982 para los personajes públicos, lleva a la aplicación de la excepción legal si se entiende que estamos ante un personaje público y la captación se produce en un lugar abierto al público. Así, el Tribunal Supremo en las Sentencias de 21 de octubre y 17 de diciembre de 1997 —*casos Cortina y Alcocer*, respectivamente— entiende que por concurrir efectivamente esos elementos, el supuesto encaja en la excepción del artículo 8.2.a) y

(22) En este sentido, cfr. L. J. MIERES MIERES: «La intimidad territorial se proyecta, también, sobre aquellos espacios públicos o accesibles a otros en los que el individuo puede tener, en atención a las condiciones normales del lugar, una expectativa razonable de reserva en el ejercicio de su libertad», en *Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 52

por tanto no puede decirse que exista una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Ciertamente, el razonamiento del Tribunal Supremo se ajusta a lo previsto en la ley.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional va a seguir una vía argumental completamente distinta, separándose no sólo de los criterios mantenidos por los órganos de la jurisdicción ordinaria, sino también prescindiendo de la letra de la ley, en este caso del artículo 8.2.a) LO 1/1982. Así, en la STC 139/2001, FJ. 6, se dice que «el Tribunal Supremo al ponderar los derechos en conflicto no tuvo en cuenta la naturaleza de las fotografías ni su forma de obtención, mediante una operación ajena a la voluntad del actor y sin su consentimiento, razones por las cuales su enjuiciamiento no es adecuado porque no ha ponderado el derecho a la propia imagen del recurrente y el derecho a comunicar información, respetando la definición constitucional de cada derecho y sus límites». En idéntico sentido se pronuncia en el FJ. 4 de la STC 83/2002.

Para el Tribunal Constitucional, la ponderación exige tener en cuenta en estos casos no sólo los criterios fijados en la ley, que para el TC devienen en este caso irrelevantes, sino otro no previsto: la naturaleza de las fotografías y su forma de obtención. Que las fotografías hubieran sido tomadas con la cámara propiedad de los protagonistas y en el contexto de una reunión familiar —en un círculo íntimo— las convierte en un documento de carácter estrictamente privado y familiar, que se inserta en el ámbito propio y privado de lo que es la esfera personal de los afectados (STC 139/2001 y STC 83/2002, FJ. 5); y ello, con independencia de que la captación se hiciera en un lugar abierto al público. A tal efecto —dice el TC más adelante— «es irrelevante el sólo dato de que las imágenes fueran captadas en una playa como lugar abierto al uso público, pues ello no elimina la relevante circunstancia de que aquellas fueran obtenidas en el círculo íntimo de las personas afectadas, sin que éstas, atendidas todas las circunstancias concurrentes, descuidasen su intimidad personal y familiar, abriéndola al público conocimiento.» (STC 83/2002, FJ. 5).

En efecto, las fotografías publicadas por la revista son obtenidas con el consentimiento de los afectados, pero limitado al disfrute íntimo y familiar, y en ningún caso prestado para la publicación de las mismas. Por otra parte, tanto en el caso de la reserva federal de caza en Kenya como en un lugar apartado de la playa, los protagonistas de las fotografías muestran una voluntad de apartamiento de las miradas ajenas, criterio utilizado ya por el Tribunal Supremo a propósito de una playa para desestimar el elemento «lugar abierto al público» (STS de 29 de marzo de 1988, *caso S. Munt*).

Considerando las circunstancias que rodean la captación de las fotografías (la cámara, el contexto, el consentimiento prestado por los protagonistas para un disfrute determinado) el TC las califica de documento personal, privado y

reservado. De esta calificación deriva el Tribunal la irrelevancia de la condición pública de los personajes y del lugar donde se produce la captación.

El segundo elemento que pesa en la argumentación del TC para declarar la lesión del derecho fundamental a la propia imagen es que dichas fotografías salen del círculo privado sin mediar consentimiento de los afectados en ninguno de los casos y, por un intermediario, son vendidas a la editorial que procede a su publicación. Es determinante del sentido del fallo que el desvío y publicación de las fotografías se realizara sin el consentimiento de los interesados y por medio de una operación de terceros ajena a su voluntad (STC 139/2001, FJ. 5). Así, en la STC 83/2002 se dice que: no quedó determinado en el proceso cómo las fotos llegaron a manos del Sr. Gozalo, y no puede el Tribunal sustituir a los órganos judiciales en la constatación de los hechos probados (art. 44.1.b) LOTC), pero sí se acreditó que su publicación por parte de la revista se llevó a cabo sin averiguar su procedencia ni obtener el consentimiento del recurrente, lo cual resulta decisivo para determinar que existió vulneración del derecho a la propia imagen, pues lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública» (STC 83/2002, FJ. 4). Y ello aunque en los hechos no se concreta cómo salen las fotografías del círculo privado. Únicamente se subraya que el desvío del destino de las mismas es ajeno a los recurrentes en amparo y que la editorial «reconoce la ilicitud de su procedencia».

A propósito de esto último podría inferirse, pues en las Sentencias no se dice expresamente, que para el Tribunal Constitucional la ilicitud en la obtención de la información que se divulga impide hacer prevalecer la libertad de información cuando entra en conflicto con los derechos del 18.1 CE.

Pero aún se podría ir más allá aventurando posibles aspectos que influyen en la decisión del TC. Suponiendo que el desvío de las fotografías trajera causa de un abuso de confianza de quien pertenece al círculo íntimo de los protagonistas podría pensarse que en el juicio del Tribunal pesa la voluntad de poner coto a esa reprochable y generalizado negocio de la venta de la vida privada, especialmente frente a quienes abusan de una relación de familia o amistad y frente a quienes lo fomentan comprando información para su divulgación. Algo de esto se pudo ya entrever en la STC 115/2000 (*caso Preysler II*). Podría aventurarse que esta es la ilicitud a que se refiere el TC, que impediría hacer prevalecer la libertad de información del 20.1.d) CE. Así, en la STC 139/2001 el TC entiende implícita la ilicitud de la transmisión del documento por la ausencia de consentimiento expreso a la publicación del documento privado, y traslada la consecuencia de dicha ilicitud a la publicación de las fotografías por la editorial, y señala que «la publicación por la revista *Diez Minutos* de las fo-

tografías privadas del recurrente, sin su consentimiento, constituyó una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) que, en este caso, no puede encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1.d) CE] el cual se encuentra constitucionalmente limitado de forma expresa por aquel derecho (20.4 CE)».

En definitiva, con estos dos pronunciamientos, el Tribunal confirma la tendencia expansiva de los derechos del 18.1 CE en el caso de los personajes públicos, pero lo hace, como vamos a ver en las consideraciones finales, no sin cierto voluntarismo.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Concluimos estas páginas con unas consideraciones críticas a propósito de las SSTC 139/2001 y 83/2002.

Merece una valoración positiva la consolidación en estas sentencias de la doctrina constitucional que entiende el derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE como derecho autónomo desgajado de la intimidad que, compartiendo con ésta la naturaleza jurídica de facultad de exclusión, se distingue por proyectarse exclusivamente sobre la representación gráfica y reconocible de la figura humana, con independencia de si la imagen refleja o no datos de la vida privada. La protección autónoma frente a la captación y difusión inconsentida del que se ha dicho es el primer elemento configurador de la personalidad, y, como nos recuerda el Tribunal Constitucional, es una exigencia derivada de la dignidad de la persona (SSTC 139/2001 y 83/2002, FJ. 4).

En este sentido hay que señalar que en los dos últimos años el Tribunal ha construido una sólida doctrina sobre el derecho a la propia imagen como derecho autónomo, siendo de destacar junto a las sentencias comentadas aquí y centradas en el caso de los personajes públicos las SSTC 81/2001 y 156/2001, que completan así la doctrina del TC formulada en la que hasta ahora había sido la sentencia de referencia sobre el derecho a la propia imagen (STC 99/1994).

Más dudas presentan otros puntos de las sentencias 139/2001 y 83/2002. Como hemos visto, en estos dos supuestos el Tribunal concluye que la lesión del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE se produce por la publicación inconsentida de unas fotografías privadas llegadas a la editorial a través de una operación ilícita. De entrada la conclusión parece razonable, pero una lectura en profundidad de los argumentos trazados por el Tribunal hace desvanecer esa primera impresión, y deja al descubierto que las sentencias 139/2001 y 83/2002 se sostienen principalmente en una voluntad garantista a favor de los derechos del art. 18.1 CE de los personajes públicos, a la que parece especial-

mente sensible cuando aprecia abuso de confianza en la transmisión de la información.

A nuestro juicio, no queda del todo claro cuál es el criterio que permite al TC pasar por alto la excepción que la LO 1/1982 prevé para el caso de los personajes públicos y proceder a anular las correspondientes sentencias del Tribunal Supremo, en las que, por otra parte, éste se limita a comprobar la concurrencia de los elementos de la excepción legal del art. 8.2.a) y a aplicarla.

Para justificar la estimación del amparo señala el Tribunal la naturaleza privada de las fotografías. Se entiende que son un documento personal propiedad de los recurrentes en amparo. Se da así una curiosa situación. Si el momento que recogen las fotografías hubiera sido captado por un reportero gráfico o un tercero ajeno a ese círculo íntimo habría que entender que la publicación de las mismas no sería lesiva del derecho fundamental a la propia imagen al operar la excepción del art. 8.2.a): personaje público y un lugar abierto al público. Aún más. Si las fotografías hubieran sido tomadas por una persona del círculo íntimo, con su propia cámara, y ésta las hubiera cedido a un intermediario o a la editorial, mediando o no precio, tampoco podría decirse que la divulgación de las mismas lesiona el derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Ocurre en este caso que, mirando al objeto que se protege, el derecho a disponer de la propia imagen, nos encontramos indiscutiblemente en presencia de los elementos de la excepción del art. 8.2.a): personaje público en lugar abierto al público.

Otra cosa distinta de la lesión del derecho fundamental es la reprochabilidad de la divulgación de las fotografías con abuso o engaño. Sobre este aspecto, es de notar que en ninguna de las sentencias queda claro en qué consiste esa «ilicitud» en la transmisión de la información. El Tribunal no señala si es un ilícito calificado en el ordenamiento jurídico, o si, sencillamente, es un abuso reprochable desde un punto de vista moral. Dando un paso más, téngase en cuenta que el Tribunal viene a declarar la lesión del derecho a la propia imagen por parte de la editorial, trasladando así al medio de comunicación la «ilicitud» de una operación muy anterior. Dicho con otras palabras, en el juicio del Tribunal pesa más esa indefinida ilicitud en el proceso de transmisión de las fotografías que proyecta indirectamente una eficacia limitadora del juego de la libertad de información del art. 20.1.d) CE, que la efectiva lesión de la facultad de disponer sobre la difusión de la propia apariencia en el caso de los personajes públicos.

El voluntarismo del TC se refleja con claridad cuando establece una implicación necesaria entre la reprochabilidad que merece el proceso de transmisión de las fotografías y la lesión del derecho fundamental a la propia imagen. Una actuación jurídicamente o moralmente reprochable no determina en todo caso lesión de un derecho fundamental.

Por encima de todo, parece que en la voluntad del Tribunal prevalece la intención de evitar «el mercadeo» con la vida privada, y poner así coto a los crecientes excesos tan en boga en los medios de masas.

Sin embargo no puede perderse de vista que el derecho a la propia imagen tiene su régimen peculiar para el caso de los personajes públicos. Mientras que el artículo 7.5 de la LO 1/1982 prohíbe con carácter general la captación y reproducción de la imagen de los personajes privados, los personajes públicos sufren un importante recorte en esta facultad de disposición sobre la propia apariencia, y la libertad de información del 20.1.d) proyecta su juego en el espacio de la excepción legal del art. 8.2.a). A veces, se tiene la impresión de que el TC olvida que al otro lado del conflicto se encuentra este otro derecho fundamental en juego.

Algo más de sensibilidad habría que reclamar al Tribunal Constitucional en materia de derechos del art. 18.1 CE de los simples particulares, especialmente en esta sociedad que alguno ha llamado la «sociedad de la vigilancia» (23), y que se caracteriza por la extensión a la gente común de los mecanismos de control más sofisticados, y ello, sin necesidad de realizar actividades de importancia extraordinaria o, si quiera, de interés. En este orden, el derecho fundamental a la propia imagen, en cuanto facultad de exclusión frente a la captación, permite articular la defensa de los individuos frente a los mecanismos de grabación de la imagen. Incomprensiblemente y en contraste con el hipergarantismo de las SSTC 139/2001 y 83/2002, el Tribunal Constitucional dejó pasar una ocasión extraordinaria para proyectar en este ámbito el derecho fundamental a la propia imagen en la Sentencia 186/2000. Esperemos que esta decidida voluntad de tutelar autónomamente el derecho fundamental a la propia imagen que tan generosamente proyecta en el caso de los personajes públicos en las Sentencias 139/2001 y 83/2002, se aplique con el mismo denuedo a los personajes anónimos, aunque en estos casos no se hagan eco del tema los medios de comunicación.

(23) D. LYON: *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia* (1994), trad. en Alianza editorial, Madrid, 1995, págs. 18 y sigs.

