

Grau en Dret
Treball de fi de Grau (21067)
Curs acadèmic 2012-2013

**EL DRET A LA INTIMITAT I A LA PRÒPIA IMATGE
DELS PERSONATGES AMB NOTORIETAT PÚBLICA**

UN ANÀLISI DELS DARRERS 10 ANYS DE JURISPRUDÈNCIA
DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREM

Mireia Brau Villaró

120525

Tutora del treball:

Marian Gili Saldaña



DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Mireia Brau Villaró, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Mireia Brau i Villaró
Barcelona, a 14 de juny de 2013

Sumari

El present treball és un anàlisi de la configuració constitucional, legal, i, sobretot, jurisprudencial, dels drets a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge en relació a persones amb una determinada projecció pública.

En primer lloc, es presenten els drets a la intimitat personal i a la pròpia imatge des del punt de vista de l'art. 18.1 de la Constitució, exposant-ne el seu objecte, contingut, i altres particularitats rellevants.

En segon terme, s'exposa el desenvolupament legal que s'ha donat a aquests drets, centrant l'atenció en la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (BOE, núm. de 14.5.1982), en la qual es tipifiquen les intromissions il·legítimes i les excepcions a aquestes, així com es regula la seva tutela judicial.

Per últim, s'efectua un anàlisi detallat dels criteris de resolució que segueix la Sala Primera del Tribunal Suprem, quan els drets a la intimitat personal i a la pròpia imatge d'aquests tipus de personalitats entren en col·lisió amb la llibertat d'expressió i d'informació, també garantida constitucionalment. Així mateix, es dedica un apartat al paper del Tribunal Suprem en la fixació del quantum indemnitzatori com a remei de les intromissions il·legítimes.

S'ajunta, com a annex, una taula de les fonts jurisprudencials utilitzades per l'elaboració del treball.

Abstract

This project aims to be an analysis of the configuration of rights to personal and family privacy and image in relation to people with a certain public image.

First, I explain the rights to personal privacy and image from the point of view of the art. 18.1 of the Constitution, exposing its object as well as its content, and other relevant characteristics.

Second, I refer to the regulation provided for these rights, focusing on the *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (BOE no. 14/05/1982), in which the unlawful interferences, their exceptions, and their legal remedies are typified.

Finally, I make a detailed analysis of the criteria that follows the First Chamber of the Spanish Supreme Court, when the rights to personal privacy and image of that type of celebrities come into conflict with freedom of expression and information, also constitutionally guaranteed. Also, I finish with a section where I explain the role of the Supreme Court in fixing the quantum of compensation as remedy.

I add, as an appendix, a table of the sources used for the preparation of jurisprudential work.

Índex

1.	Introducció	6
2.	L'art. 18.1 de la Constitució Espanyola.....	8
2.1.	Plantejament general	8
2.2.	El dret a la intimitat: concepte, objecte i contingut. La intimitat familiar	8
2.3.	El dret a la pròpia imatge: concepte, objecte i contingut. L'autonomia del dret a la pròpia imatge	13
2.4.	La prevalença de la jurisprudència constitucional sobre la dels tribunals ordinaris en la interpretació del contingut constitucional dels drets fonamentals	20
3.	El desenvolupament legislatiu dels drets de la intimitat i la pròpia imatge.....	20
3.1.	La LODH com a principal desenvolupament legislatiu de l'art. 53.2 CE en relació als drets de l'art. 18.1 CE.....	20
3.2.	Altres normes protectores dels drets reconeguts per l'art. 18.1 CE	22
3.3.	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	22
4.	El tractament, per la Sala Primera del Tribunal Suprem, del dret a la intimitat i a la pròpia imatge de les persones amb notorietat pública.....	27
4.1.	La noció de "persona amb projecció pública" als efectes del present treball	27
4.2.	Conceptes d'intimitat i pròpia imatge segons la Sala Primera del TS	35
4.3.	Tipologies genèriques d'intromissions il·legítimes en casos de persones amb projecció pública.....	37
4.4.	Criteris generals de la resolució dels casos. La ponderació	38
4.5.	L'interès públic de la informació	41
4.6.	El requisit de la veracitat i la seva irrellevància en la intimitat. La doctrina del reportatge neutral	43
4.7.	L'afectació de terceres persones per raó del seu caràcter accessori al personatge al qual es refereix la informació	47
4.8.	Principi de proporcionalitat amb l'interès públic en aspectes que es difonen i la manera com té lloc aquesta difusió.....	49
4.9.	La captació d'imatges de personatges públics en llocs públics. L'excepció de l'article 8.2 a) a l'art. 7.5 LODH	52
4.10.	La caricatura	58
4.11.	La justificació de la intromissió pels usos socials o pels actes propis	60

4.12.	La reparació del dany o tutela judicial	64
5.	Conclusions.....	67
6.	Bibliografia	69

1. Introducció

“En los tiempos que vivimos, la proliferación de programas del corazón, prensa rosa, tertulias televisivas, radiofónicas, así como el auge imparable de Internet, (con incontables blogs, foros de opinión, videos publicados por los propios usuarios, redes sociales...) constituye un caldo de cultivo apropiado para la vulneración de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Las demandas en defensa de los mismos son constantes. Constante resulta así mismo la confrontación entre la protección de estos derechos y la de los derechos a la información y a la libertad de expresión, especialmente en el caso de los personajes públicos [...]”.

Zurilla Cariñana¹ amb aquestes paraules, posa de relleu, de manera molt clara, un problema evident que va moure'm a fer aquest treball, i que és la pugna, cada cop més gran, entre els drets de la personalitat dels personatges públics i la llibertat d'expressió i d'informació. En el present treball em pregunto, doncs, *com es configuren, en una societat de la informació en la què vivim, els drets a la intimitat i a la imatge d'aquelles persones que, per circumstàncies de diversa naturalesa, tenen certa projecció pública i, en conseqüència es veuen exposades de manera contínua a l'escrutini de mitjans de comunicació. Fins a quin punt poden garantir-se els dret a la intimitat i a la pròpia imatge d'aquestes persones? Fins a on és legítim que arribi la llibertat d'expressió i d'informació dels mitjans?*

He considerat que, per poder donar resposta a aquestes preguntes, el millor que podia fer era, després de delimitar degudament l'àmbit de protecció constitucional i legal d'aquests drets, analitzar, amb detall, quins són els criteris jurisprudencials que la Sala Primera del Tribunal Suprem aplica per a determinar la prevalença d'un o altre dret en cada cas en què entren en conflicte.

La col·lisió entre els drets de la personalitat, reconeguts a l'article 18.1, i el dret a la llibertat d'expressió i d'informació, garantits a l'art. 20.1 a) i d), respectivament, de la Constitució Espanyola, és un tema recurrent que ha estat profundament tractat per la doctrina, tant constitucional com civilista. Això no obstant, les contínues controvèrsies que arriben al Tribunal Suprem en relació a la matèria fan que aquest sigui un àmbit en el qual, poc a poc,

¹ Zurilla Cariñana (2012, pàg.1).

sempre s'aconsegueixi anar tancant qüestions i, d'altra banda, sempre se n'obrin de noves. Dit en altres paraules, és una matèria molt viva, estretament lligada a la realitat dels nostres dies.

A fi de dur a terme aquest estudi, en primer lloc, vaig informar-me dels aspectes bàsics sobre aquesta matèria, a partir de bibliografia diversa i d'una lectura atenta de 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* (BOE nº 115, de 14.5.1982) (en endavant, LODH). Un cop vaig tenir-ne una idea general, vaig procedir a localitzar, de manera exhaustiva, en bases de dades d' Internet, tota la jurisprudència del Tribunal Suprem en matèria d'intimitat i/o imatge, en relació a personatges amb projecció pública de notorietat. En total, es tracta de gairebé 100 resolucions que vaig llegir i analitzar, fixant-me i anotant els temes, i les problemàtiques principals de cadascuna. Finalment, un cop dut a terme tot això, vaig aprofundir en les teories i opinions doctrinals sobre les diferents qüestions que havia pogut localitzar jo mateixa en les sentències, el qual em va ser realment útil per sistematitzar el material obtingut de les resolucions, així com dotar el treball d'una estructura coherent.

El present treball consta de quatre parts diferenciades. En primer lloc, exposo els drets a la intimitat personal i familiar i la pròpia imatge des del punt de vista constitucional, definint, de cada dret, l' objecte, el contingut, i altres característiques rellevants. En segon terme, em refereixo al desenvolupament legislatiu dels drets a la intimitat i a la pròpia imatge, el qual se centra fonamentalment en la LODH. Després, analitzo amb profunditat quina classe de persones tenen la consideració de "públiques" als efectes del present estudi, i posteriorment, exposo els criteris que la Sala Primera del Tribunal Suprem té en compte a l'hora de tutelar els drets a la intimitat i a la imatge d'aquelles. Finalment, explico les conclusions que he pogut inferir i faig una valoració personal.

2. L'art. 18.1 de la Constitució Espanyola

2.1. Plantejament general

L'article 18.1 de la Constitució Espanyola (en endavant, CE) proclama com a drets fonamentals² el dret a l'honor, el dret a la intimitat personal i familiar, i el dret a la pròpia imatge. En concret, l'esmentat article estableix que “*se garantizan el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen*”. La regulació constitucional, però, no diu què s'ha d'entendre per aquests drets, i han estat la doctrina i la jurisprudència constitucionals i del Tribunal Suprem les que n'han delimitat el seu contingut, establint què es protegeix en abstracte.

En qualsevol cas, es tracta de tres drets de la personalitat que, tot i tenir les característiques comunes lligades a la idea de la “dignitat humana” i el “lliure desenvolupament de la personalitat”³, tenen un contingut propi i diferenciat. La lesió d'un dels drets pot no implicar la vulneració dels altres, però, a vegades, al contrari, un fet és via per a menystenir dos o tres drets simultàniament.

Dit això, primerament, procedeix a efectuar una exposició i anàlisi general, des d'un punt de vista constitucional, dels drets que són objecte del present treball: el dret a la intimitat personal i familiar, i el dret a la pròpia imatge.

2.2. El dret a la intimitat: concepte, objecte i contingut. La intimitat familiar

- a) La noció de “dret a la intimitat”

²L'adscripció dels esmentats drets a aquesta categoria té com a conseqüències immediates:

- La vinculació dels poders públics als mateixos (art. 53.1 CE).
- La reserva de desenvolupament normatiu mitjançant Llei Orgànica, la qual, en tot cas, haurà de respectar el seu contingut essencial (arts. 53.1 i 81.CE).
- La tutela dels tribunals ordinaris i l'empara constitucional (art. 53.2 CE).

A més, segons PASCUAL MEDRANO (2002, pàg. 26), la naturalesa de dret fonamental obliga a l'aplicació de principis com el *favor libertatis* o el de la interpretació restrictiva dels límits del dret.

³ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 27).

El Tribunal Constitucional ha interpretat el concepte d'intimitat de manera àmplia. En la STC, 2ª, de 2.12.1988 (RTC 1988\231) s'estableix la següent definició de l'àmbit de protecció del dret: “Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar⁴ reconocidos en el art. 18 de la CE [...] implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura - para mantener una calidad mínima de la vida humana” [FJ 3]⁵.

En altres resolucions, el Tribunal Constitucional ha expressat que “[...] el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE) frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar este ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar [...] frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida [...]”⁶.

b) L'objecte del dret a la intimitat

D'acord amb aquestes definicions, és possible identificar dos tipus d'amenaques que posen en perill aquest dret: *l'acció o intrusió* en un espai, zona, o àmbit propis, i el *coneixement o intromissió informativa* sobre fets, dades o aspectes relatius a la vida privada d'un subjecte.

Aquesta distinció d'objectes de protecció del dret a la intimitat ha portat a la doctrina a afirmar que la intimitat té dues dimensions bàsiques⁷: la intimitat territorial i la intimitat informacional⁸. La *intimitat territorial* protegeix espais o zones d'aïllament enfront la intrusió

⁴ Com exposo en les properes pàgines, el fonament de la protecció del dret a la pròpia imatge sovint s'ha centrat en la consideració de la mateixa com a part integrant del dret a la vida íntima de les persones. Tanmateix, tot i que el Tribunal Constitucional no sempre exposa clarament el significat del dret a la imatge respecte del dret a la intimitat, s'ha de mantenir l'autonomia formal del dret a la pròpia imatge.

⁵ MIERES MIERES (2002, pàgs. 23 i 25).

⁶ Entre d'altres, les SSTC, 2ª, de 8.5.2003 (RTC 85\3003); de 14.10.2002 (RTC 185\2002); de 6.5.2002 (RTC 99\2002); de 22.4.2002 (RTC 83\2002); de 2.7.2001 (RTC 156\2001) ; de 10.5.2000 (RTC 115\2000); de 29.9.1997 (RTC 151\1997); de 17.10.1991(RTC 197\1991); de 26.11.1984 (RTC 110\1984).

⁷ Veure MIERES MIERES (2002, pàg. 24).

⁸ MIERES MIERES (2002, pàg. 24) indica que aquesta distinció és comuna entre la doctrina i la jurisprudència nord-americanes. El seu origen, diu, es troba en la famosa obra de WARREN/BRANDEIS (1980, pàgs. 193-220). En canvi, l'extensió en la cultura jurídica nord-americana de la distinció entre “intrusió” (“intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs”), i “intrusió informativa” (“public disclosure of embarrassing private facts about plaintiff”), com a dos tipus d'invasió de la “privacy”, juntament amb els de tergiversació (“publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye”) i apropiació (“appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name o likeness”), es deu a PROSSER (1960,

d'estrany. Aquests àmbits propis i reservats protegits pel dret a la intimitat engloben realitats molt diverses: des de les zones íntimes del propi cos (“intimitat corporal” en paraules del Tribunal Constitucional), a la denominada “pròpia esfera de desenvolupament de l'individu”⁹, un concepte que, tot i ser realment ampli, el Tribunal ha cenyit a espais vitals que presenten una forta i directa vinculació amb els principis de la dignitat humana i el lliure desenvolupament de la personalitat. La *intimitat informacional*, d'altra banda, i com bé suggereix el seu enunciat, té per objecte les informacions relatives a la vida privada de les persones¹⁰.

Donat que una i altra intimitat tenen un objecte de protecció diferent, la lesió d'una o altra és conceptualment diferent. D'una banda, la intrusió en un àmbit o espai reservat, pot tenir per objecte la presa de coneixement de fets relatius a la vida privada de l'afectat, però constitueix una lesió *prima facie* del dret, amb independència de si s'ha obtingut informació o no. D'altra banda, la invasió d'un espai o àmbit propi i reservat pot estar totalment desconnectada de la obtenció d'informació (casos com l'assetjament sexual ambiental o supòsits d'immissions de sorolls insuportables en el propi domicili). A la inversa, la intromissió informativa consistent en la divulgació de dades sobre la vida privada d'una persona, o en la imposició de càrregues informatives a favor dels poders públics o de tercers¹¹, lesiona el dret amb independència que hagi existit o no una captació intrusiva de la informació. Per descomptat, en un mateix cas pot donar-se una doble lesió del dret a la intimitat (divulgació de la informació obtinguda intrusivament), amb la conseqüència que, des del punt de vista constitucional, la desaprovació de l'acció serà més intensa, i el pes del dret a la intimitat en la ponderació serà major¹².

c) El contingut del dret a la intimitat o facultats atribuïdes als seus titulars

De la jurisprudència i la doctrina constitucionals es pot inferir que el dret a la intimitat concedeix al seus titulars, d'una banda, un *àmbit positiu d'actuació*, consistent en la facultat

pàg. 389). Les categories de PROSSER s'han utilitzat per la doctrina espanyola en l'anàlisi del contingut del dret a la intimitat: així, SALVADOR CODERCH (1990, pàgs. 303-319) i HERRERO TEJEDOR (1998, pàgs. 49-77).

⁹ MIERES MIERES (2002, pàg. 24) comenta que aquesta noció prové de la STC, 2ª, de 10.4.2000 (RTC 2000\98; MP: Fernando Garrido Falla).

¹⁰ MIERES MIERES (2002, pàg. 25).

¹¹ L'obtenció legítima d'informació de caràcter econòmic per l'Administració tributària, o bé per l'Administració de Justícia en el marc d'un procés; també la càrrega de lliurar informació de caràcter econòmic (la còpia bàsica dels contractes) als representants dels treballadors, per exemple (MIERES MIERES, 2002, pàg. 72).

¹² Les consideracions d'aquest últim fragment s'atribueixen a MIERES MIERES (2002, pàgs. 25 i 26).

de cada persona de reservar-se un espai apartat de la curiositat aliena (sigui territorial o informatiu), i amb independència de quin sigui el seu contingut concret¹³; i, d'altra banda, un *àmbit negatiu o d'exclusió*, consistent en la facultat d'imposar a tercers el deure d'abstenir-se de tota intromissió en la esfera íntima (sigui territorial o informativa), llevat que estigui fundada en una previsió legal, tingui justificació constitucional i sigui proporcionada¹⁴.

La doctrina s'ha plantejat si existeix un contingut positiu projectat únicament sobre la dimensió informativa de la intimitat, consistent en el *dret a controlar la informació personal*. Tanmateix, és una qüestió discutida si aquest "contingut positiu" forma part de l'art. 18.1 CE, o bé té substantivitat pròpia (dret fonamental a la protecció de dades, fonamentat en l'article 18.4 CE)¹⁵.

Per últim, algun autor s'ha referit a una concepció de la intimitat de naturalesa molt diferent, com a *autonomia en la presa de decisions en l'àmbit personal*. Aquesta noció, però, no ha estat explicitada amb caràcter general, sinó que només ha servit per a donar resposta a casos concrets¹⁶, sense arribar-se a formular una definició de l'àmbit protegit pel dret a la intimitat que integri, amb naturalitat, el dret a desenvolupar la pròpia vida privada¹⁷.

d) La "intimitat familiar"

En la delimitació de l'àmbit de protecció del dret a la intimitat elaborada pel Tribunal Constitucional, aquest es referia, en interpretació de l'art. 18.1 CE, a un àmbit reservat de caràcter no només *personal* sinó també *familiar*. El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat sobre l'abast de la intimitat familiar des del punt de vista de la seva dimensió informativa¹⁸. Les SSTC, 2ª, de 2.12.1988 (RTC 1988\231) [FJ 4]; i de 17.10.1991 (RTC 1991\197) [FJ 3], afirmen que "no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo que, su indebida publicidad o difusión incide directamente en

¹³ Per tots, GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 33), el qual cita les STC, 2ª, de 27.3.2006 (RTC 2006\ 89); de 20.6.2003 (RTC 2003\127); de 10.5.2000 (RTC 2000\115; MP: Julio Diego González Campos); de 22.7.1999 (RTC 1999\114).

¹⁴ GARBERÍ LLOBREGAT (2007, pàg. 140).

¹⁵ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 31) i GARBERÍ LLOBREGAT (2007, p. 140).

¹⁶ MIERES MIERES (2002, pàgs. 29-30) cita les SSTC, 2ª, de 29.9.1997 (RTC 1997\151); de 25.11.1997 (RTC 1997\201).

¹⁷ MIERES MIERES (2002, pàgs. 29-30).

¹⁸ MIERES MIERES (2002, pàg. 38).

la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho - propio y no ajeno - a la intimidad, constitucionalmente protegible”.

La conseqüència pràctica d'aquesta noció informacional d'intimitat és l'extensió de la legitimació activa en els casos d'intromissions a la intimitat personal dels difunts¹⁹. La protecció de la intimitat dels difunts troba el seu suport legal en 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* (BOE nº 115, de 14.5.1982) (en endavant, LODH), però, per tractar-se d'un dret fonamental de caràcter personalíssim, no té dimensió constitucional [STC, 2^a, de 2.12.1988 (RTC 1988\231) (FJ 3)]. És per això que, amb la finalitat de poder accedir al recurs d'empara constitucional, els legitimats en virtut de l'art. 4.2 LODH haurien d'invocar, juntament amb el dret del familiar difunt, la lesió d'un dret propi, que és precisament el dret a la intimitat familiar²⁰.

La intimitat familiar opera *ad extra*, és a dir, garanteix una àrea d'immunitat davant les intromissions alienes, però no competeix amb la intimitat personal, és a dir, no constitueix un límit per a aquesta. Les SSTC, 2^a, de 20.2.1989 (RTC 1989\45) [FJ 9] i de 15.2.2001 (RTC 2001\47; [FFJJ 8 i 9]), han sostingut que, dins la unitat familiar, cadascun dels seus membres és titular del dret a la intimitat enfront els altres²¹.

El pressupòsit de la intimitat familiar és l'existència de vida familiar. Ara bé, el Tribunal Constitucional no ha estès l'àmbit protegit pel dret derivat de l'art. 18.1 CE al desenvolupament de les relacions familiars en si mateixes²². Per al Tribunal Constitucional, la protecció de la família s'articula a través de l'art. 39 CE²³. D'aquesta manera, l'adopció per un poder públic de qualsevol mesura prevista en la Llei, que incideixi en el desenvolupament

¹⁹ MIERES MIERES (2002, pàg. 38).

²⁰ Arriba a aquesta conclusió MIERES MIERES (2002, pàgs. 38 i 39).

²¹ Consideració que efectua MIERES MIERES (2002, pàgs. 38 i 39). En conseqüència, com afirma l'autor, el deure imposat als esposos d'efectuar conjuntament la declaració de la renda, amb l'efecte d'haver de comunicar-se recíprocament els ingressos percebuts respectius, és contrari a l'art. 18.1 CE.

²² MIERES MIERES (2002, pàg. 39). En canvi, l'autor comenta que el Tribunal Europeu de Drets Humans, des de l'assumpte *Marchx* [Sentència de 13.7.1979 (TEDH 1979\2)], ha desenvolupat una jurisprudència molt rica entorn les exigències que l'art. 8.1 CEDH imposa als Estats en el respecte efectiu de la vida familiar.

²³ Segons l'article 39 CE, “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

de la vida familiar, i que no afecti un dret fonamental substantiu amb què pugui connectar-se l'art. 39 CE, està mancat, als efectes de la jurisdicció d'empara, de dimensió constitucional²⁴.

2.3. El dret a la pròpia imatge: concepte, objecte i contingut. L'autonomia del dret a la pròpia imatge

a) La noció de “dret a la pròpia imatge”

En un sentit vulgar, és freqüent confondre les nocions d'“imatge” i “honor”²⁵. La “imatge d'una persona s'associa habitualment, a la percepció subjectiva que tenen els demès d'aquesta, és a dir, a la seva imatge pública, o “al conjunt –(...) d'atributs que caracteritzen una persona o entitat davant la societat”²⁶. Es tendeix a confondre, d'aquesta manera, el dret a la pròpia imatge amb l'àmbit propi del dret a l'honor quan, en realitat, el dret a la pròpia imatge es refereix, en un sentit tècnic-jurídic, a la *imatge com a representació de la figura humana*, és a dir, “figura, representació, semblança i aparença d'una cosa”²⁷.

Segons la STC, 2^a, de 26.3.2001 (RTC 2001\81) [FJ 2] “en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública”; i afegeix que, “la facultat otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad - informativa, comercial, científica, cultural, etc – perseguida por quien la capta o difunde”²⁸.

²⁴ MIERES MIERES (2002, pàg. 40).

²⁵ DE VERDA Y BEAMONTE (2011, pàg. 24).

²⁶ PASCUAL MEDRANO (2002, p. 19).

²⁷ PASCUAL MEDRANO (2002, p.19).

²⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 33); DE VERDA Y BEAMONTE (2011, pàgs. 24-25); GABRERÍ LLOBREGAT (2007, pàg. 182); GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 37). Poden veure's, també, les SSTC, 2^a, de 30.6.2003 (RTC 2003\12; MP: Eugeni Gay Montalvo); de 28.1.2003 (RTC 2003\14; MP: Vicente Conde Martín de Hijos); de 22.4.2002 (RTC 2002\83; MP: Pablo García Manzano); de 18.6.2001 (RTC 2001\139; MP: Pablo Manuel Cachón Villar). DE VERDA Y BEAMONTE, 2011, p-24-25, afegeix a les resolucions citades per GRIMALT SERVERA, la STC, 2^a, de 27.4.2010 (RTC 2010\23; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

De la mateixa manera, la STC, 2ª, de 2.7.2001 (RTC 2001\156) [FJ 6], expressa que “el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, 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 general, generada por los rasgos físicos que la 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”²⁹.

Tornant a la STC, 2ª, de 26.3.2001 (RTC 2001\81) [FJ 2], aquesta apunta que “en la Constitución Española este derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional [...]”³⁰.

De forma resumida, la doctrina constitucional exposada ve a definir la pròpia imatge com un dret de configuració gràfica, que protegeix una faceta de la personalitat de l'individu, en la mesura que salvaguarda l'ús dels trets físics que caracteritzen i permeten identificar una persona física com a diferent de la resta; i autònom, tot i que estretament relacionat amb els altres dos que consagra l'art. 18.1 CE, l'honor i la intimitat³¹.

b) L'objecte del dret a la pròpia imatge

Abans de concretar el poder o facultat que atorga el dret a la pròpia imatge, cal delimitar-ne l'objecte, és a dir, el seu significat exacte.

La LODH no ha establert cap definició d'“imatge” (com tampoc ho ha fet en relació a l'honor o la intimitat). Això no obstant, pot deduir-se de la Llei que la *imatge es refereix, justament, a la representació de la imatge física*, al retrat. L'art. 7.5 LODH parla de “la captació,

²⁹ DE VERDA Y BEAMONTE (2011, pàg. 15). En el mateix sentit, GARBERÍ LLOBREGAT (2007, pàg. 182). Segons DE VERDA Y BEAMONTE (2011, pàg. 25), aquesta doctrina es reitera a les SSTC, 2ª, de 16.4.2007 (RTC 2007\72; MP: Manuel Aragón Reyes) i de 29.6.2009 (RTC 2009\158; MP: Manuel Aragón Reyes). Vegeu també les SSTC, 2ª, de 2.7. 2001 (RTC 2001\156; MP: Carles Viver Pi-Sunyer); de 30.6.2003 (RTC 2003\127; MP: Pablo Manuel Cochón Villar); i de 22.4.2002 (RTC 2002\83; MP: Pablo García Manzano).

³⁰ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 33).

³¹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 34).

reproducció, o publicació per fotografia, pel·lícula o qualsevol altre procediment, de la imatge de la persona [...]”. S’ha de descartar, per tant, com a objecte, allò que coneixem com a imatge pública o social d’una persona³².

Al marge d’això, el més significatiu és que la Llei, en determinats supòsits, ha estès l’objecte del dret en qüestió a d’altres elements identificadors de l’individu: *el nom i la veu*, que no són pròpiament la seva imatge. L’art. 7.6 LODH cataloga, en aquest sentit, com a intromissió il·legítima, “la utilització del nom, de la veu o de la imatge d’una persona per a fins publicitaris, comercials o de naturalesa anàloga”. Així, després de la promulgació de la LODH, el Tribunal Constitucional, assumint aquest precepte com a desenvolupament del dret fonamental, va expressar, en la STC, 2^a, de 25.4.1994 (RTC 1994\117) [FJ 3], que “ el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución [...], 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 inherente e irreductible de toda persona”³³.

Aquest pronunciament -segons CASTILLA BAREA³⁴, aïllat-, ha servit per a donar suport a alguna opinió doctrinal que considera igualment que el dret a la pròpia imatge no només comprèn la representació gràfica de la figura humana o imatge en sentit estricte, sinó també la veu i el nom de les persones³⁵. Amb tot, l’opinió contrària, que els exclou del concepte d’imatge humana, sembla comptar amb un major nombre d’adeptes. I és que, a més, el Tribunal Constitucional ni ha reproduït en sentències posteriors el pronunciament transcrit *supra*, ni s’ha pronunciat a favor o en contra de l’autonomia dels drets de veu i al nom respecte del de la pròpia imatge³⁶.

En conseqüència, resulta més convincent afirmar que el dret fonamental a la pròpia imatge, reconegut a l’art. 18.1 CE, *comprèn la imatge en sentit estricte*, és a dir, la representació gràfica de la figura humana³⁷.

³² PASCUAL MEDRANO (2002, pàg. 61), en relació a totes les idees.

³³ PASCUAL MEDRANO (2002, pàgs. 61-62) i GARBERÍ LLOBREGAT (2007, pàg. 181).

³⁴ CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 46-47).

³⁵ Vegeu, per exemple, PASCUAL MEDRANO (2002, pàgs. 61-62).

³⁶ CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 46-47).

³⁷ Mentre que CASTILLA BAREA (2011, pàg. 36), considera que allò més rellevant és la configuració del rostre, CASTILLA BAREA (2011, pàg. 36, nota al peu) comenta que AZURMENDI ADARRAGA considera que la noció d’imatge no ha de limitar-se als trets facials, perquè això suposaria excloure com a objecte protegit

No obstant, cal matissar que aquest no és l'objecte directament tutelat, sinó que l'objecte és, en definitiva, *el dret que té tota persona a que no s'utilitzi, inconscientment, la reproducció gràfica o plàstica de la seva imatge, en la mesura que aquesta evoqui la seva pròpia identitat*³⁸.

Per tant, en relació a la imatge com a representació gràfica dels trets físics d'una persona, pot inferir-se que hi ha tres elements importants en la concreció de l'objecte protegit: que es tracti de la representació de *l'aparença física d'un ésser humà*, que existeixi un *acte de reproducció materialitzat en un suport visible*, i que la persona resulti *recognoscible*, identificable, com a conseqüència d'aquesta reproducció³⁹.

c) El contingut del dret a la pròpia imatge o facultats que s'atribueixen al seus titulars

Tant la doctrina científica com la jurisprudència afirmen que el dret a la pròpia imatge té una *dobla dimensió*: d'una banda, presenta un *aspecte o àmbit positiu d'actuació*, consistent en les facultats de què disposa el subjecte per a autoritzar l'ús de la seva pròpia imatge, i, d'altra banda, té un *aspecte o àmbit negatiu*, consistent en la facultat que aquest mateix subjecte té de reprimir els usos no autoritzats de l'esmentada imatge⁴⁰.

Tot i que ambdós aspectes s'identifiquen, és cert que la jurisprudència ha destacat en major mesura la facultat negativa (cal recordar que en la STC, 2^a, de 26.3.2001 (RTC 2001\81) que he citat anteriorment, se'ns diu que "el dret consisteix *en essència*" en aquesta facultat negativa), segurament moguda pel fet que les controvèrsies judicials s'acaben plantejant en l'exercici de l'aspecte negatiu del dret per part del seu titular⁴¹, mentre que la vessant positiva del dret es desenvolupa, habitualment, fora del procés judicial⁴².

pel dret a la pròpia imatge altres aspectes també significatius de la figura humana i, en la seva opinió, per exemple, no permetria considerar la caricatura com a part integrant del concepte.

³⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 37).

³⁹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 37).

⁴⁰ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 50) i PASCUAL MEDRANO (2002, pàgs. 70-72). Per a CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 50-51, peu de página), és evident que la més clara manifestació de l'àmbit negatiu del dret a la pròpia imatge - i que, segons ell, porta a PASCUAL MEDRANO a qualificar-lo com a "dret d'abstenció"-, consistent en tot el conjunt de facultats d'exclusió dels tercers en allò relatiu a l'ús, la difusió, i l'aprofitament de la imatge de cada persona, està constituïda pel propi concepte d'intromissió il·legítima plasmat en l'art. 7, aps. 5 i 6 de la LODH.

⁴¹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 51).

⁴² CASTILLA BAREA (2011, pàg. 52).

Per últim, donada l'estreta relació entre l'aparença física concreta d'una persona i les possibilitats de reconèixer-la a través de la reproducció de dita aparença⁴³, la doctrina ha qüestionat si el dret a la pròpia imatge inclou el *dret del titular a presentar-se davant la societat amb l'estètica que estimi més apropiada*⁴⁴ i, per tant, si el dret a la imatge concedeix la facultat de decidir lliurement sobre la configuració externa dels trets personals i imatge del seu titular⁴⁵. La STC, 2ª, de 30.10.1987 (RTC 1987\170) hauria rebutjat aquesta possibilitat⁴⁶.

- d) La distinció entre la vessant personal i patrimonial del dret. La vessant patrimonial del dret com a contingut constitucionalment exclòs

La LODH permet, amb caràcter general, la disposició concreta o individualitzada dels drets que regula, a través del consentiment del titular, sense fer distinció entre els actes de disposició gratuïts i els actes realitzats a títol oneros⁴⁷.

Tanmateix, aquesta última forma d'exercitar la vessant positiva del dret a la pròpia imatge, o l'anomenada "facultat d'aprofitament", constitueix un element distorsionant a l'hora de determinar la naturalesa jurídica del dret a la imatge: l'ànim i obtenció efectiva de lucre sembla incompatible amb l'essència pròpia d'un dret fonamental⁴⁸.

Aquesta conclusió, totalment aliena a la lletra de la LODH⁴⁹, s'ha establert pel Tribunal Constitucional, que ha afirmat en diverses resolucions que del contingut del dret a la pròpia imatge constitucionalment protegit s'ha d'extreure tot allò que tingui a veure amb el dret a la explotació econòmica, comercial i publicitària de la seva pròpia imatge (tot i que, òbviament, l'explotació comercial incontestada -i, fins i tot, en determinades circumstàncies, consentida- de la imatge d'una persona pot afectar el seu dret fonamental a la pròpia imatge)⁵⁰.

⁴³ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 45).

⁴⁴ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 39).

⁴⁵ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 45).

⁴⁶ GRIMALT SERVERA (2007, pàgs. 39-40).

⁴⁷ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 57).

⁴⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 57-58).

⁴⁹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 58).

⁵⁰ GARBERÍ LLOBREGAT (2007, pàg. 188) i SSTC, 2ª, de 26.3.2001 (RTC 2001\81) i de 2. 7. 2001 (RTC 2001\156).

En conclusió, segons el Tribunal Constitucional, cal distingir entre la *vessant personal, pròpia i característica d'un dret fonamental* i, per tant, dotada de tots els mecanismes jurídics de protecció propis d'aquests drets i, en especial el recurs d'empara constitucional, i la *vessant patrimonial, que designa un àmbit d'interessos diferents, els econòmics, exclosos del contingut essencial del dret*, en relació als quals s'han de buscar vies concretes de tutela en el nivell de la legalitat ordinària^{51/52}.

Pel que fa a la postura de la doctrina científica, l'opinió que la explotació comercial de la imatge constitueix un dret diferent i separable del dret fonamental reconegut en l'art. 18.1 CE⁵³ no és pacífica⁵⁴. Alguns propugnen la necessitat que la distinció es reconegui explícitament en el nostre ordenament jurídic⁵⁵, mentre que uns altres adverteixen la inconveniència d'una separació taxativa entre la vessant personal i patrimonial del dret a la pròpia imatge, que propiciaria una cosificació de la persona⁵⁶.

e) Autonomia formal i relació material respecte els altres drets

Un gran nombre d'autors ha dedicat capítols sencers al tractament d'aquest aspecte relatiu al dret de la imatge. Tanmateix, en aquest treball em referiré a la qüestió objecte de manera relativament sintètica, a fi, sobretot, de facilitar la comprensió dels temes posteriors.

Ja des del seu reconeixement en la Carta Magna, el dret a la pròpia imatge apareix unit als drets a l'honor i a la intimitat, fins al punt que la fórmula constitucional de l'art. 18.1 CE utilitza el mot "dret" en singular, opció que reproduïxen els arts. 1 i 2 de la LODH. Aquesta circumstància, unida, com hem dit abans, a la falta de definició de cadascun d'aquests drets, i al fet que la LODH no els delimita suficientment, va suscitar la necessitat de determinar si, efectivament, els tres drets eren alguna cosa més que manifestacions diferents d'un dret únic i,

⁵¹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 58), GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 39) i PASCUAL MEDRANO (2002, pàg. 75).

⁵² Tant CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 58-59), com PASCUAL MEDRANO (2002, pàg. 78), tracten la Sentència del conegut "cas Paquirri", STC, 2ª, de 2.12.1988 (RTC 1988\231), com la primera sentència en la qual s'obre la distinció entre els aspectes personals i patrimonials de la pròpia imatge. En aquell supòsit, la vídua d'un "torero" mort tràgicament demana empara per la imatge del mateix, la qual apareixia en un vídeo comercial sobre la seva vida i la seva mort.

⁵³ Segons CASTILLA BAREA (2011, pàg. 69), això succeeix en el dret anglosaxó, i més específicament en l'americà, on es distingeix el *right of publicity* del *right of privacy*.

⁵⁴ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 69).

⁵⁵ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 69).

⁵⁶ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 69).

de ser autònoms, determinar-ne l'àmbit propi i específic de protecció assignat a cadascun d'ells⁵⁷.

Des dels seus primers pronunciaments, el Tribunal Constitucional va deixar clara *l'autonomia o independència entre els tres drets* citats⁵⁸, cosa que determina que la vulneració d'un dels tres drets no suposi necessàriament la vulneració dels altres. Ara bé, tot i que des d'un punt de vista formal resulti possible aïllar el contingut essencial de cadascun d'ells, és *perfectament possible* -i de fet, es dóna amb freqüència-, *que un mateix acte suposi la lesió de dos o tres drets a la vegada*. De fet, la peculiaritat de la imatge, per la seva força descriptiva de situacions i contextos, propicia que en molts casos la utilització de la imatge aliena lesioni, al mateix temps, la imatge, l'honor, o ambdós⁵⁹.

En aquests casos, però, com ja s'ha encarregat d'establir el Tribunal Constitucional, "la intromissió il·legítima, mitjançant la utilització de la imatge, en l'àmbit de l'honor o la intimitat, no absorbeix una possible i simultània intromissió il·legítima en el dret a la pròpia imatge"⁶⁰, perquè es tracta de tres drets amb substantivitat pròpia⁶¹. Caldrà apreciar violacions concurrents de tots aquells que s'hagin vist afectats, s'enjudiciarà cadascun per separat, i cadascun tindrà una incidència concreta en la desaprovació general de la conducta i, per tant, en la totalitat del *quantum* indemnitzatori⁶².

Això no obstant, el Tribunal Constitucional no ha estat sempre del tot coherent amb la seva doctrinai en nombroses resolucions continua confonent la imatge amb la intimitat⁶³. En la delimitació de la imatge amb l'honor, els problemes han estat molt menors⁶⁴.

imatge seria una via per estendre a les persones jurídiques el dret fonamental a la pròpia imatge, tot i que només fos parcialment⁶⁵.

⁵⁷ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 70).

⁵⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 71).

⁵⁹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 74).

⁶⁰ PASCUAL MEDRANO (2002, pàg. 56).

⁶¹ PASCUAL MEDRANO (2002, pàg. 59).

⁶² PASCUAL MEDRANO (2002, pàgs. 59 - 60) i CASTILLA BAREA (2011, pàg. 75).

⁶³ PASCUAL MEDRANO (2002, pàgs. 42, 45 i 48) i CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 77-78).

⁶⁴ PASCUAL MEDRANO (2002, pàg. 45).

⁶⁵ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 47) i PASCUAL MEDRANO (2002, pàg. 117)..

2.4. La prevalença de la jurisprudència constitucional sobre la dels tribunals ordinaris en la interpretació del contingut constitucional dels drets fonamentals

L'art. 5.1 de la Llei Orgànica del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2.7.1985) estableix que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

En conseqüència, la jurisprudència del Tribunal Constitucional, en la mesura que emana de l'interpret suprem de la Constitució (arts. 123.1 CE i 1 Llei Orgànica del Tribunal Constitucional), vincula els tribunals ordinaris en la interpretació sobre drets fonamentals.

Considero que és important efectuar aquesta precisió, ja que, a la pràctica, la interpretació sobre el dret a la intimitat personal i familiar i/o a la pròpia imatge que efectuí la Sala Primera del Tribunal Suprem condicionarà, en cada cas concret, l'apreciació o no d'eventuals intromissions il·legítimes, i, conseqüentment, determinarà o modularà la quantitat indemnitzatòria a satisfer en concepte de responsabilitat per danys.

3. El desenvolupament legislatiu dels drets de la intimitat i la pròpia imatge

3.1. La LODH com a principal desenvolupament legislatiu de l'art. 53.2 CE en relació als drets de l'art. 18.1 CE

L'art. 53.2 CE estableix que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

Per tant, un dels trets constitucionals que caracteritzen els drets fonamentals és la previsió que la seva tutela jurisdiccional es dugui a terme, en contrast amb el que succeeix respecte de la

generalitat dels drets subjectius *no fonamentals*⁶⁶, a través d'una doble via processal: primerament, mitjançant un procés preferent i sumari i, després, en el seu cas, a través del recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional.

La LODH constitueix el principal desenvolupament dels drets fonamentals previstos en l'art. 18.1 CE. Així es desprèn de la redacció de l'art. 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8.1.2000), segons el qual es tramitaran pel judici ordinari civil les demandes que pretenguin la tutela del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge. Aquesta afirmació es pot constatar també a partir del segon paràgraf del Preàmbul de la LODH, que especifica que “el desarrollo mediante la correspondiente Ley Orgánica, a tenor del artículo 81.1 de la Constitución, del principio general de garantía de tales derechos contenidos en el citado artículo 18.1 de la misma, constituye la finalidad de la presente ley”⁶⁷.

Tanmateix, tenint en compte la pluralitat d'àmbits materials sobre els quals es projecten els drets fonamentals de l'art. 18.1 CE, no pot concloure's que qualsevol classe de vulneració dels mateixos s'hagi d'enjudiciar de manera exclusiva a través de la LODH. Les lesions dret a l'honor i/o a la intimitat poden tenir una vessant civil, però també penal, laboral i contenciós-administrativa, i el mateix succeeix amb el dret a la imatge, tot i que en menor mesura⁶⁸.

Per tant, cal matisar l'afirmació anterior i establir que, tot i que la LODH constitueix el principal desenvolupament legislatiu en relació als drets fonamentals de l'art. 18.1 CE, aquesta se centra únicament en la protecció *civil*. En conseqüència, el procés serà conegut pels òrgans de l'ordre jurisdiccional *civil*, i únicament serà possible declarar existència o inexistència d'una responsabilitat de naturalesa *civil*, derivada de la vulneració dels continguts constitucionalment declarats dels drets fonamentals a l'honor, la intimitat personal i familiar, i la pròpia imatge⁶⁹.

⁶⁶ És a dir, tant aquells proclamats en la legislació ordinària com aquells proclamats en la Constitució, però fora de la Secció 1ª, Capítol II del Títol I.

⁶⁷ GARBERÍ LLOBREGAT (2007, pàgs. 313 i 314).

⁶⁸ GARBERÍ LLOBREGAT (2007, pàg. 314).

⁶⁹ GARBERÍ LLOBREGAT (2007, pàg. 315).

3.2. Referència a d'altres normes protectores dels drets reconeguts per l'art. 18.1 CE

Com s'ha apuntat anteriorment, la LODH destaca entre d'altres normes que desenvolupen els drets reconeguts per l'art. 18.1 CE per mandat de l'art. 53. 2 CE, i que són, entre d'altres, la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (BOE núm. 281, de 24.11.1995); la *Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación* (BOE núm. 74, de 27.03.1984); la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* (BOE núm. 298, de 14.12.1999); la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (BOE núm. 15, de 17.1.1996).

3.3. 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

a) Naturalesa de la llei

La LODH no és una norma de caràcter sancionador, o repressiva, sinó que la seva finalitat és la d'establir una reparació del dany causat per la intromissió il·legítima en els drets fonamentals objecte de la seva protecció, a través de les mesures que estableix l'art. 9. De fet, abans de la promulgació de la LODH, aquests il·lícits civils es consideraven supòsits de culpa extracontractual regulats per l'art. 1902 del Codi Civil⁷⁰.

b) Pressupòsits generals d'aplicació

L'art. 1. 1 LODH afirma que “el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

Per tal que pugui parlar-se d'intromissió il·legítima als efectes de la LODH, es requereix la presència, com a mínim, de dos elements:

⁷⁰ HERNANDEZ FERNÁNDEZ (2009, pàg. 75).

- *L'existència d'un perjudici*⁷¹, tal i com es desprèn dels termes “perjudicat” i “perjudici” dels aps. 2, 3, 4 de l'art. 9 LODH. Partint de la idea que, en aquests supòsits, el dany pot ser exclusivament moral, no és estrany que l'art. 9.3 LODH digui que “[...] la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”^{72,73}.
- *El requisit de la culpabilitat*: És un requisit necessari per a l'apreciació dels il·lícits civils que aquests quedin al marge dels casos de responsabilitat objectiva o per risc. Si bé hi ha qui creu veure en la presumpció d'existència del perjudici que comentava anteriorment un argument per a la objectivació de la responsabilitat civil regulada a la LODH, la doctrina constitucional sobre la col·lisió entre el dret a l'honor -majoritàriament- i el dret a comunicar lliurement informació veraç, quan ha tractat reiteradament el deure de diligència de l'informador en relació a l'abast del requisit de la veracitat de la informació, no sembla permetre que la responsabilitat civil regulada per la LODH pugui quedar dins de l'àmbit d'aplicació de la responsabilitat objectiva o per risc.

Aquesta culpabilitat podrà revestir qualsevol de les seves dues possibles formes: *dol o voluntat de danyar*, o bé *culpa o negligència*⁷⁴.

c) Característiques dels drets de la personalitat en la LODH: l'article 1.3 LODH

L'article 1.3 LODH disposa que “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible [...]”.

Abans de tractar els requisits de la irrenunciabilitat, la inalienabilitat i la imprescriptibilitat dels esmentats drets, em referiré a dos característiques bàsiques fonamentals per a entendre les anteriors: la *inherència a la condició d'ésser humà* i l'*essencialitat*. Quant a la primera idea, els drets de la personalitat són drets de què gaudeix l'ésser humà pel simple fet de ser-

⁷¹ Es discuteix si és *iuris tantum* o *iuris et de iure*, d'acord amb GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 139).

⁷² HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2009, pàgs. 73-74).

⁷³ La cursiva és meua

⁷⁴ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2009, pàg. 74). L'autor cita, per donar major fonament a aquesta afirmació, la STS, 1ª, de 29.2.2000 (RJ 2000\812; MP: Francisco Marín Castán), en la qual s'enjudicia un supòsit que no es considera, finalment, intromissió legítima *ex art. 7.6 LODH*, perquè manca l'element de la culpabilitat. Veure, també, en aquest sentit, DE VERDA Y BEAMONTE (2011, pàg. 157).

ho. Aquesta inherència dels drets de la personalitat és reconduïble a la idea de que els drets de la personalitat són una plasmació de la dignitat humana, en la mesura que, com diu GRIMALT SERVERA⁷⁵, “tutelen l’èsser humà”. En relació a la segona idea, aquests tres drets resulten “essencials” a fi que l’èsser humà pugui desenvolupar-se com a persona i explotar les seves potencialitats, sense més límits que els drets de la resta de persones⁷⁶.

Per tant, es tractaria de drets que tenen un efecte *erga omnes*. Això no vol dir, però, que aquests drets siguin il·limitats, ja que poden col·lisionar amb altres drets igual de legítims (cas en el qual procedirà la ponderació de drets en conflicte, per saber quin ha de prevaldre en el cas concret). El caràcter inherent i essencial d’aquests drets ha de comportar necessàriament les conseqüències que preveu l’art. 1.3 LODH: la inalienabilitat, irrenunciabilitat, i imprescriptibilitat d’aquests drets⁷⁷.

La inalienabilitat i la irrenunciabilitat s’han d’entendre en el sentit que el titular no pot despendre’s completament dels mateixos, per sempre, sens perjudici que en pugui disposar o renunciar de manera momentània o en relació a certs àmbits o circumstàncies concretes. Pel que fa a la imprescriptibilitat dels drets de la personalitat, aquesta resulta lògica: en ser inherents a la persona, la seva extinció només es pot donar amb la mort d’aquesta. Val a dir, però, que sí és possible la prescripció o caducitat de les accions pensades per a la tutela d’una concreta agressió a aquests drets⁷⁸.

d) Les intromissions il·legítimes de l’art. 7 LODH

L’article 7 de la LODH tipifica conductes que tenen la consideració d’intromissions il·legítimes. La doctrina ha defensat, amb caràcter general, el caràcter de *numerus apertus* de l’art. 7 LODH; per tant, l’art. 7 no esgota les possibles agressions als drets a l’honor, la intimitat personal i la pròpia imatge. De fet, si es compara l’abast que ha donat el Tribunal

⁷⁵ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 50).

⁷⁶ GRIMALT SERVERA (2007, pàgs 50-51).

⁷⁷ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 51).

⁷⁸ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 52).

Constitucional als drets a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge, resulta palès que és més ampli que el que pot deduir-se de l'art. 7 LODH⁷⁹.

Per tant, com comenta GRIMALT SERVERA⁸⁰, si es considera que poden existir agressions atípiques als drets a l'honor, la intimitat personal o a la pròpia imatge, l'article 7 de la LODH no resulta definitiu per a determinar tot el ventall d'intromissions il·legítimes, el que fa que els pressupòsits per a aplicar aquest precepte puguin quedar, a la pràctica, minimitzats, però al mateix temps puguin servir per a rebutjar l'existència d'intromissions si els fets de la demanda no encaixen dins de cap apartat de l'art. 7⁸¹.

A continuació, se citaran les intromissions il·legítimes taxades en la llei, aprofundint en les relacionades amb els drets a la intimitat i a la imatge -els quals són objecte del present treball-, ja que pot ser útil per a veure com es perfilen.

En qualsevol cas, el contingut de l'art. 7 LODH ha de complementar-se, necessàriament, amb la jurisprudència de la Sala Primera del Tribunal Suprem sobre aquests drets com a drets fonamentals.

En relació al dret a la intimitat, l'art. 7 LODH estableix la *protecció legal en relació a dos concretes conductes*: la *indagació* en la intimitat de l'altre i la *divulgació* de les dades relatives a aquesta (precisament les conductes que eren objecte de la intimitat territorial i la intimitat informativa, respectivament).

En relació a les conductes d'indagació, la llei estableix que tindran consideració d'intromissió il·legítima:

- “El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas” (art. 7.1 LODH).
- “La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas

⁷⁹ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 64).

⁸⁰ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 64).

⁸¹ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 64).

privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción” (art. 7.2 LODH).

En relació a les conductes de divulgació, la llei estableix, com a intromissions il·legítimes:

- “La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias, y otros escritos personales de carácter íntimo” (art. 7.3 LODH).
- “La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela” (art. 7.4 LODH).

La doctrina ha destacat les dificultats que ha generat el llenguatge utilitzat per aquest precepte, per dos motius⁸²:

- D’una banda, perquè es refereix a la “vida privada” com a “contenido íntimo”. El concepte de “vida privada” és més ampli, ja que pot incloure circumstàncies que, sense ser secretes ni de caràcter íntim, mereixen el respecte i protecció davant la seva publicació indeguda. A més, el concepte d’ “intimitat” o “íntim” està vinculat a la idea de secret o, com s’ha dit en la STS, 1ª, 28.6.2004 (RJ 2004\4279) “[...] de núcleo fundamental de las circunstancias, informaciones de una persona que permite excluir a otros”.
- D’altra banda, perquè la literalitat de l’art. 7.3 LODH resulta insuficient per a la protecció del dret a la intimitat, ja que exigeix que la divulgació de les dades relatives a la vida privada afectin a “su reputación y buen nombre”, o dit en d’altres termes, “l’honor”. En conseqüència, podria concloure’s, lògicament, que si es divulguen fets privats o íntims, però que no afecten a la reputació i/o el bon nom de la persona afectada, la divulgació no es podrà considerar il·legítima, al menys des de l’òptica de l’art. 7 LODH (tot i que, com hem dit anteriorment, sí des de la perspectiva de l’art. 18.1 CE).

Pel que fa a les *intromissions il·legítimes en el dret a la pròpia imatge*, els apartats rellevants són els següents:

⁸² GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 69).

- “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2” (art. 7.5 LODH).
- “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga” (art. 7.6 LODH).

En relació a aquests dos darrers apartats, cal efectuar dues precisions importants⁸³:

- Sens perjudici d'allò que es dirà en relació a l'art. 8.2 LODH, la literalitat de l'article 7.5 LODH permet afirmar que la captació d'una imatge en un lloc públic no exclou, *per se*, la il·legimitat de la intromissió en el dret a la pròpia imatge.
- “Captació” i “publicació” de la imatge són dos conceptes diferenciats, la qual cosa comporta una conseqüència important: el fet de permetre la captació d'una fotografia no implica l'autorització per a la seva publicació.

4. El tractament, per la Sala Primera del Tribunal Suprem, del dret a la intimitat i a la pròpia imatge de les persones amb notorietat pública

4.1. La noció de “persona amb projecció pública” als efectes del present treball

a) Consideracions generals

La LODH no dedica cap precepte en concret a la determinació de les conseqüències jurídiques de les agressions als drets de l'honor, la intimitat personal, i la pròpia imatge, quan l'afectat és una persona que té una determinada projecció pública. Una previsió legal d'aquest tipus, però, podria ser de gran utilitat, tenint en compte la freqüència amb què aquest tipus de personalitats es veuen exposades a l'escrutini de la opinió pública i, per tant, el major risc que corren d'una afectació il·legítima dels seus drets a la personalitat quan, els mitjans de comunicació i difusió- principalment- exerceixen la seva llibertat d'expressió i d'informació.

L'única referència a aquests tipus de subjectes, que pot observar-se a la LODH, es troba a l'article 8.2. a)”, quan s'estableix que “[...] el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su

⁸³ GRIMALT SERVERA (2007, pàgs. 70 -71).

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 al imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”⁸⁴. Tanmateix, el dit precepte es limita a establir aquesta excepció al llistat d'intromissions il·legítimes (aprofundirem en l'excepció de l'art. 8.2 a) en els propers apartats], sense definir o precisar què s'ha d'entendre per “personas que ejerzcan un cargo público” o “personas que ejerzcan una profesión de notoriedad o proyección pública”.

Ha estat la jurisprudència del Tribunal Suprem qui, tot i no aprofundir en la delimitació d'aquestes expressions legals, ha determinat, de manera casuística, les raons per les quals els demandants podrien considerar-se, o no, “personas que ejerzcan un cargo público” o que “ejerzcan una profesión de notoreidad o proyección pública”.

La Sala Primera, però, no ho ha portat a terme aquesta tasca únicament en ocasió de la interpretació de l'art. 8.2 a), i per tant, només en supòsits de vulneració del dret a la pròpia imatge, sinó també, de manera inevitable, en tots aquells casos en què s'ha discutit, judicialment, la possible existència d'una intromissió il·legítima en qualsevol dels tres drets de la personalitat: honor, intimitat i imatge, en relació a persones que, per diverses raons, tenen una certa projecció pública. I és que, en la pràctica, la projecció pública de qui sent que se l'hi ha vulnerat un d'aquests drets (o més d'un a la vegada), i acciona davant dels Tribunals, no només té incidència en el dret a la imatge –com podria deduir-se d'una lectura de la LODH-, sinó que, en paraules del Tribunal Constitucional: **“el honor disminuye, la intimidad se diluye, y la imagen se excluye”**. En conclusió, *la necessitat de determinar si un subjecte té una determinada projecció pública no s'ha de circumscriure exclusivament- ni se circumscriu exclusivament, en la pràctica- a l'àmbit del dret a la pròpia imatge*.

D'altra banda, tot i que, certament, l'art. 8.2 LODH pot ser útil a efectes iniciar una classificació genèrica de les raons per les quals una persona ostenta una determinada projecció pública, les expressions d'aquest precepte – “cargo público” i “profesión de notoriedad o proyección pública”- han perdut part de la seva transcendència des que *els Tribunals consideren que hi ha diversos factors –i no només l'estatutari o professional- que poden*

⁸⁴ La cursiva és meua

atorgar la fama o popularitat a un subjecte concret⁸⁵, i que, en conseqüència, poden tenir incidència en la delimitació de l'àmbit de protecció dels tres drets.

Havent fet aquestes dues precisions, doncs, procedeix a efectuar una classificació genèrica dels factors personals que determinen la presència d'una determinada projecció pública als efectes del present treball: els càrrecs públics, persones que tenen professions de notorietat o projecció pública.

b) Els càrrecs públics

La noció de càrrec públic evoca la *professió d'un subjecte en l'àmbit de la cosa pública*, i sembla posar l'accent en la responsabilitat que aquesta persona assumeix en desenvolupar unes funcions que repercuteixen directament en la col·lectivitat, cosa que podria justificar les limitacions imposades en el dret a l'honor, a la intimitat, i a la pròpia imatge (aprofundiré en la intimitat i la pròpia imatge), fins i tot amb independència del grau de popularitat o coneixement que la persona hagi adquirit per raó de la ostentació del dit càrrec⁸⁶.

Això no obstant, no deixa de ser discutible si la ostentació de *qualsevol* càrrec públic – això és, tenir funcions relacionades amb la cosa pública i, més particularment, amb l'administració o, en altres paraules, ser funcionari o empleat públic, amb independència de la categoria o posició laboral-, ha de tenir incidència en la protecció dels drets de la personalitat, o al contrari, l'expressió ha d'agafar-se en un sentit més estricte i restringit, i assumir que només la ostentació de funcions públiques d'una elevada responsabilitat, desenvolupades habitualment per un temps limitat, i que s'assignen a una persona en concret mitjançant un procés electoral o designació directa –polítics que assumeixen responsabilitats de govern a nivell local, provincial, regional o estatal, o bé persones que integren en cada moment les institucions a les quals la Constitució reconeix funcions pròpies, com diputats, senadors, el defensor del poble, jutges i magistrats– pot justificar una limitació dels drets de la personalitat⁸⁷.

⁸⁵ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 268).

⁸⁶ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 255).

⁸⁷ CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 255 -256).

Hom també pot preguntar-se si la persona que ostenta el càrrec públic ha d'haver adquirit un grau de notorietat o projecció pública suficient, o bé simplement ha de suportar certes ingerències en els drets de la personalitat per la simple raó d'ocupar el dit càrrec⁸⁸.

La jurisprudència del Tribunal Suprem, tot i que no abunden les resolucions judicials que expliquen els raonaments que condueixen a aquesta conclusió, ha interpretat “*càrrec públic*” *en un sentit ampli*, i l’ha desvinculat del grau de notorietat que aquestes persones presentin.

c) Les professions de notorietat o projecció pública

Tant “notorietat” com “projecció pública” són paraules que serveixen per designar aquelles *professions que comporten un cert grau de coneixement públic, que no romanen alienes a l’interès, a la curiositat, o intervenció de la mirada d’una col·lectivitat de persones que podem denominar, de manera genèrica, “el públic”*⁸⁹.

És evident que determinades professions tenen major vocació de produir aquesta repercussió: per exemple, la feina d’actors i actrius necessita, *per se*, la mirada de l’espectador, mentre que, al contrari, la feina d’un investigador farmacèutic es porta a terme de manera reservada en un laboratori⁹⁰.

En aquesta línia de pensament, els tribunals admeten fàcilment que, professions com la de model, presentador de televisió, “torero”, cantant, i actor/actriu, a mode d’exemple, atorguen notorietat a les persones que les duen a terme. Fins i tot pot invocar-se alguna resolució del Tribunal Constitucional en la que fa referència a aquesta vessant necessàriament externa o pública d’algunes professions. Per exemple, en relació al dret a la imatge, la STC, 2^a, 11.4.1994 (RTC 1994\99) expressa que “es claro que existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son toda las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su

⁸⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 256).

⁸⁹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 261).

⁹⁰ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 261).

realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o de intimidad de ésta” [FJ 7]⁹¹.

Tanmateix, s’ha argumentat que, tot i que sigui cert que determinades professions comporten, *per se*, una determinada exposició al públic, la notorietat o projecció pública –enteses com a fama, popularitat (“notorietat”), o repercussió o ressonància (“projecció pública”)⁹² no s’obtenen de manera automàtica per aquest simple fet, sinó que constitueixen un “plus” que només uns quants aconseguen. Per exemple, hi ha milers de futbolistes en tot el món –que juguen en el què a Espanya s’anomena segona o tercera divisió–, que no tindran mai la fama que acompanya les grans estrelles del *Futbol Club Barcelona* o el *Real Madrid*. D’altra banda, al contrari, res impedeix que, un investigador farmacèutic adquireixi una rellevància pública important en un moment determinat, a causa, per exemple, de la transcendència d’alguns dels seus descobriments científics⁹³.

És per això que CASTILLA BAREA⁹⁴, en base a algunes resolucions, considera que *és un error predicar la notorietat o projecció pública de les professions en si*, i no dels individus concrets que les duen a terme^{95,96}.

Val a dir, però, que en la pràctica, generalment, tant el Tribunal Constitucional com el Tribunal Suprem consideren il·legítimes les intromissions a la intimitat i a la imatge quan la informació escrita –intimitat- o visual –intimitat i/o imatge- relativa a persones conegudes única i exclusivament per la seva professió, no està relacionada directament amb la seva faceta professional⁹⁷. El tractament pot ser diferent, però, si la persona o persones afectades, a

⁹¹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 262-263).

⁹² CASTILLA BAREA (2011, pàg. 261).

⁹³ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 263).

⁹⁴ CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 263-264).

⁹⁵ CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 263-264).

⁹⁶ En concret, CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 263-264) es refereix a la previsió concreta de l’art. 8.2 a), és a dir, parla de la inconveniència de la previsió d’aquest article, referit només al dret a la imatge. Això no obstant, en la meua opinió, aquesta precisió que efectua l’autora podria tenir-se en compte pels Tribunals, no només en relació a la imatge, sinó també en relació a eventuais restriccions dels drets de l’honor i a la intimitat.

⁹⁷ Segons CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 265) (nota al peu), és significativa, en aquest sentit, la ja citada sentència del “Cas Paquirri”, en la qual va ser essencial decidir si les imatges de la agonia del matador en la infermeria de *Pozoblanco* podien, o no, considerar-se com a part de la seva faceta professional, doncs de ser afirmativa la resposta a aquesta qüestió, la difusió de les imatges en qüestió s’hagués vist legitimada per l’art. 8.2 a) de la LODH. En aquest cas, el Tribunal Constitucional va efectuar una interpretació restrictiva del dit precepte, en expressar que: “[...] aparecen como circunstancias a considerar si las imágenes en cuestión pueden considerarse como parte de la profesión u espectáculo propios del fallecido, esto es, la lidia de toros-según estima el Tribunal Supremo-lo que, de acuerdo con el mencionado art. 8 de la LO 1/1982, excluiría su carácter de “intromisión ilegítima”, según el apartado 2 a) de ese artículo”.

banda de ser conegudes pel fet de desenvolupar una professió de notorietat o projecció pública, tinguin també certa repercussió derivada de la publicitat, efectuada per ells mateixos, d'aspectes personals relatius a altres àmbits diferents del professional.

En qualsevol cas, aprofundeixo en la problemàtica d'aquest darrer paràgraf en les properes pàgines.

d) La relació amb un important succés, la transcendència econòmica, i la relació social

La STS, 1^a, de 11.6.2010 (RJ 2010\2676) afirma que [...] *la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su transcendencia económica, por su relación social*⁹⁸, una enumeració que pren de resolucions anteriors que, a més, a vegades acaben la frase amb un “etcètera”, cosa que denota el caràcter merament enunciatiu d'aquesta llista de factors⁹⁹.

En aquest llistat, podem veure com s'afegeixen a les circumstàncies que vèiem anteriorment – activitat política o professió-, la relació amb un important succés, la transcendència econòmica i la relació social.

- La relació amb un important succés o “relevancia pública sobrevenida”

Quant a la primera d'aquestes circumstàncies, aquesta fa referència a la rellevància social causada per la *intervenció voluntària o fortuïta d'un subjecte en algun succés o esdeveniment important o impactant de qualsevol naturalesa*. Pot pensar-se en persones com “el Dioni”, individu desconegut fins que va cometre un robatori li va fer protagonitzar informatius, portades, i programes de televisió o, més recentment, el professor Jesús Neira, que va fer-se popular després de salvar una dona, víctima de la violència de gènere, d'una brutal pallissa en mans del seu marit¹⁰⁰. Em passa pel cap, també, Olvido Hormigos, una ex- regidora del PSOE de l'Ajuntament d'un poble de Castilla-la-Mancha, que va fer-se popular fa uns mesos per la difusió a la red d'un vídeo íntim en el qual apareixia. Aquesta ha aprofitat aquesta simple circumstància per saltar a la fama el món de la televisió i la “crònica rosa”, del qual en treu un notable rendiment econòmic des de fa mesos.

⁹⁸ La cursiva és meua.

⁹⁹ Entre altres, les SSTS, 1^a, de 1.7.2004 (RJ 2004\4542) ; de 5.2.2009 (RJ 2009\1366); de 30.6.2009 (RJ 2009\4705).

¹⁰⁰ Exemples que cita CASTILLA BAREA (2011, pàg. 272).

Els pronunciaments específics del Tribunal Suprem en torn a aquests casos concrets en els quals una persona es considera notòria per aquesta causa no són gens abundants, però això no ha impedit que les escasses sentències que es refereixen a la qüestió hagin encunyat una expressió per a designar aquesta circumstància, al·ludint a l'anomenada “relevància pública sobrevenida” de la persona que, per aquesta via, adquireix notorietat. Les SSTS, de 23.12.2009 (RJ 2010\403); i 22.6.2010 (RJ 2010\4896) entenen per “relevància pública sobrevinguda”: “*aquella que se obtiene por el sujeto al estar íntimamente relacionado con un asunto indiscutiblemente de interés, como lo es un procedimiento penal*”¹⁰¹. Podriem pensar, en aquest últim cas, amb subjectes com Miguel Carcaño o José Bretón, ambdós involucrats en alguns dels processos penals més mediàtics de la història d’Espanya.

- La “transcendència econòmica”

Quant a la jurisprudència que faci dependre la notorietat d’una persona de la seva transcendència econòmica, hem de dir que no hi ha- o al menys, no he pogut localitzar- resolucions del Tribunal Suprem al respecte. Per tant, pot concloure’s que aquest criteri té una escassa o nul·la transcendència pràctica¹⁰².

- La “relació social”

En relació a la notorietat pública derivada de la relació social, poden distingir-se, com a relacions socialment rellevants, d’una part, les estrictament familiars, entenen per aquestes les quals deriven del *parentiu* i, en una línia molt propera, les *relacions sentimentals o afectives*. Pel què fa a les relacions de mera amistat, aquestes no semblen tenir una virtualitat suficient pera justificar la derivació de la notorietat cap a un amic de qui ja és una persona públicament coneguda, o com a mínim, això no es dedueix de la jurisprudència¹⁰³.

Quant al parentiu, hi ha sentències que reconeixen obertament que el fet de ser descendent o cònjuge de persones populars es en sí mateix causa de la notorietat d’una persona¹⁰⁴, mentre que d’altres ho qüestionen¹⁰⁵, o fins i tot neguen¹⁰⁶ que aquestes circumstàncies siguin suficients com per considerar personatge públic el descendent o cònjuge¹⁰⁷.

¹⁰¹ La cursiva és meua.

¹⁰² Arribo a la mateixa conclusió que CASTILLA BAREA (2011, pàg. 277).

¹⁰³ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 278).

¹⁰⁴ STS, 1ª, de 25.2.2009 (RJ 2009\1624) .

¹⁰⁵ STS, 1ª, de 28.11.2008 (RJ 2009\1352).

Un bon exemple de la primera corrent és la STS, 1^a, de 25 de febrer de 2009 (RJ 2009\1624; MP:), [FJ 1] en la qual la projecció pública del personatge la imatge del qual es tractava derivava no només de la seva professió de matador de toros, sinó també del seu “origen familiar” en ser “descendiente de toreros conocidos y famosos, con progenitores populares” així com, d'altra banda, del seu matrimoni amb una senyora molt coneguda de la qual també es destaca la seva notorietat per parentiu, en ser “hija de una reputada miembro de la nobleza española”.

En canvi, la STS, 1^a, de 28 .11. 2008 (RJ 2009, 1352) [FJ 2] considera que el fet de ser nét de l'anterior Cap d'Estat no és causa suficient per considerar com a personatge públic al seu descendent.

Per últim, quant als pronunciaments que neguen la rellevància del parentiu com a causa justificativa de la consideració de la persona com a personatge públic, generalment es refereixen a menors d'edat, en relació als quals hi ha un especial estàndard de protecció jurídica¹⁰⁸.

D'altra banda, quan la premsa descobreix que un personatge públic inicia o manté una relació sentimental amb una altra persona, la parella es converteix en un objectiu preferent de l'atenció de molts mitjans de comunicació, generalment dedicats a la “crònica social”, i tant la difusió de dades privades d'aquestes parelles com, amb més freqüència, la captació i difusió d'imatges genera, amb freqüència, conflictes que arriben als tribunals i jutjats¹⁰⁹.

- e) El grup heterogeni dels “personatges famosos”, que poden presentar, simultàniament, alguna o algunes de les causes descrites anteriorment

Sens cap mena de dubte, però, com afirma PASCUAL MEDRANO¹¹⁰: “el conflicto viene protagonizado por [...] esa heterogénea y variada categoría que se ha dado en llamar «personajes famosos» (subgrupo, podríamos decir, de personajes públicos que, por diversas

¹⁰⁶ STS, 1^a, de 11.3.2009 (RJ 2009\1638,)

¹⁰⁷ CASTILLA BAREA, (2011, pàg. 278).

¹⁰⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 280).

¹⁰⁹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 280).

¹¹⁰ PASCUAL MEDRANO (2005, 1).

causas, llenan las publicaciones y programas de televisión llamados «rosas», «de corazón» o «sociedad») [...]”.

I és que, amb tot, la majoria de les resolucions objecte d’anàlisi tracten supòsits en els quals es veuen implicats una sèrie de subjectes que, si bé en un principi van obtenir una determinada projecció social per algun factors descrits en aquestes últimes pàgines (ostentació de càrrec/s públic/s; o, en major mesura, tenir una professió de notorietat o projecció pública; relacionar-se amb algun succés; o relacionar-se , pel motiu que sigui, amb algú altre amb projecció pública), tenen *popularitat*, a més, *per formar part de la parcel·la social de les publicacions i programes de televisió “rosa”, “del cor”, o “de societat, que es caracteritzen, fonamentalment per pública o divulgar informació o imatges de personatges que, a canvi de notables contraprestacions econòmiques donen a conèixer la seva vida privada o íntima*¹¹¹.

Un cop aquests personatges han suscitat interès per la seva vida privada o íntima a través de la concessió d’ alguna “exclusiva”, entren ja formar part de l’objectiu incansable d’ aquest tipus de premsa i televisió d’entreteniment o sensacionalista, que publicarà o divulgarà unilateralment, a partir d’aquell moment, informació o imatges d’aquelles personatges sense el seu consentiment.

La valoració de la legitimitat de les publicacions i divulgacions d’informació i imatges de diversa naturalesa en les quals es veuen afectats els personatges amb notorietat pública per qualsevol de les característiques anteriors, dependrà, en cada cas, de l’aplicació dels criteris jurisprudencials que presento a continuació.

4.2. Conceptes d’intimitat i pròpia imatge segons la Sala Primera del Tribunal Suprem

La jurisprudència de *la Sala Primera del Tribunal Suprem ha reiterat de manera contínua, la jurisprudència constitucional en relació al contingut essencial dels drets a la intimitat i a la pròpia imatge*, declarant, en la STS, 1^a, 13.11.2008 (RJ 2009\407; MP: Clemente Auger Liñán), en relació a la *intimitat*, que “tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el resepto de su dignidad como persona (art. 10 CE), frente a la acción y conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples

¹¹¹ El què s’anomena, en aquest àmbit, “exclusiva”.

particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar este ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por tercero y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla [...]. Lo que garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada[...]”¹¹² .

I, en relació a la *pròpia imatge*, la mateixa resolució estableix, tot aclarint que el Tribunal Constitucional li ha atorgat un valor autònom, que: “ [...] se configura como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales que puede tener dimensión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por un tercero, sea cual sea la finalidad – informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde [...]”¹¹³ .

Per últim, la sentència afegeix, fent cita de la STS 1ª, de 4.11.2005 (RJ 2005\ 876;), que “mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, -lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificable a través de sus rasgos físicos; y a la inversa, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin concluir el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona afectada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; pudiendo finalmente suceder, como en el caso enjuiciado, que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada. Es decir, *nada impide que una misma conducta sea calificada como intromisión ilegítima en ambos derechos fundamentales* [...]”¹¹⁴ .

¹¹² Per totes.

¹¹³ Per totes.

¹¹⁴ Per totes, quant a l'autonomia formal dels drets a la intimitat i a la imatge, i la seva relació material.

I és que, tot i que en algunes resolucions el Tribunal Suprem no fa una exposició clara de la relació dels drets de la intimitat i la pròpia imatge, en l'actualitat, com ha establert el Tribunal Constitucional, el dret a la pròpia imatge es considera un dret autònom enfront del dret a la intimitat.

4.3. Tipologies genèriques d'intromissions il·legítimes en casos de persones amb projecció pública

Havent exposat la jurisprudència constitucional i del Tribunal Suprem en relació al contingut dels drets a la intimitat i a la pròpia imatge, i, en especial, la doctrina de l'autonomia del dret a la imatge, procedeix a classificar genèricament les intromissions més freqüents a aquests drets a la vista de les resolucions sobre personatges amb projecció pública del Tribunal Suprem (sens perjudici que, en ocasions, es discuteixi, en les mateixes resolucions, l'afectació del dret a l'honor)¹¹⁵:

- La intromissió a la *intimitat personal i/o familiar*, en supòsits en què, en mitjans de comunicació (televisió, premsa escrita o digital, o ràdio), es revelen o es dona publicitat a aspectes relatius a la vida privada o íntima¹¹⁶ de l'afectat sense fer ús de cap mitjà de reproducció visual o gràfica.
- En altres supòsits, alguns mitjans de comunicació (tant televisió, com premsa escrita o digital) donen projecció a una o diverses imatges (captades, o no, pels mateixos) que no revelen aspectes privats o íntims, pròpiament dits, però que, no obstant, permeten identificar o fer recognoscible una persona: té lloc una *intromissió a la pròpia imatge*.
- Per últim, pot produir-se una intromissió en el *dret a la intimitat i el dret a la pròpia imatge* simultàniament, quan per part d'algun mitjà de comunicació (televisió, premsa escrita o digital) es dona projecció a una o diverses imatges (captades, o no pels mateixos) en les quals és possible identificar la persona fotografiada i, a més s'evoca alguna circumstància relativa a l'àmbit personal i familiar d'aquella¹¹⁷.

¹¹⁵ **POT VEURE'S ANNEX**

¹¹⁶ Recodem la diferència entre "privada o íntima".

¹¹⁷ Un cas molt clar que pot servir per il·lustrar quan es dona aquesta circumstància, és el de la captació i divulgació d'imatges de persones, generalment personatges de la "premsa rosa", en actitud d'estar mantenint una relació sexual, o bé la captació d'imatges, també de personatges d'aquest tipus, en un domicili privat, i la seva posterior divulgació. SSTS, 1ª, de 13.11.2008 (RJ 2009\407), i de 11.10.2004 (RJ 2004\6660; MP. Alfonso Villagómez Rodil, per totes, quant a les fotografies captades en actitud d'estar mantenint una relació sexual i la seva posterior divulgació. / Quant a la divulgació d'imatges captades en un domicili privat, veure la STS, 1ª, de 11.3.2009 (RJ 2009\1638; MP: José Almagro Gómez).

A més, cal remarcar que, en determinades circumstàncies, una intromissions d'aquests pot anar acompanyada d'una altra, com seria el cas, per exemple, de reportatges de premsa (possible afectació a la intimitat) que s'acompanyen de fotografies (possible afectació a la imatge o la imatge i la intimitat), o bé les tertúlies televisives del cor (possible afectació a la intimitat) en les quals es reproduïxen imatges (possible afectació a la imatge o a la imatge i la intimitat).

Tanmateix, per la consideració d'aquestes actuacions com a "intromissions *il·legítimes*" cal tenir en compte diversos paràmetres legals i jurisprudencials. En relació a aquesta idea, és significatiu l'article. 2 LODH, que estableix que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por us propios actos mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia". Així, l'àmbit de protecció dels drets a la intimitat i a la pròpia imatge és, en realitat, com veurem a continuació, més reduït del que pot semblar a primera vista.

4.4. Criteris generals de la resolució dels casos. La ponderació

a) Consideracions generals

Com comentava anteriorment, l'art. 2.1 LODH fa dependre l'àmbit de protecció civil dels drets a la intimitat i la imatge de les disposicions de les lleis, dels usos socials, i dels actes propis de cadascú, és que el drets de la personalitat no són drets il·limitats.

Doncs bé, a la pràctica, les delimitacions invocades amb més freqüència són les relatives als límits que poden venir imposats a aquests drets fonamentals per la seva *concurrència o col·lisió amb altres drets fonamentals i béns jurídics, també protegits constitucionalment* (i, per tant, protegits per la Llei¹¹⁸).

Els drets de l'art. 18.1, per la seva naturalesa, col·lisionen, contínuament, amb els drets protegits art. 20 1. a) i d) CE, en relació amb l'art. 53.2 CE, el qual reconeix, com a dret fonamental especialment protegit mitjançant els recursos d'empara constitucional i judicial, "los derechos a a) expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones

¹¹⁸ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2009, pàg. 102).

mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; y d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [...]. Així mateix, l'art. 20.4 CE estableix, en relació a la llibertat d'expressió i d'informació, que “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

En totes les resolucions que han estat objecte d'anàlisi, s'empren tècniques de ponderació constitucional per a resoldre el conflicte entre uns i altres drets: intimitat personal i familiar i pròpia imatge, d'una banda (art. 18.1 CE),; i llibertat d'expressió i d'informació de l'altra [art. 20. 1 a) i c) CE], i com ha expressat el Tribunal Suprem: “*por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella*”¹¹⁹¹²⁰.

Dit això, el Tribunal Suprem, per resoldre aquests supòsits, ha adoptat unes regles de ponderació que aplica sistemàticament en tots els casos (de manera més o menys clara o ordenada) i que són les següents¹²¹.

b) Valoració del pes en abstracte dels drets

En primer lloc, la tècnica de ponderació exigeix valorar el *pes en abstracte* dels respectius drets fonamentals que entren en col·lisió, és a dir, el pes que té cadascun dels drets individualment prescindint de les circumstàncies del supòsit concret que s'enjudici en cada cas:

- Es parteix, sempre, d'una posició prevalent del dret a la llibertat d'informació sobre els drets de la personalitat, si bé es considera que aquest dret resulta essencial per a la formació d'una opinió pública lliure, el qual és indispensable pel pluralisme polític que exigeix el principi democràtic.

¹¹⁹ Per totes, STS, 1ª, de 8.7.2010 (RJ 2010\442; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

¹²⁰ La cursiva és meua.

¹²¹ Aquestes regles poden inferir-se de qualsevol de les resolucions de la taula de l'ANNEX. Veure, per totes, la STS, 1ª, de 8.7.2010 (RJ 2010\8002), entre les resolucions que mostren una major claredat expositiva.

- Aquesta prevalença del dret a la llibertat d'informació es veu accentuada quan la llibertat s'exerceix per professionals de la informació a través del vehicle institucionalitzat de formació de la opinió pública que és la premsa, entesa en la seva màxima accepció (això és, entenent, per "premsa", tot mitjà de comunicació).

En els supòsits objecte de tractament en aquest treball les llibertats d'expressió i d'informació s'exerceixen, en tot cas, per mitjans de comunicació.

c) Valoració del pes relatiu dels drets

En segon lloc, el Tribunal Suprem valorarà el *pes relatiu* dels respectius drets fonamentals que entren en col·lisió:

- La ponderació ha de tenir en compte si la informació té *rellevància pública o interès general* en quant pot contribuir al debat en una societat democràtica, quan es projecta sobre persones que desenvolupen un càrrec públic o tenen una personalitat política i exerceixen funcions oficials, o es tracta, simplement, de satisfer la curiositat humana per conèixer la vida de les persones amb notorietat pública que no exerceixin les dites funcions¹²².
- Cal que es compleixi el requisit de la "*veracitat*", pel qual s'entén que la informació en qüestió sigui el resultat d'una raonable diligència per part de l'informador a fi de contrastar la notícia d'acord amb les pautes professionals requerides. Tanmateix, aquest requisit fonamental en els supòsits de possibles vulneracions del dret a l'honor, resulta de menor transcendència quan afecta els drets de la intimitat personal i la pròpia imatge.
- *Quan la difusió de dades o imatges de caràcter privat afecta no només al personatge al qual es reconeix una determinada projecció pública, sinó també a terceres persones*, ha de valorar-se en quina mesura la difusió de les dades relatives a aquesta està justificada per raó del seu *caràcter accessori* en relació al personatge al qual es refereix, la necessitat de la seva difusió per a oferir la informació de què es tracti, i l'acceptació, per la tercera persona, de la seva relació amb la persona afectada com a personatge públic.

- Com a regla general, la prevalença del dret a la informació sobre el dret a la imatge és major que sobre el dret a la intimitat. En relació a la vida privada de la persona, però, ha de tenir-se en compte el *principi de proporcionalitat amb l'interès públic en aspectes que es difonen i la manera com té lloc aquesta difusió*.
- Per últim, s'ha de tenir en compte si la publicació de dades o la captació i/o difusió de fotografies està *justificada pels usos socials*, o hi ha base per a sostenir que l'afectat va adoptar pautes de comportament en relació al seu àmbit íntim que permeti entendre que, a causa dels seus *propis actes*, aquell àmbit ja no pot considerar-se reservat.

Cal efectuar la precisió següent: la Sala Primera del Tribunal Suprem ha establert, en algunes resolucions, que el caràcter d'entreteniment del mitjà de comunicació, encaminat, únicament, a la mera satisfacció de la curiositat pública, no és suficient per a descartar, en abstracte, la posició prevalent de la llibertat d'informació exercida en mitjans de difusió pública o com s'ha declarat en la STS, 1ª, de 16.11.2009 (RJ 2010\660) [FJ 10] : [...] la valoración acerca de la naturaleza y el contenido de los programas o su calidad televisiva no puede excluir a priori su trascendencia para la formación de la opinión pública libre, que no sólo depende de programas en los que se aborde directamente información sobre temas políticos o se promueva la expresión de opiniones sobre éstos, sino de todos aquellos que, cualquiera que sea su objeto o formato, sean susceptibles de influir sobre la opinión pública”.

4.5.L'interès públic de la informació

a) Concepte d' "interès públic"

La Sala Primera del Tribunal Suprem ha expressat, en nombroses resolucions, reiterant la doctrina del Tribunal Constitucional, que “la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, o se trata, simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones¹²³ [...] la relevancia pública o interés

general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión [...] ¹²⁴.

Possiblement, el primer que ens hem de plantejar és si una informació pot tenir *transcendència per la societat* (o en el si de la comunitat en el qual es divulga la notícia), i contribuir a la formació de la opinió pública i, a més, *afecta a "persones que desenvolupen un càrrec públic o tenen una personalitat política i exerceixen funcions oficials"*, ja que, si es donen aquestes dues circumstàncies es podrà afirmar que es compleix el primer requisit per tal que prevalgui la llibertat d'informació sobre els drets de l'art. 18. 1 CE: la rellevància pública de la informació ¹²⁵.

Tanmateix, en algunes resolucions es diu que la "rellevància pública" va més enllà de les personalitats polítiques que exerceixen funcions oficials. En la ja citada STS, 1^a, de 11.6.2010 (RJ 2010\2676) [FJ 4] s'afirma que [...] la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social [...]".

Amb tot cal distingir aquest tipus d'informacions, d'aquelles que van dirigides a "satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de les personas con notoriedad pública [...]", i que el Tribunal Constitucional ha dit que no es veuen emparades per la llibertat d'informació.

b) Informació amb interès públic d'acord amb el Tribunal Suprem

El Tribunal Suprem ha reconegut la rellevància pública i interès general, en el sentit de contribuir al debat en una societat democràtica, en la informació que, tot i afectar els dret de la intimitat i la pròpia imatge de personatges amb notorietat, està relacionada amb aspectes de naturalesa diversa, com el suport polític obtingut per un equip de govern d'una institució política ¹²⁶, l'existència de corrupció urbanística en relació amb la indústria immobiliària ¹²⁷, la reclusió d'una persona, tenint en compte la gran transcendència i magnitud dels fets delictius

¹²⁴ Per totes, veure STS, 1^a, de 29.7.2011 (RJ 2011\6285; MP: Juan Antonio Xiol Rios).

¹²⁵ GRIMALT SERVERA (2007, pàgs. 86-87).

¹²⁶ STS, 1^a, de 21.3.2011 (RJ 2011\2892; MP: Juan Antonio Xiol Rios) [FJ 4].

¹²⁷ STS, 1^a, de 6.7.2009 (RJ 2009\4455; MP: José Almagro Nosete) [FJ 2].

investigats judicialment¹²⁸, o les irregularitats de l'expedient d'adopció d'una nena per part d'una persona amb gran projecció social¹²⁹, entre d'altres.

Seguint la jurisprudència constitucional, el Tribunal Suprem reconeix que la informació relativa a la vida privada de les persones una escassa capacitat, pel seu contingut, de ser susceptible d'influir sobre la opinió pública lliure i, per tant, la seva rellevància pública és molt baixa¹³⁰. En la mateixa línia, algunes resolucions han rebutjat l'existència d'un interès públic elevat en base a la idea que les informacions difoses afecten un àmbit exclusivament íntim, sense guardar relació amb l'activitat professional del demandat¹³¹.

Poden trobar-se, en menor mesura, resolucions en sentit contrari, que estableixen que l'interès públic de la informació és alt si, tot i emetre's en un programa destinat fonamentalment a l'entreteniment, les dades versen sobre la vida de persones amb gran projecció pública¹³², o que expressen que “no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural, pues también existe el género más frívolo de la información de espectáculo o entretenimiento, lo que, por otra parte, se corresponde con el hecho notorio de que dentro del ámbito de la información siempre ha existido, como género perfectamente identificable, la llamada 'cronica del corazón' ”¹³³.

En conclusió, deixant de banda algunes resolucions que s'expressen en aquests últims termes, el *Tribunal Suprem considera, majoritàriament, seguint la jurisprudència constitucional, que les informacions dirigides a satisfer la curiositat de la gent per conèixer la vida privada dels famosos, en comparació a altres fets noticiables, tenen un interès públic baix o gairebé nul.*

4.6. El requisit de la veracitat i la seva irrellevància en la intimitat. La doctrina del reportatge neutral

a) Què cal entendre per “veracitat”?

¹²⁸ STS, 1ª, de 8.7.2004 (RJ 2004\5112; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta [FJ 1].

¹²⁹ STS, 1ª, de 29.7.2011 (RJ 2011\6287; MP: Juan Antonio Xiol Rios) [FJ 4].

¹³⁰ Per totes, STS, 1ª, de 11.4.2011 (RJ 2011\3446; MP: Juan Antonio Xiol Rios) [FJ 7].

¹³¹ Per totes, STS, 1ª, de 15.6.2011 (RJ2011\4632; MP: Juan Antonio Xiol Rios) [FJ 4].

¹³² Per totes, STS, 1ª, de 29.7.2011 (RJ 2011\6285; MP: Juan Antonio Xiol Rios) [FJ 4].

¹³³ Per totes, STS, 1ª, de 21.3.2011 (RJ 2011\2889; MP: Francisco Marín Castán) [FJ 3].

La veracitat en el dret a comunicar informació és un límit constitucional que ha d'entendre's, segons CARRILLO¹³⁴, en termes relatius i no absoluts. Això significa que gaudirà de protecció constitucional aquella informació que hagi estat elaborada i difosa amb diligència i bona fe professional, és a dir, amb un respecte escrupolós de les normes deontològiques de la professió periodística¹³⁵.

D'acord amb el mateix autor, "veracitat" significa que allò que s'ha difós es correspon amb la realitat dels fets ocorreguts. Ara bé, si aquest límit constitucional és entès en termes absoluts, el resultat més probable –i gens desitjable– que pot arribar a produir-se és el silenci obligat del mitjà de comunicació, davant de la eventualitat de difondre una informació errònia. En conseqüència, l'error pot arribar a tenir protecció constitucional si la informació ha estat diligent, sens perjudici de les immediates reparacions que puguin produir-se, a través, per exemple, de l'exercici del dret de rectificació. Les informacions errònies són inevitables en un debat lliure, com el que requereix un sistema democràtic¹³⁶.

b) La veracitat en la intimitat

La concurrència del requisit de la veracitat s'examina fonamentalment en supòsits de possibles afectacions al dret a l'honor, si bé a fi que aquest dret cedeixi davant la llibertat d'informació, el fet relatat ha de ser necessàriament veraç. En altres paraules, la veracitat d'un fet pot legitimar una intromissió al dret a l'honor si la informació és de rellevància pública.

El tractament de la veracitat en l'àmbit de la intimitat és diferent, doncs com ha afirmat el Tribunal Constitucional, en STC 17.10.1991, [FJ 2], "[...] mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es *presupuesto necesario*¹³⁷ para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan. El criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es por ello la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del

¹³⁴ CARRILLO (2008, pàgs.7-8).

¹³⁵ CARRILLO (2008, pàgs.7-8).

¹³⁶ CARRILLO.(2008, pàgs. 7-8).

¹³⁷ La cursiva és meua

interés publico del asunto sobre el que se informa [...]”¹³⁸. En conclusió, en la intimitat, la veracitat no és pal·liatiu, sinó un pressupòsit, en tot cas, de la lesió¹³⁹.

Aquesta doctrina es veu reflectida en les resolucions de la Sala Primera del Tribunal Suprem, que ha vingut a dir, de diverses formes, el que pot llegir-se a la la STS, 1ª, de 15.1.2009 (RJ 2009\1354)¹⁴⁰: “la alegación de que se ha cumplido el requisito de veracidad en la información suministrada [...] es esencial para considerar que no hay intomisión en el honor de una persona, pero es intrascendente respecto al derecho a la intimidad, que normalmente es veraz, y así lo destacó ya la sentencia de 18 de julio de 1988 (RJ 1988, 5726) (dice: “carece de finalidad tratar de demostrar la realidad o ficción de una vida privada...”)) una de las primeras que trató este derecho; posteriormente no se ha cuestionado este tema”.

Tanmateix, l’actuació de difondre una informació reservada, dotada d’un determinat interès o rellevància pública per la comunitat, és il·legítima si, amb tot, manca el requisit de la veracitat¹⁴¹.

c) La veracitat en la pròpia imatge

En canvi, a fi que prevalgui la llibertat d’informació respecte el dret a la pròpia imatge, sí que és exigible la veracitat respecte de les imatges divulgades: no estan emparats per la llibertat d’informació ni els muntatges fotogràfics que desvirtuïn la realitat (sens perjudici que siguin admissibles, com es dirà, els muntatges equiparables a caricatures que no resultin vexatoris), ni aquelles fotografies que, sense constituir un muntatge, puguin donar a entendre alguna cosa que no ha ocorregut o que no és^{142,143}.

¹³⁸ GRIMALT SERVERA (2007, pàg 96).

¹³⁹ MIERES MIERES, (2002, pàg. 68).

¹⁴⁰ Per totes.

¹⁴¹ Pot veure’s la STS, 1ª, de 29.7.2011 (RJ 2011\6287; MP: Juan Antonio Xiol Rios) [FJ 7]. En el supòsit examinat per aquesta resolució, es considera que, tot i tenir, la informació, un ple interès general, relacionat amb les practiques delictives realitzades en relació a un procediment d’adopció d’una menor (que podria implicar un tracte de favor determinat pel subjecte implicat aixó com per la seva posició social i econòmica), no és veraç, perquè no s’ha utilitzat, com a font directa de la informació, unes diligències policials i judicials, que són l’únic que podria confirmar els fets.

¹⁴² GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 97)

¹⁴³ La STS, 1ª, de 12.9.2011 (RJ 2011\7380; MP: Francisco Marín Castán) estableix que els responsables del programa que van difondre una imatge d’una dona despullada en companyia de la seva parella, quan en realitat no ho estava, (la imatge havia estat manipulada) haurien d’haver tingut la mínima diligència professional de comprovar l’autenticitat de la imatge abans de la seva emissió,

d) La doctrina del “reportatge neutral”

En ocasions, la informació divulgada no compleixen el requisit de “veracitat”, en difondre’s rumors, invencions, insinuacions, o notícies gratuïtes o infundades, que afecten, generalment, tant l’honor com la intimitat, de manera simultània. Una defensa recurrent per la part demandada és la d’al·legar la existència d’un reportatge neutral, per la qual es precisa que el mitjà en qüestió actuï com un mer transmissor de la notícia donada a conèixer per un altre mitjà, o un tercer¹⁴⁴.

En relació al reportatge neutral, la Sala Primera del Tribunal Suprem ha establert, en STS, 1^a, 15.6.2011 (RJ 2011\4632)¹⁴⁵ seguint la jurisprudència constitucional¹⁴⁶, que “cabe el denominado reportaje neutral caracterizado por: a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por si mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas [...]. De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [...]; b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia [...]. De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral[...] y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, el llamado periodismo de investigación [...], sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido; c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido[...]. Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones [...]”.

L’al·legació de l’existència del reportatge neutral no prospera, però, quan es elabora la notícia, cosa que succeeix freqüentment en els programes televisius, generalment d’entreteniment, en què es convida a una o més persones a parlar sobre un tercer, i

¹⁴⁴ ORENES RUIZ (2012, pàg.2).

¹⁴⁵ Per totes.

¹⁴⁶ Les resolucions del Tribunal Suprem citen, entre d’altres, la SSTC, 2^a, de 15.2.1994 (RTC 1994\41); de 30.6.1998 (RTC 1998\144), o de 21.12.1992 (RTC 1992\240).

s'afegeixen tot tipus de comentaris que contribueixen a la valoració, generalment negativa, dels personatges^{147, 148}.

4.7. L'afectació de terceres persones per raó del seu caràcter accessori al personatge al qual es refereix la informació

Com he comentat anteriorment, quan la difusió de dades o imatges de caràcter privat afecta no només al personatge al qual es reconeix una determinada projecció pública, sinó també a terceres persones, ha de valorar-se: en quina mesura la difusió de les dades relatives a aquesta està justificada per raó del seu caràcter accessori en relació al personatge al qual es refereix, la necessitat de la seva difusió per a oferir la informació de què es tracti, i l'acceptació, per la tercera persona, de la seva relació amb la persona afectada com a personatge públic¹⁴⁹.

En la majoria de supòsits de fet que són objecte de resolució, en els quals es veuen involucrades persones amb una determinada projecció pública, es planteja l'afectació del dret a la imatge de les persones que acompanyen el personatge públic, amb independència que es declari afectada, alhora, la intimitat, per evocar la fotografia/es moments relatius a la vida reservada o íntima. En algun cas aïllat es planteja únicament l'agressió al dret a la intimitat d'una persona relacionada amb una altra de projecció pública (generalment, per la revelació d'informació de caràcter privat relativa a algun tema que afecta a ambdós, personatge públic i desconegut, com ara l'existència d'una relació sentimental).

Per aquest motiu, crec convenient enfocar l'exposició des del punt de vista del dret a la imatge i, faré una breu menció als casos en què es discuteix, en exclusiva, l'agressió a la intimitat.

L'art. 8.2 c) LODH estableix que “el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”.

¹⁴⁷ ORENES RUIZ (2012, pàg 2).

¹⁴⁸ Per totes, STS, 1ª, 15.6.2011 (RJ 2011\4632) i de 1ª, 8.2.2010 (RJ 2010\525; MP: Xavier O' Callaghan Muñoz).

¹⁴⁹ Per totes, la ja citada STS, 1ª, de 8.7.2010 (RJ 2010\8002).

En els últims anys s'ha anat obrint pas a una forma d'entendre l'accessorietat, consistent en considerar accessòria a una persona respecte d'una altra la qual també apareix a la imatge, en la qual ambdós individus poden presentar-se en un mateix pla, són identificables en la mateixa mesura, i amb el mateix grau de protagonisme des del punt de vista visual. Amb aquest nou plantejament es tracta de justificar la utilització de la imatge de persones privades que, en un moment donat, mantenen algun tipus de relació amb una persona amb una determinada projecció pública, de manera que aquelles es veurien privades de la possibilitat d'invocar la protecció del seu dret a la pròpia imatge des del moment en què freqüentem la companyia d'un altre individu que tingui aquest dret bastant limitat pel caràcter públic o notori de la seva funció, professió o activitat¹⁵⁰.

Això no obstant, tot i aquesta posició ha estat defensada pel Tribunal Suprem en algunes resolucions¹⁵¹, entre les quals es troba denominat “Caso de las fotos del ex Ministro de Fomento junto a su compañera sentimental”¹⁵², posició que he tingut ocasió de comentar en aquesta doctrina entra amb oberta contradicció amb una altra línia jurisprudencial del Tribunal Suprem, coexistent en el temps¹⁵³, segons la qual no pot considerar-se accessòria la imatge de les persones privades que són fotografiades juntament a un personatge públic amb el qual s'atribueix –o fins i tot la imatge revela- una relació de parella¹⁵⁴. En relació a aquesta última postura, la STS, 1ª, de 15.1.2009 (RJ 2009\1354) [FJ 3], ha establert que “no puede considerarse su imagen como puramente accesoria, en el sentido que le da el artículo 8.2.c) de la Ley de 1982 [...] para excluir su protección, ya que su imagen es principal, esencial, al formar parte de la pareja, con el otro demandante, cuya fotografía se publica”.

Té lloc, doncs una controvèrsia interessant, en relació al dret a la imatge, quan entren col·lisió el debilitat a la pròpia imatge de la persona famosa, i el dret a la pròpia imatge de la persona privada que desitja continuar sent-ho.¹⁵⁵

Quant a l'agressió del dret a la intimitat d'una persona relacionada amb una altra de projecció pública, generalment, per la revelació d'informació de caràcter privat relativa a algun tema

¹⁵⁰ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 368).

¹⁵¹ “Caso de las fotos del ex Ministro de Fomento junto a su compañera sentimental”: SSTS, 1ª, DE 7.10.2009 (RJ 2009\4605) i de 16.11.2009 (RJ 2010\669); Veure's, també SSTS, de 19.4.2012 (RJ 2012\7402; MP: Juan Antonio Xiol Rios); i de 28. 6.2012 (RJ 2012\8354; MP:Juan Antonio Xiol Rios).

¹⁵² Segons CASTILLA BAREA, (2011, pàg 368).

¹⁵³ Segons CASTILLA BAREA (2011, pàg. 368).

¹⁵⁴ Veure, per totes, la ja citada STS, 1ª, de 15.1.2009 (RJ 2009\1354).

¹⁵⁵ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 280).

que afecta a ambdós, personatge públic i desconegut, generalment l'existència d'una relació sentimental, el Tribunal Suprem ha establert, considero, amb encert, en la STS, 1ª, de 22.11.2010 (RJ 2011\567) [FJ 4] que “la identificación nominal de la persona de carácter privado a la que estaba unida sentimentalmente el personaje público no se justifica no sólo por la falta de trascendencia pública de la misma, sino porque no resultaba necesaria para transmitir la información [...]”¹⁵⁶.

4.8. Principi de proporcionalitat amb l'interès públic en aspectes que es difonen i la manera com té lloc aquesta difusió

En aquesta fase de la ponderació, el tribunal efectua, cas per cas, algun dels següents raonaments jurídics:

- Quant a les resolucions en què es discuteix l'*agressió a la intimitat* (sigui, o no, per via de la imatge), el Tribunal Suprem realitza una avaluació del sacrifici que efectua el dret a la intimitat en proporció dels beneficis que, per l'interès públic, té la divulgació d'informacions o imatges reservades o íntimes.
- D'altra banda, en tractar-se d'una *intromissió en el dret a la imatge*, que no va acompanyada d'una agressió a la intimitat, per no evocar moments privats o íntims, el tribunal es limita, generalment, a valorar si tenen cabuda les excepcions de l'art. 8.2 a)¹⁵⁷, l'article 8.2 b), i l'article 8.2 c) en relació a l'art. 7.5 LODH¹⁵⁸.

Cal recordar, com ja he dit anteriorment, que la prevalença del dret a la informació sobre el dret a la imatge és major que sobre el dret a la intimitat.

- a) Valoració de la Sala Primera del Tribunal Suprem en relació al dret a la intimitat personal i familiar

¹⁵⁶ La STS, 1ª, de 17.12.2010 (RJ 2011\11; MP. Juan Antonio Xiol Rios) [FJ 4] s'expressa en termes molt semblants.

¹⁵⁷ “En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá su captación reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzcan 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”.

¹⁵⁸ “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley [...] La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2”.

En relació al primer dels dos casos, de la lectura de la totalitat de les resolucions he pogut inferir una regla quant als requisits -cumulatius- que han de complir les informacions, dades, imatges per tal de considerar que es troben en l'àmbit de la intimitat personal i/o familiar de la persona amb projecció pública¹⁵⁹, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem:

- Tracta d'aspectes relatius a la vida privada o íntima, per la seva pròpia naturalesa.
- No han estat divulgats prèviament pel demandant.
- Es troben en un àmbit que la persona ha mantingut reservat per ella, d'acord amb la doctrina dels "*actes propis*"¹⁶⁰.

Contràriament el Tribunal Suprem no considera que s'inclouen en l'àmbit privat o íntim les informacions, dades, imatges, que compleixen qualsevol d'aquests tres requisits:

- No tracten d'aspectes relatius a la vida privada o íntima, per la seva pròpia naturalesa.
- Tot i tractar-se d'aspectes relatius a la vida privada o íntima, per la seva pròpia naturalesa, s'han fet públics prèviament pel demandant.
- Tot i tractar-se d'aspectes relatius a la vida privada o íntima, per la seva pròpia naturalesa, no es troben en un àmbit que la persona ha mantingut reservat per ella mateixa, d'acord amb la doctrina dels "*actes propis*".

La Sala Primera del Tribunal Suprem ha considerat que són aspectes relatius a la intimitat, per la seva naturalesa (és a dir, amb independència de si s'han fet públics alguna vegada, o de si pertanyen a un àmbit personal no reservat a causa dels actes propis):

- Les informacions de tot tipus relatives a la vida sentimental i sexual (relacions de parella, matrimonials, extramatrimonials, i orientació sexual).
- Les informacions de tot tipus relatives a la vida familiar i/o domèstica (la filiació, entre d'altres).
- Les informacions de tot tipus relatives a altres relacions socials (p.e. relacions d'amistat).
- Les informacions de tot tipus relatives a la vida laboral d'una persona, quan no exerceix una funció pública.
- Les informacions relatives a la salut física i mental d'una persona.

¹⁵⁹Incloent, per tant, tan la "vida privada" com l'"àmbit íntim", un concepte més restringit. De fet, en la pràctica, el Tribunal utilitza aquests dos termes indistintament per referir-se a

¹⁶⁰L'explico a continuació.

- Les informacions relatives a la intimitat corporal d'acord amb els usos socials i els actes propis, en el cas que la imatge sigui via per menystenir aquesta intimitat. No totes les imatges que evoquin parts del cos humà considerades íntimes en algunes circumstàncies, es consideren sempre com a tals a efectes legals¹⁶¹ tant referides a un temps present com passat¹⁶².

Així, com a regla general, com més gran sigui l'afectació de la intimitat, més caldrà justificar l'existència d'un interès públic (en els termes que he descrit en l'apartat corresponent) per tal que la intromissió no es consideri il·legítima.

Això no obstant, cal efectuar una precisió molt important, i és que dins l'àmbit dels mitjans d'entreteniment (“premsa rosa”; “premsa del cor”, “crònica social”, “premsa sensacionalista”), al qual m'he referit en les pàgines anteriors, la divulgació d'informacions, a diferència del què succeeix en altres tipus de mitjans, no suposa una automàtica consideració “d'intromissió il·legítima” en un dret de la personalitat per estimar la carència d'un interès informatiu general o rellevància pública de la informació¹⁶³.

Quan l'afectació a la intimitat té lloc a través de la imatge, a més, val a dir que la divulgació d'imatges en moments de la vida privada d'una persona podria arribar a veure's justificada per l'aplicació de l'art. 8.2, a) si la imatge de la celebritat afectada s'ha captat en un acte públic o en un lloc obert al públic, o bé per l'art. 8.2 c) LODH, si es considera que la persona afectada apareix en la imatge com a merament accessòria.

b) Valoració de la Sala Primera del Tribunal Suprem en relació al dret a la imatge.

Quan únicament es veu afectat el dret a la imatge, sense afectar-se els àmbits privats o íntims de la persona, el Tribunal Suprem es limita, generalment, a mirar si poden aplicar-se les excepcions de l'article 8 LODH. Com que ja he tingut oportunitat de referir-me a l'excepció de l'article 8.2 c), centro els dos següents apartats en l'explicació de l'excepció de l'art. 8.2 a) i 8.2 b).

¹⁶¹ Concretaré aquesta qüestió quan faci referència als “usos socials”.

¹⁶² Per totes, STS, 1ª, de 30.12.2010 (RJ 2011\1793; MP: Juan Antonio Xiol Rios), en la qual es publica informació privada d'una persona en relació als seus últims deu anys de vida.

¹⁶³ STS, 1ª, de 15.1.2009 (RJ 2009\1354).

4.9. La captació d'imatges de personatges públics en llocs públics. L'excepció de l'article 8.2 a) a l'art. 7.5 LODH

a) Requisits per a l'aplicació de l'art. 8.2 a)

L'art. 8.2 a) de la LODH disposa que el dret a la pròpia imatge no impedirà “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”.

L'aplicació de l'article 8.2 a) LODH com a causa de justificació d'una intromissió en la pròpia imatge requereix la concurrència dels següents *requisits*¹⁶⁴:

- Que es tracti de la captació, reproducció o publicació d'una imatge (el mitjà és irrellevant).
- Que la imatge reproduïda sigui la d'alguna de les persones que he qualificat com a “personatges amb projecció pública” als efectes d'aquest treball¹⁶⁵, a excepció que es tracti “d'autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesitan el anonimato de la persona que las ejerza” (últim paràgraf de l'art. 8.2 de la LODH).
- Que la imatge sigui captada durant un acte públic o en un llocs oberts al públic.
- L'ús de la imatge ha de respondre a una exigència pública d'informació, com a requisit exigít pel Tribunal Suprem¹⁶⁶. Això no obstant, cal recordar que aquest requisit es veu atenuat en l'àmbit de la “premsa del cor”, en el qual la falta d'interès públic no determina, de manera automàtica, que hagi tingut lloc una intromissió il·legítima.

Donada la controvèrsia que ha suscitat, en ocasions, la determinació de què ha de considerar-se “lloc obert al públic”, dedico un apartat a aquesta qüestió.

¹⁶⁴ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 127).

¹⁶⁵ En realitat, el text de la llei es refereix únicament a “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”, però aquest concepte s'ha interpretat de manera molt àmplia per la doctrina, com ja he tingut oportunitat d'exposar.

¹⁶⁶ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 127).

b) Què s'ha d'entendre per “lugares abiertos al público”?

La jurisprudència no ofereix ni aplica un concepte unívoc i uniforme de “lloc obert al públic”, a què es refereix l'art. 8.2 a) de la LODH, sinó que, al contrari, interpreta aquesta exigència legal de maneres diverses en funció de les circumstàncies del cas concret que ha de resoldre. El Tribunal Suprem operen, en aquest sentit, de manera inductiva més que deductiva, sense subjectar-se a unes regles generals que propicien una uniformitat de criteri, el qual desemboca a l'existència de molts pronunciaments contradictoris en els quals un mateix espai o emplaçament es qualifica unes vegades com a “lloc obert al públic” als efectes del citat precepte i, en altres, es contradiu aquesta qualitat. Una mostra d'això és, per exemple, el tractament de les imatges de personatges públics obtingudes en les zones comuns d'un hotel, que en algun cas s'han qualificat com a lloc privat o restringit, enfront el caràcter de lloc públic que se li atribueix en altres supòsits¹⁶⁷.

Després d'haver efectuat una lectura acurada dels pronunciaments de la Sala Primera del Tribunal Suprem, estic d'acord amb CASTILLA BAREA¹⁶⁸ quan comenta que, des del punt de vista de les possibilitats de captació legítima de la imatge d'una persona de notorietat sembla, doncs, que allò important és que l'espai en el que es troba aquesta persona en el moment en què és fotografiada sigui també accessible a altres individus amb els quals el dit personatge no guarda relació, i als quals no pot, per la seva sola voluntat, negar l'accés a aquest espai. Al contrari, si la persona notòria ha de suportar la presència simultània d'altres persones amb les quals no guarda relació, en aquest lloc, per més restringit que sigui l'accés, o més selecte sigui el grup de persones, haurà de considerar-se com a lloc obert al públic als efectes de l'art. 8.2 a) LODH¹⁶⁹.

A sensu contrario, s'ha definit el lloc privat o no obert al públic com aquell espai reduït, en el qual “no es permet l'accés del públic en general, ni tan sols mitjançant el pagament d'una entrada. En definitiva, és un lloc adequat per a desenvolupar la vida privada d'una persona¹⁷⁰. En aquesta definició hi encaixen, entre d'altres, espais com ara l'interior d'una finca

¹⁶⁷ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 300).

¹⁶⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 303).

¹⁶⁹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 303).

¹⁷⁰ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 303)

privada¹⁷¹ la coberta d'un vaixell¹⁷², l'interior un vehicle¹⁷³, o aquells espais que, tot i considerar-se generalment públics, es reserven per una ocasió concreta, permetent l'accés, en exclusiva, a un grup de persones determinat¹⁷⁴. Així mateix, el Tribunal Constitucional, en la resolució d'un recurs d'empara, ha considerat com a lloc privat la cel·la d'un centre penitenciari.

D'altra banda, la jurisprudència del Tribunal Suprem s'ha mostrat unànime en considerar la com a lloc obert al públic la via pública¹⁷⁵.

c) Espais de qualificació controvertida o variable¹⁷⁶

Si hi ha un espai que permet comprovar fins a quin punt la jurisprudència utilitza nocions variables, contingents, i contradictòries de l'expressió "lugar abierto al público" és la platja¹⁷⁷. D'altra banda, és inqüestionable que els establiments hotelers constitueixin llocs oberts al públic, però el règim d'accés a cada una de les dependències o instal·lacions del mateix pot ser variat i no reconduir-se a uns requisits unívocs i idèntics¹⁷⁸.

- Les platges

Les platges espanyoles són de domini públic i, per regla general, resulten accessibles per a qualsevol ciutadà, excepte que estiguin vetades pel públic, tal i com succeeix amb algunes que es troben en zones estratègiques de defensa – per exemple, les platges que envolten la base naval de Rota (Cadis)- o aquelles que, pel seu estat o configuració, representen un risc pels ciutadans i, en conseqüència, estan vetades al públic¹⁷⁹.

¹⁷¹ SSTS, 1ª, de 11.3.2009 (RJ 2009\1638; MP: José Almagro Nosete); de 8.7.2010 (RJ 2010\8002; MP: Juan Antonio Xiol Rios), en la qual es considera il·legítima la captació d'imatges des de l'exterior de finques privades utilitzant teleobjectius.

¹⁷² STS, 1ª, de 7.7.2004 (RJ 2004\5273), considera aquest espai com a privat, i declara la il·legitimitat de la intromissió en el dret a la pròpia imatge. En la foto apareixia una model molt coneguda prenent el sol a la coberta d'un iot privat. La imatge s'havia captat a gran distància mitjançant un teleobjectiu.

¹⁷³ STS, 1ª, de 13.11. de 2008 (RJ 2009\407; MP: Clemente Auger Liñán). Vehicle que, tot i estar situat a la via pública, en tractar-se d'altres hores de la matinada era aliena al transit de peatons.

¹⁷⁴ Són exemples el restaurant d'un hotel, STS 1ª, de 1.12..2010 (RJ 2011\1172; MP: Juan Antonio Xiol Rios); i un Castell que, generalment, permet l'accés del públic, STS, 1ª, de 27.12.2010 (RJ 2011\20; MP: Juan Antonio Xiol Rios).

¹⁷⁵ Veure, per totes, la ja citada STS, 1ª, de 15.1.2009 (RJ 2009\1354).

¹⁷⁶ Expressió que utilitza CASTILLA BAREA (2011, pàg. 305).

¹⁷⁷ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 305)

¹⁷⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàg- 317)

¹⁷⁹ CASTILLA BAREA (2011, pàg .317).

En conseqüència, sembla lògic considerar que la regla general hauria de ser la de considerar les platges com a llocs oberts al públic, el que tindria com a conseqüència jurídica immediata que, les persones amb projecció pública no podrien impedir l'ús de la seva imatge captada en aquest espai, ja que seria aplicable l'excepció de l'art. 8.2 a).¹⁸⁰

Això no obstant, en la combinació de “personatge públic-platja”, la solució no sempre resulta coherent amb la regla enunciada. Els nostres tribunals venen dispensant tres tractaments diferents a la captació i la difusió de les imatges captades de persones amb projecció pública en les platges: algunes sentències consideren sense pal·liatius que la platja és un lloc públic, i apliquen l'art. 8.2 a); algunes matisen el caràcter públic de platja, negant que tingui el caràcter de lloc obert al públic en tots els casos i, per tant, no apliquen l'art. 8.2 a); i, per últim, hi ha pronunciaments que, tot i donar per descomptat que la platja és un lloc públic, busquen raons de tot tipus per a protegir el dret a la pròpia imatge, que consideren que han de prevaldre sobre l'aplicació de la norma citada¹⁸¹.

En primer lloc, la qualificació de platja com “un lugar indubtablemente abierto al público”, en aquests concrets termes, ha prevalgut en les dues resolucions a les quals ja he tingut oportunitat de referir-me, relatives al “caso de las fotos del ex Ministro de fomento junto a su compañera sentimental”. La primera sentència, la STS, 1ª, de 7.10.2009 (RJ 2009\4605) `FJ 2] declara aplicable l'excepció a l'art. 7.5, declara que “el hecho transmitido [...] tuvo lugar en sitios públicos, pues este carácter lo tienen [...] o la playa en la que se tomaron parte la myor parte de las imágenes”, argument que reitera la STS, 1ª, de 16.11.2009 (RJ 2010\660)¹⁸².

La mateixa idea es reflecteix en altres sentències, com la STS, 1ª, de 12.6.2009 (RJ 2009\3392) [FJ 3]¹⁸³, en la qual es destaca el “carácter de lugar abierto al público y normalmente concurrido de la playa ibicenca en la que estaba la demandante cuando se tomaron las fotografías”.

En aquesta última sentència citada es fa referència a un element clau, el caràcter de platja concorreguda. I és que la següent tendència jurisprudencial consisteix en distingir entre

¹⁸⁰ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 304 305).

¹⁸¹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 307).

¹⁸² CASTILLA BAREA (2011, pàg. 307-308) es refereix també a aquestes sentències.

¹⁸³ Per totes. CASTILLA BAREA també es refereix a aquest cas. Es tractava, en aquell supòsit, de les fotografies en top-less de la Miss Espanya 1995.

platges concorregudes i platges escassament freqüentades (per diverses raons)¹⁸⁴. En concret, aquestes últimes es consideren, per la jurisprudència “lugar público pero recóndito”¹⁸⁵, i no es consideren “lugares abiertos al público” als efectes de l’art. 8.2. a). L’argument que s’ha esgrimit en les sentències que efectuen aquest matís és que lloc obert al públic s’ha d’interpretar de manera finalista, i no literal, de manera que “ [...] no cabe entender como ‘lugar abierto al público’ todo aquél al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado -como, en el caso-una plaza recóndita- sino el que resulta de uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada”¹⁸⁶. En tots aquests casos en els quals els demandants es troben en “lugares públicos pero recónditos”, es dóna la particularitat, a més, que les imatges captades en aquests topus d’espais reproduïxen nus parcials o integrals dels personatges públics retratats, el qual podria fer-nos qüestionar si la il·licitud de les imatges no s’hauria d’haver analitzat des del punt de vista del dret a la intimitat (si procedís)¹⁸⁷.

En qualsevol cas, cal remarcar que aquesta última jurisprudència no té suport legal, sinó que constitueix una manera de matissar, pel Tribunal Suprem, el caràcter públic de la zona costera en la qual es capten les imatges, per no contradir manifestament la literalitat del precepte¹⁸⁸.

Per últim, faig referència a un tercer grup de casos en els quals, tot i que no es desmenteix el caràcter públic de la platja en el qual s’obtenen les imatges, s’argumenten que hi ha altres raons que pesen més que el caràcter públic de l’espai, i que han de sobreposar-se al mateix, com són la naturalesa privada de les imatges o bé la manera com s’han obtingut o el seu origen¹⁸⁹. És el cas, per exemple, de la STS, 1ª, de 24. 7.2012 (RJ 2012\8371), en la qual es declara no provat el caràcter de platja privada, es considera que la mala praxis del fotògraf, consistent en la captació furtiva de fotografies en un lloc buscat expressament per a preservar la imatge, comporta la il·licitud de la captació i publicació de les fotografies. La conseqüència d’això, doncs, és la ignorància de l’art. 8.2 a).

¹⁸⁴ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 309).

¹⁸⁵ CASTILLA BAREA, (2011, pàg. 309). Expressió que s’utilitza en la ja citada STS, 1ª, de 12.6.2009 (RJ 2009\3392; MP: Francisco Marín Castán) [FJ 3], entre d’altres.

¹⁸⁶ Per totes, veure STS, 1ª, de 28.11.2008 (RJ 2009\ 1352; MP: Antonio Salas Carceller).

¹⁸⁷ Arribo a la mateixa conclusió que CASTILLA BAREA (2011, pàg. 312).

¹⁸⁸ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 312).

¹⁸⁹ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 313).

- Els establiments hotelers

En cas dels establiments hotelers, el grau de reserva i accessibilitat pel públic en general és diferent en funció de la dependència de l'hotel que es consideri, i això determinarà que, a la vegada, cada una de les parts del dit establiment pugui considerar-se com a lloc obert al públic, o no, en funció de les possibilitats d'accés a elles que, per una col·lectivitat indeterminada de persones existeixi.

Així, mentre que a la STS 1^a, de 11 de novembre de 2004 (RJ 2004\660), s'emfatitza el caràcter privat del recinte en el qual s'havien captat les fotografies, per tractar-se de l'habitació mateixa i, per tant, no resulta d'aplicació l'art. 8.2 a), en les dues sentències del cas del "ex Ministro de fomento junto a su compañera sentimental", que he citat en nombroses ocasions, es considera com a lloc obert al públic la terrassa d'un hotel.

d) Els actes públics

L'acte públic s'ha definit com aquell que poden presenciar altres persones, que estan interessades en la comunicació que s'efectua en el mateix; de manera que, en tot acte d'aquesta naturalesa caldria distingir les persones que poden constituir el focus d'atenció i les demés, que es limiten a presenciar el què allà succeeix¹⁹⁰.

La Sala Primera ha qualificat com a acte públic, per exemple, una roda de premsa convocada per un Comissari del cos Nacional de Policia per informar de certes actuacions policials¹⁹¹. D'altra banda, rebutja la consideració d'acte públic d'un bateig limitat a l'àmbit familiar¹⁹², o d'una boda a la qual només es pot accedir amb invitació personal¹⁹³.

¹⁹⁰ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 298).

¹⁹¹ STS, 1^a, de 17.2.2009 (RJ 2009\1872; MP: Juan Antonio Xiol Rios),

¹⁹² STS, 1^a, de 30 12 2010 (RJ2011 \1796; MP: Juan Antonio Xiol Rios).

¹⁹³ STS, 1^a, de 27.12.2010 (RJ2011\ 20; MP: Juan Antonio Xiol Rios).

4.10. La caricatura

a) Consideracions generals

L'art. 8.2 b) de la LODH, en referència les persones anomenades en l'apartat anterior (i que cal interpretar en sentit ampli), estableix que “en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social”.

Si la llibertat d'informació es considera com a principal justificació de l'excepció continguda en la lletra a) de l'art. 8.2 de la LODH, en el cas de la lletra b) del mateix precepte, aquest paper correspon a la llibertat d'expressió, consagrada per la CE en l'art. 20.1 a). Es considera que els personatges públics, en cap cas els personatges privats la caricatura dels quals no queda legitimada, han de suportar que els demés opinin sobre les seves actituds i conductes, sempre que aquestes opinions no vulnerin altres drets fonamentals com l'honor o la intimitat. I, així, el propi Tribunal Constitucional ha destacat l'ús de la caricatura per la crítica social o política, basat en la burla i la ironia, i la seva contribució a la formació d'un sistema democràtic lliure com a manifestació de la llibertat d'expressió¹⁹⁴.

b) Concepte i requisits: deformació intencionada i adequació als usos socials

Havent assumit que la caricatura és una representació visible i recognoscible de la figura humana, però deformada per una finalitat satírica, humorística o de crítica social, la jurisprudència ve manejant un concepte ampli de caricatura que s'adapta a la profusió de mitjans tècnics que en l'actualitat existeixen per a generar una imatge distorsionada d'una persona¹⁹⁵, però exigint, en tot cas, que el resultat es mostri de manera clara i evident com una deformació intencionada dels trets de la persona caricaturitzada, sense que pugui donar-se una confusió sobre la autèntica forma i essència de l'aspecte i identitat de la persona.

¹⁹⁴ CASTILLA BAREA (2011, pàgs. 341 i 342).

¹⁹⁵ CASTILLA BAREA (2011, pàg. 342) diu que la STS, 1ª, de 7.3. 2006 (RJ 2006, 1579; MP: Francisco Marín Castán) precisa que “en cuanto al concepto de ‘caricatura’, es cierto que su primera acepción en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, como ‘dibujo satírico en el que se deforman las facciones y el aspecto de alguna persona’, puede resultar un tanto estrecha, a los efectos de la aplicación de la Ley Orgánica 1/82 de acuerdo con la realidad social, si por limitarla a los dibujos se excluyen las composiciones o montajes fotográficos, pues la acelerada expansión de la fotografía digital y de los programas informáticos de tratamiento de la imagen, hasta llegar a su actual divulgación al alcance del gran público, es un factor determinante de que, en el ámbito jurídico, no sean en absoluto descartables las caricaturas mediante composiciones fotográficas[...]”.

En aquest sentit, la STS, 1ª, de 7.3. 2006 (RJ 2006, 1579; MP), en pronunciar-se sobre el fotomuntatge que mostrava el rostre d'una senyora molt en el món de la premsa rosa, unit al cos semidespullat d'una model, insertat en el context d'una espècie de concurs per als lectors, descarta l'aplicació de l'art. 8.2 a) LODH, per no existir una deformació dels trets de la persona: “en el fotomontaje publicado el rostro era el de la demandante sin deformación alguna, es decir, sus facciones, el elemento por el que más identificable es una persona, y el cuerpo semidesnudo era el de otra mujer, por ende tampoco deformado ni ridiculizado sino, lejos de ello, conjuntado con el rostro de la demanante de un modo tan perfecto que los dos elementos de la composición parecían pertenecer a una misma persona [...]”¹⁹⁶.

Finalment, quant al requisit que la caricatura s'adeqüi als usos socials, tot i que la doctrina ha denunciat la imprecisió de la noció i la inseguretat jurídica que provoca la possibilitat d'interpretar-la de manera canviant¹⁹⁷, la jurisprudència ha anat interpretant l'adequació a l'ús social com allò que no injúria, difama o desmereix la consideració pública del protagonista de la caricatura¹⁹⁸.

c) Caricaturització de personatges mitjançant la deformació de la veu

Cal fer referència a aquells casos en què allò que es veu distorsionat no es la imatge, sinó la veu de personatges amb projecció pública, de la manera que sigui. En general, el Tribunal Suprem ha considerat que, si el vídeo resultant es percep clarament com a irreal i distorsionat en relació al què seria originari, i les imatges s'adeqüen als usos socials en el sentit explicat anteriorment, la intromissió no és il·legítima¹⁹⁹.

Per últim, s'ha de tenir en compte si la publicació de dades o la captació i/o difusió de fotografies està justificada pels usos socials, o hi ha base per a sostenir que l'afectat va

¹⁹⁶ Pot veure's, també, en aquest sentit, la STS, 1ª, de 20 .7.2011 (RJ 2011\6138; MP: Juan Antonio Xiol Rios).

¹⁹⁷ Castilla Barea comenta que alguns autors diuen que la referència a l'ús social té els seus riscos, perquè les intromissions en els drets de la personalitat dels personatges públics que tenen lloc en alguns mitjans de comunicació. Provoca que socialment comencin a veure's normals conductes que de cap manera poden veure's emparades per Dret. Per altres autors, segons CASTILLA BAREA, el problema de l'adequació als usos socials és que pot suposar una limitació gravosa de la llibertat d'expressió.

¹⁹⁸ Veure, per exemple, els FFJJ 3 i 4 de la STS, 1ª, de 7.3. 2006 (RJ 2006, 1579); i el FJ 4 de la STS, 1ª, de 20.7.2011 (RJ 2011\6138). En ambdós casos es considera il·legítima la intromissió a la pròpia imatge; en la segona resolució es considera afectat, a l'hora el dret a l'honor.

¹⁹⁹ SSTS, 1ª, de 17.12.2010 (RJ 2011\1556; MP: Juan Antonio Xiol Rios); i de 17.2.2009 (RJ 2009\1872; MP: Juan Antonio Xiol Rios).

adoptar pautes de comportament en relació al seu àmbit íntim que permeti entendre que, a causa dels seus propis actes, aquell àmbit ja no pot considerar - se reservat.

4.11. La justificació de la intromissió pels usos socials o pels actes propis

Per últim, el Tribunal Suprem té en compte si la publicació de dades o la captació i/o difusió de fotografies està justificada pels usos socials, o hi ha base per a sostenir que l'afectat va adoptar pautes de comportament en relació al seu àmbit íntim que permeti entendre que, a causa dels seus propis actes, aquell àmbit ja no pot considerar - se reservat.

Tot i que per mesurar la proporcionalitat, en realitat, també es tenen en compte usos socials (per exemple, en la determinació de què és considera íntim per la seva pròpia naturalesa) i els actes propis (aquests determinen que, per molt íntim que es consideri un àmbit, si no s'ha mantingut reservat, deixa de considerar-se com a tal a efectes legals), el Tribunal Suprem, en les resolucions, se sol dedicar, igualment, un apartat independent a l'aplicació d'aquest aquests dos paràmetres²⁰⁰.

a) La justificació pels usos socials

En primer lloc, quant als usos socials, generalment, en els pronunciaments, no s'efectuen extenses referències a aquests, i, quan se'n fan, aquestes són, molts cops, equívocues, o poc clares. Em referiré, però, a les afirmacions més habituals sobre els usos socials i, després, resumiré en quins àmbits podrien afectar, els usos socials, a la tutela dels drets a la intimitat i a la pròpia imatge²⁰¹:

- A través dels usos socials s'intenta adequar la protecció dels drets a l'honor, a la intimitat, i a la pròpia imatge a les conviccions socials imperants en cada moment. Allò que no és considerat socialment lesiu, tampoc ho hauria de ser judicialment.

²⁰⁰ Mentre que de la redacció l'article. 2.1 LODH²⁰⁰ podria inferir-se, que els usos socials i els actes propis configuren un sol criteri delimitador, del Preàmbul de la Llei pot deduir-se que es tracta de dos criteris diferents: a través dels usos socials es pretendria que els drets tractats quedessin determinats de manera decisiva per les idees que prevalguin en la societat; mentre que els actes propis permetrien delimitar els drets de l'article 18.1 CE atenent al propi concepte que cada persona, segons els seus actes propis, mantingui al respecte, i determini les seves pautes de comportament. La doctrina, a més, sol tractar aquests dos criteris de manera independent

²⁰¹ Seguint les consideracions de GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 56).

En relació això, per exemple, pot dir-se, per exemple, que els tribunals han assumit, respecte de les imatges de dones en “top-less”, en la ja citada STS, 1^a, de 12.6.2009 (RJ 2009\3392)²⁰² [FJ 4] que, si ciertamente está admitido por los usos sociales disfrutar de la playa sin la parte superior del biquini, la consecuencia lógica no puede ser que se ilícita la imagen de quien así es fotografiada sin su consentimiento”. I, en canvi, respecte a les fotografies de persones despullades, la STS, 1^a, de 14.3.2011 (RJ 2011\2770) [FJ 4] que “[...]la jurisprudencia de esta Sala que, en materia de protección del derecho fundamental a la propia imagen, se caracteriza por su rigor al considerar ilegítima la publicación no consentida de la imagen de una persona desnuda o semidesnuda incluso cuando se trate de un personaje público y aun cuando si hubiera mediado consentimiento para la mera captación de la imagen, pues el pudor sigue siendo un sentimiento socialmente estimable”.

- D'altra banda, essent cert que el contingut dels drets a l'honor, intimitat i pròpia imatge pot ser modulats pels usos socials, els usos socials no poden justificar una agressió d'aquests drets. És a dir, el fet que una determinada conducta agressora dels drets de la intimitat i la pròpia imatge es repeteixi de manera contínua en la societat, no pot quedar, *per se*, legitimada per la via dels usos socials.

En relació a això últim, sembla que la jurisprudència no hagi establert un criteri prou uniforme sobre si, el fet d'estar socialment acceptat que, en determinats mitjans de comunicació indaguin contínuament en la vida privada dels famosos, ha de justificar, també, la seva acceptació, també, des d'un punt de vista legal. Per exemple, mentre que en la STS, 1^a, de 24.7.2008 (RJ 2008\4628) [FJ 3] es diu que “los usos sociales no justifican indagar-fisgar-en los asuntos que pertenecen a la esfera exclusiva de otros y divulgar su resultado con el fin de satisfacer la curiosidad o el chismorreo de los consumidores de este tipo de revelaciones o comentarios”, en la STS, 1^a, de 25.2.2011 (RJ 2011\2484) [FJ 4], s'estableix que “la información publicada tenía interés público, que es el interés propio de los medios pertenecientes al género de entretenimiento, plenamente admitido por los usos sociales, para el que puede ser noticia el físico de una reconocida actriz o su top-less.

²⁰² Per totes.

Sigui com sigui, la idea és que els usos socials no poden legitimar efectes contraris a l'Ordenament Jurídic²⁰³.

Per últim, és precís detallar que els usos socials poden incidir en la tutela dels drets l'honor, la intimitat i la pròpia imatge en un doble sentit²⁰⁴:

- A delimitar, a priori, “què ha de considerar-se injuriós” i “què no”, i quines informacions pertanyen a l'estricta àmbit de la intimitat, i quines no”; per tant, incideixen en la idea “d'intromissió” en si.
- Poden ajudar a delimitar certs conceptes, com ara la crítica acceptable, la rellevància pública d'una informació, les persones públiques o notòries, etc. Per tant, també incideixen en la “legimitat” o “il·legimitat” de la intromissió.

b) La justificació pels actes propis o el propi consentiment

En relació als actes propis, la Sala Primera del Tribunal Suprem ha dit, constantment, que “la esfera [...] de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva [...] por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento [...]”²⁰⁵.

Al mateix temps, els pronunciaments assenyalen, sovint, que “ [...] aunque dichas personas (persones amb notorietat) ven reducida su esfera de intimidad, más allá de este ámbito abierto al conocimiento de los demás su 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 de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad [...]”²⁰⁶.

O en altres paraules, “ El goce de notoriedad pública, y el hecho de que se hubiera publicado con anterioridad la revelación de aspectos concretos propios de la vida personal, no privan al afectado de la protección de estos derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de

²⁰³ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 57).

²⁰⁴ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 58).

²⁰⁵ GRIMALT SERVERA (2007, pàg. 59).

²⁰⁶ Per totes, STS 1ª, de 6.11. 2003 (RJ 2003\8268; MP: Jesús Corbal Fernández) [FJ 3].

actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia”²⁰⁷.

La regla general és, que l'esfera de l'àmbit íntim ve determinada pels actes - substancials i continus - de cadascú. Aquells àmbits que, pels propis actes de la persona no s'hagin mantingut reservats, ja no formen part de la intimitat de la persona i podran ser indagats de manera legítima. En canvi, fora d'aquests, la intimitat roman intacta, i qualsevol intromissió, per poder-se considerar legítima, hauria d'emparar-se en un interès públic molt significatiu²⁰⁸. En relació als actes propis, vull efectuar les següents precisions, assenyalades per la doctrina²⁰⁹:

- Amb els “actes propis” es pretén protegir la confiança que el titular dels drets ha generat en tercers. La idea seria la següent, sens perjudici de posteriors matizacions: qui tolera actes d'intromissió en la seva vida privada, per exemple, de manera habitual, suscitant en els tercers la confiança raonable d'una determinada configuració personal de l'esfera íntima, no pot després sorprendre aquests tercers exigint un respecte determinat, com si l'esfera fos diferent.
- Això no obstant, com ha posat de manifest algun autor, els “actes propis” no poden servir com a fonament per “superar” la idea d'irrenunciabilitat dels drets a l'honor, intimitat, i pròpia imatge (art. 1.3 LODH).
- En principi, la inactivitat d'una persona davant de possibles atacs al seu honor, intimitat o pròpia imatge no poden servir, sense més, per justificar agressions ulteriors.
- Davant d'una determinada situació o conducta d'una persona, els actes anteriors o coetanis relacionat amb aquesta conducta o situació poden ser un indicatiu de la intenció d'aquesta persona de mantenir, o no, aquesta conducta en l'àmbit de la intimitat.

²⁰⁷ Veure, per totes, la STS, 1ª, de 29.7.2011 / (RJ 2011\6287; MP: Juan Antonio Xiol Rios) [FJ 7].

²⁰⁸ Amb les particularitats que podrien donar-se en l'àmbit de la premsa i televisió del cor, fonamentades en els usos socials, que, tanmateix, em semblen de qüestionada legitimitat.

²⁰⁹ GRIMALT SERVERA (2007, pàgs. 59-61).

4.12. La reparació del dany o tutela judicial

a) Consideracions generals

L'article 9.2 LODH disposa que "la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados".

D'entre tots aquests remeis previstos legalment, centraré la meua exposició en la condemna a indemnitzar els perjudicis causats, la qual és la que té més rellevància pràctica d'acord amb el què he pogut observar.

Abans de tot, cal recordar que l'existència d'un perjudici es presumeix sempre que s'acrediti la existència d'una intromissió il·legítima, d'acord amb l'art. 9.3 LODH. D'altra banda, tot i que la doctrina es troba dividida quant a la naturalesa jurídica de la responsabilitat civil derivada de la LODH, si bé alguns autors consideren que la responsabilitat de la LODH és una responsabilitat objectiva, i d'altres, subjectiva, en la STS, 1^a, de 24.7.2012 (RJ 2012\8371), relativa al famós cas de les fotos obtingudes per *Interviú* d'una model en top- less de manera furtiva, i la seva consegüent publicació, pot llegir-se, en paraules de l'Excm. Senyor Juan Antonio Xiol Rios, que "en relación con el artículo 65.2 de la Ley de Prensa, de 18 de marzo de 1966, la STS de 17 de marzo de 2004 concluye que ' la responsabilidad civil por vulneración de los derechos fundamentales regulada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo [...] se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad como se pone de manifiesto en la descripción de las distintas conductas infractoras que se recogen en su articulado; en las que se pone de manifiesto la necesidad de la concurrencia de una intencionalidad dirigida a la publicación o divulgación de la noticia o información, tanto escrita como gráfica' "

Dit això, i tenint en compte tant la proximitat en el temps de la sentència, com el fet que és l'únic fragment d'una resolució en la qual he observat que Tribunal Suprem es pronuncia sobre la naturalesa jurídica de la responsabilitat civil de la llei, parteixo de la idea que la responsabilitat és subjectiva.

b) La valoració del dany

En la LODH s'estableixen tres criteris a partir dels quals valorar el dany moral fruit d'una intromissió il·legítima en els drets a l'honor, a la intimitat personal i familiar o a la pròpia imatge²¹⁰.

- La gravetat de lesió efectivament produïda. La llei diu que, en cada cas, es tindrà en consideració la difusió o audiència del mitjà a través del qual s'hagi produït.
- Les circumstàncies del cas. Les circumstàncies del cas i la gravetat de la lesió són dos criteris distints, tot i que el criteri "la gravetat de la lesió" pot integrar-se en el criteri "circumstàncies del cas": per tant, és fàcil arribar a la conclusió que aquest últim criteri ha d'estar integrat per circumstàncies que no serveixin per delimitar la gravetat de la lesió.
- El benefici obtingut pel causant del dany.

En qualsevol cas, cal especificar que la indemnització prevista en l'art. 9 LO 171982 no té una funció sancionadora o exemplaritzant²¹¹.

c) La revisió cassacional del quantum indemnitzatori

En les sentències que he tingut oportunitat de llegir, contínuament, que la valoració del dany causat es deixa a criteri dels Tribunals d'Instància, i que no és susceptible de ser impugnada en cassació. I això és així en tant que es tracta d'un supòsit fàctic- el perjudici-, que deriva d'uns fets concrets- base fàctica-, degudament qualificats – base jurídica²¹². Ara bé, com ha dit la STS, 1^a, de 15.7.1995 (RJ 1995\6011), i bé és cert que la reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Suprem té establert que la fixació del "quantum" és atribució dels jutjats d'instància, cosa que fa que, en general, quedi exclosa la revisió cassacional del "quantum indemnitzatori", en no ser, la cassació, una nova instància, també és cert que, en matèria d'intromissió il·legítima dels drets de la personalitat, l'art. 9.3 LODH marca unes pautes valoratives - la base jurídica-, que, si no es tenen en compte per la sentència d'instància, o

²¹⁰ Veure, pels tres, GRIMALT SERVERA (2007, pàg.145).

²¹¹ A la part de conclusions dono la meua opinió al respecte.

²¹² HERNANDEZ FERNANDEZ (2009, pàgs. 275-276).

s'han tingut en compte de manera clarament arbitrària, inadequada, o irracional, podran ser revisades en cassació, de manera excepcional i, per tant, podrà modificar-se la quantia indemnitzatòria. Igualment succeeix en els casos en què l' import de la indemnització es considera excessiu^{213,214}.

És per això que, el Tribunal Suprem ha mantingut, generalment, la quantia fixada en primera instància o apel·lació, de considerar-se vulnerats els mateix/os drets que en instància, ha modulada la quantia quan ha apreciat una vulneració en drets diferents, o, en casos realment molt excepcionals, ha revisat efectivament les bases jurídiques de la determinació del quantum per algun dels motius expressats en el paràgraf anterior²¹⁵.

d) Indemnitzacions concedides en cada cas (*VEURE ANNEX).

²¹³ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2009, pàg. 276)

²¹⁴ En gairebé totes les sentències en què s'al·lega, com a motiu de cassació, la infracció de l'art. 9.3 LODH, es reproduïx el fragment següent: "Esta sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba[...]sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción [...] o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum"; per exemple, STS, 1^a, de 27.12.2010 (RJ 2010\20) [FJ 6].

²¹⁵ Veure, per aquest últim supòsit, la 27.12.2010 (RJ 2010\20) [FJ 6].

5. Conclusions

Els drets de l'art. 18.1 CE són tres drets, des d'un punt de vista constitucional, formalment autònims: tenen un objecte i contingut essencial propi i diferenciat. Això no significa, però, que donada la seva relació material evident, no puguin donar-se vulneracions simultànies en dos d'ells, o en tres, per via d'un sol acte.

Si he dedicat una extensa part del treball a fer una exposició dels drets des del punt de vista constitucional, és perquè la interpretació i delimitació dels drets fonamentals que efectua el Tribunal Constitucional té importants efectes en la seva protecció civil: la interpretació del Constitucional en matèria de drets fonamentals vincula a tots els tribunals ordinaris, de manera que incideix, necessàriament, en cada litigi, en la observança d'intromissions il·legítimes en la intimitat i/o la imatge i, en conseqüència, en la determinació o modulació del quantum indemnitzatori.

El principal desenvolupament de l'art. 53.2 CE en relació a l'art. 18.1 CE el constitueix la LODH. Es tracta d'una llei de naturalesa reparadora, no sancionadora o repressiva, que presumeix l'existència d'un perjudici (dany moral o material), i que no està clar que requereixi culpa per tal de fer responsable a algú dels danys.

La LODH estableix, en el seu article 7, un llistat d'intromissions (*numerus apertus*) que poden donar-se en relació a la intimitat i a la imatge, així com algunes excepcions a les mateixes (art. 8 LODH). L'article 7, doncs, no esgota les possibles agressions dels drets a la intimitat i a la pròpia imatge. De fet, si es compara l'abast que el Tribunal Constitucional ha donat als drets de l'honor, la intimitat personal i familiar, i la pròpia imatge, es veu clarament que és molt més ampli que el que pot deduir-se de l'article 7 LODH.

D'altra banda, és del tot imprescindible acudir a la jurisprudència per tal d'observar com es configuren els drets a la intimitat personal i familiar i la pròpia imatge quan col·lisionen amb la llibertat d'expressió i d'informació. La llibertat d'expressió i d'informació té, en *abstracte*, major pes que els drets a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, i encara més quan qui l'exerceix són els professionals dels mitjans de comunicació.

Això no obstant, la llibertat d'expressió i d'informació, com és natural, no preval en tots els casos. A banda de mesurar el pes en abstracte de cada dret, el Tribunal Suprem realitza, cas per cas, un anàlisi del pes *relatiu* que té cada dret en cada controvèrsia. Els criteris que utilitza per dur a terme aquesta ponderació són, en primer lloc, una valoració de l'interès públic de les informacions divulgades. En segon lloc, una valoració de la veracitat de la informació, tot i que és important remarcar que la concurrència de la veracitat no és un factor determinant, sinó un presupòsit en tots els casos en què la intimitat es veu agredida, així com també és pressupòsit, generalment en relació a la imatge. En canvi, el requisit de la veracitat opera de manera diferent en relació a l'honor, àmbit en el qual la veracitat de la informació pot ser determinant. En molts supòsits objecte de controvèrsia s'examina a més, si l'afectació de tercers persones està justificada per funcionar com a "accessòria" de la informació que s'intenta transmetre. Així mateix, en tots i cadascun dels casos es valora en quina mesura es veu sacrificada la intimitat en relació als drets de la llibertat d'informació, tenint especialment en compte la naturalesa íntima de les informacions divulgades, si pot aplicar-se alguna de les excepcions de l'art. 8 LODH i, finalment, si la intromissió pot veure's justificada pel que s'anomena "usos socials" o "actes propis". En conclusió, doncs, el Tribunal Suprem aplica aquests 5 paràmetres en cada cas que resol, a fi de determinar si ha de prevaldre la llibertat d'informació i/o informació, o bé els drets de l'art. 18.1 CE.

Amb tot, finalment puc concloure que, ni és cert que les persones amb notorietat pública, al contrari del què molts poden pensar, estan mancades dels drets a la intimitat i a la imatge, ni tampoc ho és que la llibertat d'informació i d'expressió emparin tot tipus de continguts, encara que puguin semblar d'interès públic (al menys per algun tipus de mitjans, com pels programes, premsa, i ràdio d'entreteniment).

Per últim, m'agradaria fer una crítica en relació al problema que, des del meu punt de vista, comporta l'existència d'un règim de tutela judicial de caràcter merament reparador, i no, alhora, sancionador o repressor. Mentre l'única conseqüència de les intromissions il·legítimes dutes a terme per part dels mitjans de comunicació, generalment de caràcter frívol i sensacionalista, sigui la mera satisfacció d'una quantitat de diners en concepte d'indemnització per danys fixada en proporció als beneficis derivats de la intromissió il·legítima (la quantia és sempre menor als beneficis totals obtinguts), aquests mitjans continuaran tenint clars incentius per continuar lucrant-se emprant unes conductes que, tot i acceptar-se pels usos socials, són, la majoria de cops, plenament il·legals.

6. Bibliografia

6.1.Taula de sentències

**Veure Annex

6.2.Monografies

- Margarita CASTILLA BAREA (2011), *Las intromisiones legítimas en el Derecho a la Propia Imagen*, Aranzadi, Cizur Menor.
- José Ramon DE VEDRA Y VEAMONTE (2011), *El dercho a la intimidad desde todos los puntos de vista*, Aranzadi, Cizur Menor.
- José GARBERÍ LLOBREGAT (2007), *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Bosch, Barcelona.
- Pedro GRIMALT SERVERA (2007), *Protección Civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid.
-
- Abelardo HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2009), *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*, Colex, Madrid
- Luis Javier MIERES MIERES (2002), *Intimidad Personal y Familiar*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Amelia PASCUAL MEDRANO (2003), *El derecho fundamental a la Propia Imagen*, Aranzadi, Cizur Menor.

6.3. Articles en publicacions periòdiques:

- Marc CARRILLO (2008) “La intimidad, las celebridades y el derecho a la información”, DIARIO LA LEY, núm. 23107/2008.

- Maria de los Angeles Zurilla Cariñana (2012) “Debate político, prensa rosa y telebasura en la jurisprudencia reciente”, ARANZADI CIVIL-MERCANTIL núm. 11/2012.

