

### **III. Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet**

Esperanza Gómez Corona

Profesora contratada doctora de Derecho constitucional

Universidad de Sevilla

#### **Resumen:**

*La revolución que ha supuesto en el mundo de la comunicación la aparición de Internet nos obliga a reelaborar algunos de los conceptos tradicionales que ya no responden de manera adecuada a los problemas que plantea la comunicación en la red. En este sentido, las libertades comunicativas, encuentran un ámbito en el que pueden ejercerse de manera casi ilimitada. Los condicionantes materiales a la comunicación prácticamente han desaparecido y un simple teléfono móvil permite enviar fotos, vídeos o texto, que de manera instantánea pueden llegar a un número ilimitado de personas. Sin embargo, al mismo tiempo, el desarrollo de la tecnología pone en riesgo esas mismas libertades, que se ven amenazadas por sofisticados sistemas de control de la información.*

*Este cambio de escenario, que permite la comunicación y transferencia instantánea de datos con cualquier parte del mundo, nos obliga a repensar los términos en que deben desenvolverse las libertades comunicativas, que tendrán que ser analizadas y garantizadas desde estas nuevas coordenadas. La necesaria redefinición de las categorías clásicas exige a su vez una reinención de los límites tradicionales de las libertades comunicativas. Entre estos límites, ha cobrado especial protagonismo el estudio de la intimidad en el ciberespacio y, profundamente ligado a él, el derecho de autodeterminación informativa, construido a partir del 18.4 CE. Ambos están acaparando todo el protagonismo en cuanto a los límites de las libertades comunicativas en este nuevo escenario.*

*Menos habitual resulta el análisis de las posibilidades del derecho a la propia imagen como límite en el contexto virtual. No es de extrañar si tenemos en cuenta la escasa operatividad de este derecho fundamental como freno frente a la actividad de los medios de comunicación tradicionales.*

*La relativa novedad de este derecho no ha permitido aún que el mismo desarrolle todo su potencial en tanto que derecho fundamental. Puede que ello explique la escasa atención que se está prestando a la reflexión sobre este derecho fundamental en el contexto virtual.*

*Sin embargo, asistimos aun auge sin precedentes de lo audiovisual y la imagen ha desplazado a la palabra. La definición del papel del derecho fundamental a la propia imagen resulta esencial para poner freno a aquellas actividades que amparándose en las libertades comunicativas, excederían su ejercicio por vulnerar un derecho de rango fundamental. Antes de ello, conviene aproximarse al propio contenido y alcance de este derecho fundamental.*

**Palabras clave:** *Derecho fundamental a la propia imagen, intimidad, protección de datos, nuevas tecnologías, Internet.*

## **1. El derecho a la propia imagen en la Constitución española**

La Constitución Española en su artículo 18.1 establece que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”. A pesar de la alusión al derecho en singular, el constituyente español estaba consagrando de manera expresa y autónoma el derecho fundamental a la propia imagen, lo que además de resultar una novedad en nuestra historia constitucional, constituye una rareza en el Derecho Constitucional comparado<sup>514</sup>.

Este carácter autónomo ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones: “se trata de un derecho autónomo que dispone de un ámbito específico de protección (...)”<sup>515</sup>.

---

<sup>514</sup> Sólo Portugal lleva la protección de la propia imagen a su norma fundamental y lo hace en la reforma de 1982 por lo que, en contra de la opinión más extendida, no sería el texto portugués el que influiría en el constituyente español sino a la inversa. Tampoco los textos internacionales recogen este derecho fundamental. No lo hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, lo que parece lógico dada la fecha de su aprobación; pero tampoco la mucho más reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

<sup>515</sup> SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. Tercero; 99/1994, de 11 de abril, F.J. Quinto; 81/2001, de 26 de marzo, F.J. Segundo y 139/2001, de 18 de junio, F.J. Cuarto, entre otras.

Carácter autónomo que no empece, sin embargo, su estrecha conexión con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad:

“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”<sup>516</sup>.

Esta estrecha relación tiene su reflejo en la definición de su objeto, que estaría conformado, según la jurisprudencia constitucional, por “el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal y en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”<sup>517</sup>.

En lo que respecta a su contenido, el Tribunal ha considerado que “la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o la difunde”<sup>518</sup>.

La alusión a la obtención o captación, reiterada cada vez que se ha pronunciado sobre este derecho fundamental, amplía su radio de acción hasta el extremo de incluir en su ámbito de protección la mera captación de la imagen sin el consentimiento del titular. Este hecho ha sido duramente criticado por la doctrina que no ve razones para penalizar la mera captación<sup>519</sup>, hecho que no encuentra parangón en el Derecho comparado<sup>520</sup>.

---

<sup>516</sup> STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. 2º.

<sup>517</sup> STC 99/1994, de 11 de abril, F.J. 5º.

<sup>518</sup> SSTC 81/2001, 26 de marzo, F.J. 2º, 139/2001, de 18 de junio, F.J. 4º, entre otras.

<sup>519</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, BLASCO GASCÓ, que lo considera una clara limitación a la libertad individual no suficientemente justificada. BLASCO GASCÓ, F.P., “Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen”, *Bienes de la personalidad*, Murcia, Universidad de Murcia, 2008, p. 15. En idéntico sentido, GITRAMA GONZÁLEZ, M., “El derecho a la propia imagen, hoy”, en *Homenaje a J.B. de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, Consejo General del Notariado, 1990, p. 215 o DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El derecho a la propia imagen”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.), *Veinticinco años de aplicación*

Sin embargo y a pesar de estas objeciones, atendiendo a las palabras del Tribunal Constitucional, pocas dudas caben de que la mera captación de la imagen forma parte del ámbito de protección del derecho. Ahora bien, una cosa es afirmar esto y otra muy distinta hacer operativa esta facultad en relación con la mera captación sin poner en riesgo otros derechos, como el derecho a la información que ampara la difusión de la imagen si concurren determinados requisitos.

En lo que respecta a la imagen cuya captación, publicación o difusión pueda provocar lesión en el derecho fundamental, resulta esencial que en ella sea reconocible su titular. En otro caso, no nos situaríamos en el ámbito del derecho fundamental pues difícilmente podría reconducirse la lesión del derecho a la dignidad de la persona. En este sentido, el Tribunal ha destacado como “el aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo”<sup>521</sup>.

O más gráficamente incluso,

“en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2)”<sup>522</sup>.

De esta manera, la *recognoscibilidad* constituye un elemento fundamental para que podamos hablar de una lesión al derecho a la propia imagen.

---

de 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, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 162 y 163.

<sup>520</sup> En lo que respecta a la situación en el ordenamiento italiano, puede consultarse DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950. Más reciente, GALGANO, F., *Diritto Civile e commerciale*, Padova, Cedam, 1990, p. 165.

<sup>521</sup> STC 156/2001, de 2 de julio, F.J. 6º.

<sup>522</sup> STC 72/2007, de 16 de abril, F.J. 3º.

## 2. La escasa operatividad de la propia imagen constitucional frente a los medios de comunicación tradicionales

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha definido con precisión el alcance de la propia imagen, en la práctica este derecho de la personalidad no parece actuar como un auténtico límite frente a la actividad de los medios de comunicación. Especialmente llamativo resulta, a mi juicio, la enorme conflictividad judicial desatada como consecuencia de la actividad de la llamada prensa de entretenimiento o prensa rosa, aunque también contamos con algunos casos que se han resuelto de una manera discutible en el ámbito del conflicto con la libertad de información<sup>523</sup>.

Sobre las razones de esta inoperancia, encontramos numerosos y variados argumentos. Avanzamos ya que los problemas que plantea el derecho fundamental a la propia imagen como límite frente a la actividad de los medios de comunicación tradicionales, persisten en el ámbito de las nuevas tecnologías, en el que además se suman otros específicos de la red, de los que daremos cuenta más adelante.

Entre las causas que podrían explicar la escasa operatividad del derecho fundamental a la propia imagen como límite, podemos citar las más relevantes:

- La discutida autonomía del derecho a la propia imagen
- Su doble naturaleza: personal y patrimonial
- Las dudas en la determinación de su contenido
- La titularidad del derecho por los “personajes públicos”

---

<sup>523</sup> STC 72/2007, de 16 de abril. La resolución resuelve un recurso de amparo originado en la publicación de una fotografía de una policía municipal tomada en el curso de un desalojo. En la foto, que aparece en portada, la demandante aparece en primer plano y con el rostro perfectamente visible, vestida con su uniforme oficial y en actitud de inmovilizar y detener a una persona en el suelo. El Tribunal Constitucional estima que en este caso debe prevalecer el derecho a la libertad de información, a pesar de que reconoce que la fotografía reproduce de forma nítida el rostro de la demandante y que se produjo sin su consentimiento. En este caso, además, el Tribunal renuncia a efectuar un juicio de proporcionalidad, al afirmar que “aunque es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna (...)”. Sobre la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la propia imagen puede verse mi trabajo “La construcción jurisprudencial de la propia imagen constitucional”, *Estudios de Deusto*, Vol. 58/1, 2010, pp. 11-45.

- Los criterios de delimitación del contenido a la propia imagen: usos sociales y actos propios.

## 2. 1. La discutida autonomía del derecho a la propia imagen.

La configuración expresa del derecho a la propia imagen en la Constitución Española no acaba con los problemas de delimitación que desde su primera formulación acompañan a este derecho. A esta confusión inicial, contribuye su caracterización como *derecho de la personalidad*<sup>524</sup>, categoría que adolece de una notoria falta de concreción<sup>525</sup> y que no contempla una lista cerrada de derechos<sup>526</sup>.

Los mayores problemas se plantean en relación con el derecho a la intimidad, cuyo contenido está mucho más próximo al del derecho a la propia imagen. Como ha destacado Pérez Royo, “el derecho a la propia imagen es un derecho complementario del derecho de la intimidad, del que resulta difícilmente distinguible”<sup>527</sup>.

A esta estrecha conexión entre ambos derechos, que obstaculiza la delimitación del ámbito realmente protegido por el derecho a la propia imagen hay que añadir “la dificultad de establecer una noción precisa del derecho a la intimidad”<sup>528</sup>. Como ha destacado Azurmendi Adarraga, “la ausencia de una noción suficientemente clara del derecho a la intimidad y el hecho de que se haya pretendido obtener esa claridad conceptual a partir de

---

<sup>524</sup> El artículo 1.3 de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, recoge la dogmática tradicional clásica sobre los derechos de la personalidad, al destacar que “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible”.

<sup>525</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Voz Imagen (derecho a la propia)*, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. XI, Barcelona, Seix, 1962, p. 312.

<sup>526</sup> Autores como DE CUPIS han aludido al carácter dinámico de los derechos de la personalidad que precisamente por fundarse en la personalidad misma, en la esencia humana, están en constante movimiento para hacer frente a las cambiantes circunstancias sociales y a las nuevas necesidades. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, ob. cit., pp. 28 y ss.

<sup>527</sup> PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, Undécima edición, p. 336.

<sup>528</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “El derecho a la intimidad”, en AAVV, *Honor, Intimidad y Propia Imagen, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. KKKV, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 24.

la casuística, ha impedido que la L.O. manifieste con precisión la autonomía de ambos derechos<sup>529</sup>.

Ciertamente, la reproducción o publicación de la imagen de personas, sin su consentimiento, cuando no se están desarrollando acciones que cabría calificar de íntimas, merecen el reproche del ordenamiento. Lo que sucede es que en la conciencia social parecen estar muy entrelazados intimidad e imagen, de manera que la captación de la imagen en un lugar abierto al público no suele provocar rechazo. Sobre todo, en el caso de los personajes que podríamos denominar públicos, como se verá más adelante.

## *2. 2. La doble naturaleza del derecho a la propia imagen.*

La imagen, cada vez más, constituye un bien susceptible de tráfico jurídico, con un indudable valor patrimonial no sólo en el caso de personas que ejercen profesiones directamente vinculadas a la misma, como los modelos, sino además en otros ámbitos profesionales en los que resulta habitual su comercialización, por su valor publicitario, como es el caso de los deportistas profesionales.

Este hecho, de no ser observado en sus justos términos, puede provocar equívocos derivados de la confluencia o confusión de ambos planos. Ciertamente, resulta difícil de concebir que el objeto principal de un derecho de rango fundamental pueda ser sometido al tráfico jurídico dando lugar a rendimientos patrimoniales.

Sin embargo, incluso en el caso de cesión consentida de la imagen, una vulneración de los términos del acuerdo puede afectar a la dignidad de la persona y, en consecuencia, al derecho fundamental. En este sentido, es precisamente la afectación a la dignidad de la persona la que debe indicar cuando estamos ante una vulneración del derecho fundamental. Para que eso suceda será exigible, como mínimo, la reconocibilidad del titular<sup>530</sup>. El

---

<sup>529</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, Civitas, 1997, p. 191.

<sup>530</sup> Esta exigencia aparece ya en la conocida sentencia del pregonero, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 9 de junio de 1967. En este caso, se resuelve la demanda interpuesta por el actor, que había sido pregonero de la Fiesta del Pilar, a raíz de la publicación de su foto, vestido con el traje típico, en una guía de la ciudad, autorizada por el propio Ayuntamiento. La Audiencia desestima la demanda, entre otros motivos, porque en la foto no se le reconoce. También en la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos supuestos en los que se considera que no existe lesión del derecho a la propia imagen por el

uso de la imagen que no permita identificar a su titular muy difícilmente podrá ser considerada como un uso contrario al derecho fundamental, pues falta un elemento esencial, la conexión de la imagen con el sujeto. Sin embargo, creo que podría dar lugar a una indemnización económica vía protección civil si se ha obtenido algún tipo de beneficio de su uso in consentido.

El Tribunal Constitucional ha admitido esta naturaleza bifronte del derecho, destacando como “mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad”<sup>531</sup>.

Resulta difícil de establecer una construcción general sobre los contenidos que cabe incluir en el derecho moral y patrimonial a la propia imagen, respectivamente<sup>532</sup>.

Parecería lógico sostener, de entrada, que los desencuentros relativos a los términos de un acuerdo concreto sobre cesión de la imagen, como el relativo a la cuantía de la contraprestación, si la hay, forman parte del derecho patrimonial. Sin embargo, la utilización de la imagen sin consentimiento afecta al derecho fundamental y, en ocasiones, aún existiendo acuerdo previo, la publicación de imágenes más allá de los términos del contrato puede afectar a la esfera moral y, por consiguiente, constitucional del derecho.

Lo único que cabe es realizar un análisis caso por caso, lo que a la postre, contribuye a degradar en cierta medida el derecho fundamental ante la imposibilidad de realizar *a priori* una determinación clara del contenido propio del derecho fundamental frente al patrimonial. También esto redund

---

mismo motivo: en las SSTS de 9 de julio de 2004 y de 4 de mayo de 2005, la utilización de la imagen de una persona víctima de un atentado de ETA en una campaña de promoción del turismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de una persona fallecida en un accidente en un reportaje sobre la actividad comercial del puerto de Cartagena se saldan con la negativa del Tribunal Supremo a recurrir a criterios externos a las propias imágenes para identificar a las personas y considerar así vulnerado su derecho fundamental a la propia imagen.

<sup>531</sup> STC 117/1994, de 25 de abril, F.J. Tercero.

<sup>532</sup> “Pues bien, en el caso aquí enjuiciado no cabe duda de que el derecho concernido no es el derecho constitucional a la propia imagen. Para llegar a esta conclusión y resolver el caso planteado, no es necesario elaborar en abstracto una doctrina general acerca de los elementos que permiten distinguir entre la dimensión moral y patrimonial del derecho a la propia imagen” (STC 81/2001, de 26 de marzo, F.J. Tercero).



en la escasa operatividad real de este derecho frente a la actividad de los medios de comunicación.

### *2. 3. Las dudas en la determinación de su contenido.*

Si la reconocibilidad del individuo es imprescindible para que pueda hablarse de imagen “propia” y, en consecuencia, para que nos podamos situar en el ámbito protegido de ese derecho fundamental, cabe plantearse si esa protección se extiende a otros atributos que también cumplen esa función de identificación, si bien de una manera más mediata. Me refiero básicamente a la voz y al nombre que, aunque de forma diversa, también pueden identificar al individuo.

Tanto el nombre como la voz encuentran protección en el ámbito de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo 7.6 considera intromisión ilegítima: “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. La propia jurisprudencia ha aplicado este precepto para sancionar el uso in consentido del nombre con fines publicitarios<sup>533</sup>.

La única duda, por tanto, estriba en discernir si el uso in consentido del nombre o de la voz estarían protegidos, entre nosotros, por el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 CE, lo que atribuiría protección con independencia del fin que persiguiera el uso no autorizado de éstos.

La postura mayoritaria pasa por rechazar este concepto extensivo de imagen que contiene la L.O. 1/82, de 5 de mayo y que incluye la voz y el nombre, entendiendo que el mismo no alcanza al derecho fundamental, sino que se concreta en la existencia de una acción civil por el uso in consentido de los mismos con un fin lucrativo. O, por decirlo con otras palabras, que la protección del nombre o de la voz sólo puede predicarse del derecho de naturaleza patrimonial y no del de rango constitucional<sup>534</sup>.

---

<sup>533</sup> SSTs de 21 de enero de 1988 (caso Antonio Gades), de 5 de octubre de 1989 (caso César Manrique) y de 26 de noviembre de 1990 (caso Marqués de Bradomín).

<sup>534</sup> En este sentido se pronuncia PASCUAL MEDRANO: “mientras que el titular está facultado para decidir sobre la captación, reproducción o publicación de su propia imagen, cualquiera que sea la finalidad de dichos usos, respecto al nombre y a la voz, únicamente

Sin embargo, creo que es una cuestión no resuelta que requiere de alguna aclaración por parte del Tribunal Constitucional. Hasta la fecha y aún cuando había negado la existencia de un hipotético derecho a la voz<sup>535</sup>, ha afirmado:

“El derecho a la propia imagen, reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución al par que los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad, y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen su identidad o su voz”<sup>536</sup>.

Estas manifestaciones, reiteradas en una recientísima sentencia, la STC 23/2010, de 27 de abril, podrían indicar que se abre el camino para poner coto a cierto tipo de publicaciones en los que se obtiene un

---

dispone de la facultad de decidir sobre su utilización comercial. La voz y el nombre se protegen así sólo en cuanto se utilicen con fines comerciales, publicitarios o similares. PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido y límites*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 62. En el mismo sentido, DE VERDA Y BELMONTE, J.R., que señala que “lo que sucede es que la tutela civil, no sólo se extiende a la imagen, sino igualmente a otros atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen”. DE VERDA Y BELMONTE, J.R., “El derecho a la propia imagen”, en DE VERDA Y BEAMONDE, J.R. (coord.), *Veinticinco años de aplicación de 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*, ob. cit., pp. 162 y 163.

<sup>535</sup>“Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: «utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga») (STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. Octavo).

<sup>536</sup> STC 117/1994, de 25 de abril, F.J. Tercero.

rendimiento económico a través de la explotación de la identidad de otras personas, ya sea a través de su imagen, su voz o su nombre.

#### *2. 4. La titularidad del derecho por los “personajes públicos”*

Al igual que sucede en el caso de los otros derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, la inclusión de una persona en la difusa categoría de los “personajes públicos” puede afectar al ámbito de protección del derecho a la propia imagen.

Este hecho tiene una plasmación concreta en nuestra legislación. La L.O. 1/82, de 5 de mayo, que utiliza la técnica de enumerar las conductas consideradas como intromisiones ilegítimas en los tres derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, muchas veces sin especificar a cuál se refiere, establece en su artículo 8.2 que, “en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”.

El Tribunal Constitucional ha admitido expresamente la necesidad de modular el contenido de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE, cuando el titular es un personaje público:

“los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos” (STC 171/1990, de 12 de noviembre, F.J. Quinto).

Sin embargo, una cosa es admitir esta modulación y otra muy distinta considerar que la inclusión del titular en la ambigua categoría de personaje público constituye una patente de corso para poder difundir cuantas

informaciones e imágenes se considere oportuno. Además, si se atiende al texto de la sentencia, el Tribunal Constitucional alude al ejercicio del derecho de la información, lo que modifica sustancialmente las cosas<sup>537</sup>.

La óptica adecuada para interpretar correctamente este precepto legal parte del concepto de “relevancia pública” y de la necesaria ponderación con las libertades de información y expresión del que el derecho a la propia imagen, como el honor y la intimidad, es un límite preciso según reza el artículo 20.4 CE. En lugares abiertos al público, el personaje público gozará de derecho a la propia imagen. Lo que sucede es que es posible, y digo sólo posible, que este derecho tenga que ceder si se emite una información de relevancia pública o se trata de un acto público, como un partido de fútbol, el estreno de una película o un mitin. En otro caso, su derecho a la propia imagen debe prevalecer.

## *2. 5. Los criterios de delimitación del contenido a la propia imagen: usos sociales y actos propios.*

Si como se viene argumentando, la delimitación del ámbito de protección del derecho fundamental a la propia imagen presenta de por sí dificultades que derivan de la íntima conexión con otros derechos, como el de la intimidad y del hecho de que no existe ni en Derecho Comparado ni en los textos internacionales un reconocimiento autónomo del mismo que nos ayude en esta tarea de delimitación, la cuestión se complica todavía más si atendemos a la L.O. 1/82, que establece, como criterios de delimitación de los derechos fundamentales que regula, los usos sociales y los actos propios.

En concreto, el artículo 2.1 dispone 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 sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. El porqué de esta remisión nos lo explica el legislador en la Exposición de Motivos: “además de la delimitación que pueda resultar de la leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y

---

<sup>537</sup> En el ámbito del derecho a la información, la categoría de personaje público guarda relación con el concepto de relevancia pública de manera que, en ocasiones, un hecho que de por sí no es relevante, puede convertirse en tal por la persona que lo protagoniza. Por ejemplo, que un ciudadano anónimo incurra en una infracción leve del Código de circulación difícilmente podría ser considerado de relevancia pública. Si el que la comete es el Director General de Tráfico, sí.

familiar y del uso de la imagen está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma, la cuestión se resuelve en la Ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”.

Ciertamente, el precepto puede provocar efectos indeseables si no se interpreta correctamente. A título de ejemplo, podría considerarse parte de esos usos sociales la persecución a que diariamente son sometidas muchas personas a las que se acosa para captar unas imágenes y en ocasiones para provocar reacciones airadas que producen muchos minutos de “entretenimiento”. De hecho, en algún pronunciamiento el Tribunal Supremo ha considerado que “los usos personales del mismo y los usos sociales en general eliminan el concepto de intromisión en la intimidad”<sup>538</sup>. Sin embargo, el sentido del precepto legal no puede ser ese y, si lo fuera, habría que considerarlo contrario al derecho fundamental reconocido en la Constitución.

Si la alusión a los usos sociales hay que tomarla con suma cautela, lo mismo sucede con la inclusión de los “actos propios” como criterio delimitador del ámbito de protección. A mi juicio, el único “acto propio” que cabe admitir para proceder a esa definición del ámbito de protección del derecho en el caso de la propia imagen, es el consentimiento, que debe ser además expreso e interpretado de manera estricta<sup>539</sup>. El consentimiento no constituye una renuncia del derecho, sino una causa de extinción de la responsabilidad dado que convierte la intromisión en legítima. Si el titular consiente, no hay lesión a su derecho fundamental que está reconocido en la Constitución, precisamente para protegerle. Si el titular no requiere de esa protección porque está de acuerdo con la intromisión, la misma no puede ser tildada de ilegítima.

De esta manera, parece instalada entre nosotros cierta reticencia a considerar que las personas que habitualmente comercian con su imagen no gozan del derecho a impedir su captación o reproducción en los mismos

---

<sup>538</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997, que resuelve el caso Alberto Alcocer, que daría lugar posteriormente a la STC 83/2002, de 22 de abril.

<sup>539</sup> La doctrina civilista se ha ocupado profusamente del consentimiento en esta materia. Al respecto, puede consultarse, entre otros muchos, GITRAMA GONZÁLEZ, M., “El derecho a la propia imagen, hoy”, ob. cit.

términos que el resto de los ciudadanos. El argumento sería que, según se desprende de sus propios actos, consienten este tipo de intromisiones de manera habitual, por lo que no pueden pretender que en un momento dado sean consideradas ilegítimas.

Afirmaciones de este tenor pueden dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales de toda una categoría de personas que además son las que, por su condición de personajes públicos, más dificultades encuentran para esgrimir el derecho a la propia imagen frente a las actividades de los medios de comunicación.

Sea como fuere, en un Estado de Derecho no puede esgrimirse la conducta previa de un sujeto para analizar si determinada intromisión en un derecho de la personalidad es o no legítima. En todo caso y, dada la virtualidad del consentimiento en este punto, lo único que cabe hacer es analizar caso por caso, en orden a constatar si ese consentimiento ha existido. Recordemos como nuestra jurisprudencia ha reconocido que el consentimiento para posar en una foto no entraña que se consienta su posterior difusión<sup>540</sup>.

Todos estos problemas, que a mi juicio empañan la labor garantista del derecho fundamental a la propia imagen frente a los medios de comunicación tradicionales, no sólo persisten en el mundo digital sino que, por sus mismas características, tienen un efecto aún mayor por las enormes posibilidades de la red. Asimismo, existen circunstancias directamente derivadas del desarrollo de las TIC que están contribuyendo a que esa virtualidad del derecho a la propia imagen sea aún menor.

### **3. Propia imagen, nuevas tecnologías e internet**

#### *3. 1. Internet, un nuevo escenario*

En los últimos años hemos asistido a una auténtica revolución en los modos de comunicación. Las TIC están desplazando los cauces tradicionales de comunicación para dar paso a otras formas en las que las categorías clásicas resultan insuficientes para explicar la nueva realidad. El caso Gubler, el que fuera durante años médico personal de Mitterrand, es un caso

---

<sup>540</sup> Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996.

paradigmático de la inoperancia de las categorías clásicas para afrontar los problemas derivados de la comunicación virtual<sup>541</sup>.

Elemento central en este nuevo escenario es el ejercicio sin precedentes de las libertades de comunicación e información<sup>542</sup>. La inexistencia de condicionantes materiales, a diferencia de lo que sucede con los medios clásicos de comunicación y el acceso libre de cualquier usuario, sin necesidad de conocimientos técnicos avanzados, lo posibilitan.

Como consecuencia de esta ausencia de obstáculos materiales y económicos, la producción de información ha dejado de ser monopolio de los medios de comunicación institucionalizados para pasar a un sistema en el que cualquiera puede erigirse en emisor y donde, además, la información se caracteriza porque ya no es estática sino que se enriquece, se modifica conforme circula, de manera que las categorías de emisor y receptor sólo de una manera muy imperfecta pueden aplicarse a la comunicación virtual.

Aunque los medios institucionalizados de comunicación han dado el salto a la red, se han visto superados por los nuevos modos de transmisión de información. Así, las páginas webs y, sobre todo, los blogs, se erigen en auténticas plataformas para el ejercicio de las libertades comunicativas.

Pero la red también ha traído consigo nuevos peligros para el ejercicio de estas libertades. Como se ha destacado, “la red es un espacio mucho más controlable que el mundo real”<sup>543</sup>.

---

<sup>541</sup> En enero de 1996, a los 10 días de la muerte de Mitterrand, el que había sido durante años su médico personal publicó un libro (*Le Grand Secret*), en el que describía la evolución de su enfermedad. A los 10 días de la publicación del libro, un tribunal francés prohibió temporalmente la distribución del libro y en octubre de 1996, el Tribunal Grande de París obligó a indemnizar a los familiares por la publicación del libro y mantuvo de forma indefinida la prohibición de su difusión. Sin embargo, el libro saltó a la red y, a pesar de la prohibición de publicación, se pudo acceder a él a través de diversos servidores, por lo que la prohibición de difusión en este caso no tuvo el efecto buscado. Al respecto de este caso y como resolvió el TEDH, puede consultarse COTINO HUESO, L., “Nuestros jueces y tribunales ante Internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión”, en COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 150 y ss.

<sup>542</sup> Como ha destacado SÁNCHEZ FERRIZ, “hoy, por obra de los avances tecnológicos y en especial con la aparición del fenómeno de Internet, cabría decir que existen condiciones materiales antes siquiera imaginadas, para que las libertades públicas puedan hacerse realidad al haber desaparecido las barreras físicas que siempre las han limitado”, “Las libertades públicas y su ejercicio en internet”, en COTINO HUESO (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, ob. cit., p. 78.

<sup>543</sup> COTINO HUESO, L., “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los

Asimismo, los derechos de la personalidad, tradicional límite para el ejercicio de las libertades de expresión e información, parecen especialmente amenazados por un sistema en el que cuando un usuario se conecta, está abriendo una puerta a toda la información de que dispone en el dispositivo desde el que se conecta. A ello hay que añadir que la atribución de responsabilidades se complica mucho en la red, no sólo porque la preservación del anonimato es mucho más fácil<sup>544</sup>, sino porque las figuras clásicas de redactor, editor, director, ya no tienen paralelo en los nuevos sistemas. Si a todo ello se suma que la red desborda a los Estados, la cuestión se enreda aún más.

Otro fenómeno de gran importancia y que está teniendo repercusiones que van mucho más allá del ejercicio de las libertades comunicativas, alterando toda la concepción clásica de la interconexión social, es la aparición de las redes sociales, como *facebook* o *tuenti*.

Sólo *facebook* cuenta en la actualidad con más de 500 millones de usuarios en todo el mundo, que se organizan en grupos y comparten información personal, mensajes y fotos. El éxito de este fenómeno no hubiera sido posible sin una nueva concepción de la “privacidad” de las nuevas generaciones de adolescentes que tienen su principal referente en el mundo virtual. La concepción de lo que debe quedar al margen del conocimiento ajeno parece haberse reducido hasta límites insospechados. Los jóvenes de hoy no sólo relatan sus emociones y vivencias sino que lo ilustran todo con fotografías y vídeos, renunciando así con cada una de sus acciones a mantener una esfera de reserva, ajena al conocimiento de los demás<sup>545</sup>.

En este nuevo escenario, la imagen cobra un gran protagonismo. Internet es sobre todo un fenómeno audiovisual en el que la imagen ha ganado a la palabra.

Los avances tecnológicos han tenido mucho que ver en esto. No sólo porque la red permite el intercambio de información sonora y visual, sino

---

*blogs*)”, en AAVV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y las nuevas tecnologías*, Burgos, Universidad de Burgos, 2005, p. 56.

<sup>544</sup> Un interesante estudio sobre el anonimato en la red puede consultarse en ROIG BATALLA, A., “El anonimato y los límites a la libertad en Internet”, en COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, ob. cit.

<sup>545</sup> El Tribunal Constitucional ha hablado de “esfera de propia reserva personal” o de “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según pautas de nuestra conducta para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. Tercero, entre otras).



porque con un simple teléfono móvil y apretando sólo un botón se pueden grabar imágenes sin ninguna dificultad.

Todo ello coloca al derecho fundamental a la propia imagen en una posición de vulnerabilidad hasta ahora desconocida.

### *3. 2. Las dificultades de consolidación del derecho fundamental a la propia imagen como límite en el mundo virtual*

Si, como se ha visto, el derecho fundamental a la propia imagen no acaba de desplegar todo su potencial como límite frente a la actividad de los medios de comunicación tradicionales, la situación en el mundo virtual no es muy distinta. Las causas que explican este fenómeno se reproducen y agravan en la red donde, además, se dan otras circunstancias que complican aún más la cuestión.

En las páginas que siguen, van a apuntarse fundamentalmente dos, que a nuestro juicio abundan en esta escasa consistencia del derecho fundamental a la propia imagen como límite en el ciberespacio.

#### a) La frontera cada vez más difusa entre lo público y lo privado

Resulta un lugar común, al abordar el estudio de las TIC, aludir al desdibujamiento de las fronteras entre lo público y lo privado<sup>546</sup>. Sin duda, Internet constituye una puerta abierta a informaciones que podríamos considerar íntimas, como los datos médicos. Los riesgos no sólo vienen de la mano de actividades ilícitas<sup>547</sup>, sino que muchas de las brechas a nuestra intimidad se producen por actuaciones que, si no tienen cobertura en el ordenamiento, al menos no lo vulneran.

Un ejemplo de estos riesgos lo constituye el envío de *cookies*, archivos que permiten rastrear todas nuestras actividades en la red,

---

<sup>546</sup> En este sentido, MUÑOZ MACHADO, A., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 173 y ss.

<sup>547</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse SÁNCHEZ MAGRO, A., "El ciberdelito y sus implicaciones procesales", en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.), *Principios de Derecho e Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Asimismo, MORALES PRATS, F., "Internet, Derecho Penal y Derechos Fundamentales", en AAVV., *Estudios Jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, ob. cit.

proporcionando un alud de información valiosísima desde el punto de vista de la publicidad, que podrá así ofrecerse individualizada, según nuestros hábitos y gustos. Aunque durante un tiempo se enviaban sin conocimiento de los internautas, hoy, los software de navegación están concebidos de manera que los usuarios conozcan inmediatamente que ha sido enviado un *cookie* y puedan decidir si lo aceptan o no<sup>548</sup>, aunque el usuario medio, no siempre está en condiciones de entender el alcance de su decisión.

Asimismo, la contratación de servicios en la red exige al internauta la aportación de una serie de datos personales que, si bien difícilmente pueden ser considerados íntimos, supone otra puerta de entrada a informaciones muy valiosas para las empresas de publicidad.

Más allá de estos riesgos, derivados de la gran cantidad de información alojada en la red –datos bancarios, médicos, etc.- su misma existencia nos lleva a relativizar el concepto de *público* porque cualquier persona anónima puede darse a conocer de manera sencilla y rápida, sin necesidad de protagonizar ningún suceso relevante. Personas y grupos que nunca tendrían acceso a los medios de comunicación tradicionales, ven como la red es un canal de comunicación sin límites, aún cuando presencia en la red no es sinónimo de visibilidad<sup>549</sup>. Una muestra de ello es que resulta habitual que los medios de comunicación tradicionales se hagan eco de la existencia de movimientos –protestas, muestras de apoyo- protagonizados por personas o grupos que actúan en la red.

Asimismo, el efecto de lo que se difunde, de lo que se hace público, es mucho mayor. En los medios de comunicación tradicionales, como la prensa escrita, el efecto de lo difundido se limita a los ejemplares efectivamente vendidos que además tienen una vigencia muy efímera. Si ya la televisión cambió estos esquemas, la irrupción de Internet ha supuesto toda una revolución, dado que además de atrapar una información y poderla ofrecer indefinidamente, puede llegar a un número mucho más elevado de personas, con lo que el efecto de lo difundido se multiplica hasta límites insospechados. Además, las posibilidades de limitar los contenidos en la red son ínfimas, si

---

<sup>548</sup> Al respecto, MUÑOZ MACHADO, A., *La regulación y la red. Poder y Derecho en Internet*, ob. cit., pp. 175 y ss.

<sup>549</sup> Sobre este particular, puede consultarse el interesante trabajo de BOIX PALOP, A., “Libertad de expresión y pluralismo en la red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 2002.

tenemos en cuenta la inoperancia de los métodos de intervención estatales para actuar en internet, que tiene como contexto el mundo<sup>550</sup>.

Sin negar la importancia de todo esto, que demuestra el enorme riesgo que la red supone para nuestra intimidad, habría que sumar un fenómeno que está adquiriendo unas dimensiones tales que en el futuro tendrá que ser objeto de estudio: las nuevas formas de comunicación virtual, creadas al amparo de las redes sociales.

Ciertamente, la aparición de estas redes, que constituyen nuevos portales de comunicación y relación, están alterando los esquemas clásicos de la comunicación “real”, que está siendo superada por la del mundo virtual.

Creo que motivada por las posibilidades que ofrece la técnica, asistimos a una redefinición de los contornos de lo público y lo privado. Las nuevas tecnologías han posibilitado un cambio en la concepción de lo que debe considerarse íntimo y resulta habitual encontrar en Internet, sobre todo en las redes sociales -aunque también en páginas webs y blogs- datos y fotos de personas, menores de edad en ocasiones, que optan por renunciar a ese ámbito reservado a que tienen derecho para exponerlo a un número que, si bien no es ilimitado, puede ser muy amplio. Las nuevas tecnologías están implicando un cambio en esta concepción de lo privado. De otro modo, no se explica que cada vez sea mayor el número de usuarios que decide exponer detalles de su vida privada y, en ocasiones íntima, ilustrados incluso con fotografías y vídeos. La conciencia de la existencia de ese ámbito reservado parece estar, si no desapareciendo, al menos perdiendo contenido.

Los problemas se plantean, sobre todo, porque muchos de los usuarios son menores de edad, lo que exige estar vigilantes. Los cambios que se están operando en estas redes para extremar las cautelas con los menores de edad no resultan, a mi juicio, suficientes. Si perdemos la conciencia de lo privado, de lo reservado, difícilmente podrán las autoridades intervenir en su defensa.

---

<sup>550</sup> “A la larga, la necesaria existencia de las garantías como reducto básico que califica el Derecho penal se pone en tela de juicio desde la propia existencia del delito informático, ya que las clásicas reglas de imputación se presentan insuficientes en este Derecho penal de la globalización y de aplicación judicial por parte de los ordenamientos nacionales, inermes frente a la delincuencia transnacional. La normativa penal del XIX, manifestación coactiva del Estado territorial, asiste impotente ante los nuevos paraísos jurídico-penales y ante la diversidad de manifestaciones ilícitas, resultado de tradiciones diferentes y de sistemas de regulación penal también diversos”. SÁNCHEZ MAGRO, A., “El cibercrimen y sus implicaciones procesales”, ob. cit., p. 263.

La propia configuración de las redes sociales, pensadas para compartir información, no sólo con quién el usuario directamente conoce, sino también con la fórmula “amigos de amigos” o equivalente, suponen de por sí, un poderoso instrumento que está modificando los esquemas de relación. Lo que antes se compartía con tres o cuatro personas, ahora se pone a disposición de un número mucho mayor.

Sin duda, con el tiempo, esto acabará influyendo en la propia concepción social acerca de lo público y lo privado.

#### b) La consideración de la imagen como dato

Como se ha reseñado, el estudio de los riesgos que entraña el acceso masivo al mundo virtual ha venido de la mano, sobre todo, de la protección de datos. El derecho a la autodeterminación informativa, como lo ha calificado la doctrina, o *habeas data*, deriva del artículo 18.4 CE, que destaca que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Al margen de la polémica suscitada sobre el carácter autónomo de este derecho, polémica zanjada por el Tribunal Constitucional<sup>551</sup>, lo cierto es que la LORTAD<sup>552</sup>, la primera ley de desarrollo del artículo 18.4 CE, estableció como objeto del derecho la protección de la *privacidad*. Como rezaba la Exposición de Motivos de la citada ley: “El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los

---

<sup>551</sup> “El Tribunal Constitucional ha estimado desde su primera sentencia que el precepto recoge un derecho fundamental autónomo a la par que instrumental para la efectividad de los demás derechos fundamentales”. GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, Thomson-Civitas, 2005, p. 69. SSTC 254/1993, de 20 de julio, 202/1999, de 8 de noviembre; 290 y 292/2000, de 30 de noviembre.

<sup>552</sup> Entre nosotros, el 18.4 CE no fue objeto de desarrollo por el legislador hasta 1992, con la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Luego, la aprobación de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, hizo necesario adecuar la legislación española. La trasposición de la Directiva se llevaba a cabo con la aprobación de la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que derogó la LORTAD. Al respecto, puede consultarse GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, ob. cit., p. 61 y ss. Asimismo, ARENAS RAMIRO, M., “El derecho a la protección de datos personales como garantía de las libertades de expresión e información”, en COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, ob. cit., pp. 356 y ss.

mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.

Aún cuando la alusión a la intimidad puede resultar equívoca, el legislador es muy expresivo del objeto de este nuevo derecho fundamental. La privacidad vendría así a configurar un espacio más amplio que la intimidad, conformando por una serie de datos que, si bien no tienen por qué ser íntimos, su difusión incondicionada puede ofrecer un perfil del titular que podría llegar a afectar al libre desarrollo de su personalidad, incidiendo en la dignidad.

Existen similitudes entre el área comprendida por la “privacidad” y esa “esfera propia de reserva personal” a que ha aludido en ocasiones el Tribunal Constitucional<sup>553</sup>. Sin duda, en ese ámbito de reserva cabe incluir tanto los datos e informaciones concernientes a la intimidad, como la protección frente a la captación, reproducción y difusión de la imagen propia cuando sea reconocible e identificable.

Sin embargo, la Constitución relaciona la protección de datos con los derechos al honor y a la intimidad, sin aludir al derecho a la propia imagen, aún cuando se añade una referencia a los derechos en general<sup>554</sup>. A mi juicio, esta omisión no tiene razón de ser<sup>555</sup>.

---

<sup>553</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre, entre otras.

<sup>554</sup> Artículo 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

<sup>555</sup> Desde su redacción inicial, el precepto contenía una referencia a la protección de la intimidad y el honor. Los debates en la Comisión Constitucional se polarizaron en torno a dos posturas: los que consideraban que era innecesario el precepto, pues bastaba con la protección otorgada por el reconocimiento de los derechos a la intimidad y al honor y aquellos que lo veían necesario, pero como garantía del pleno ejercicio de todos los derechos y no únicamente el honor y la intimidad. Al respecto, puede consultarse GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, ob. cit., p. 62.

Sea como fuere, no creo que la ausencia de mención expresa al derecho a la propia imagen en el art. 18.4 CE responda a una voluntad deliberada de omitir la protección a la propia imagen. Más bien podría deberse a la dificultad de concebir este derecho como un derecho fundamental autónomo con un objeto de protección distinto del derecho a la intimidad.

Podría decirse que la consideración de la imagen como dato ha paliado esta omisión, que no habría tenido efecto alguno de no ser por la Disposición Transitoria Primera de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. La citada D.T. estableció que “en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18, apartado 4, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente Ley”. De esta manera, hasta 1992 en que se aprobó la LORTAD, la imagen quedaba al margen de la protección de datos<sup>556</sup>.

Posteriormente, la Directiva 95/46/CE considera de manera expresa la imagen y el sonido como dato<sup>557</sup>. La trasposición de esta Directiva se llevaría a cabo con la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Para considerar la imagen como dato, se requiere “que se realice en ella cualquier tipo de operación (tratamiento) que la haga accesible (fichero) y que sea relativa a una persona identificada o identificable (dato de carácter personal)”<sup>558</sup>. De hecho, la protección de la imagen ocupa un lugar destacado en la actividad de la Agencia Española de Protección de Datos<sup>559</sup>.

La constatación de este hecho podría parecer contraria a la tesis que aquí se sostiene: que la reconducción de la protección de la imagen a la

---

<sup>556</sup> En esta norma, la extensión del ámbito de protección de la ley a cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables registrada en un soporte físico susceptible de tratamiento automatizado, permite considerar la imagen como dato de carácter personal.

<sup>557</sup> Considerando 14.

<sup>558</sup> REBOLLO DELGADO, L., “El derecho a la propia imagen y la imagen como dato”, *Revista Española de Protección de Datos*, 5, 2008, p. 171.

<sup>559</sup> Al respecto, puede consultarse la propia página de la Agencia, que contiene una información muy completa sobre sus actividades ([www.agpd.es](http://www.agpd.es)).

normativa de protección de datos va en detrimento del derecho fundamental a la propia imagen como auténtico límite.

Sin embargo, no es así. El derecho fundamental a la propia imagen protege frente a la captación, reproducción o difusión de la imagen de una persona, siempre y cuando sea identificable. A mi juicio y, salvadas las oportunas excepciones por otras razones como la libertad de información, el derecho fundamental a la propia imagen constituye el límite adecuado para proteger la difusión in consentida de imágenes en la red.

La protección de datos exige algún tratamiento que la haga accesible. Aún cuando la interpretación que se ha hecho del ámbito de aplicación de la ley ha sido generosa, incluyendo actuaciones que con una interpretación estricta de la misma quedarían fuera de la supervisión de la Agencia de Protección de Datos, en la práctica ha reducido la protección frente a la difusión in consentida de la imagen a la que se produce desde este ámbito.

Aunque no conviene renunciar a la protección que, desde la perspectiva de la protección de datos se está prestando a la imagen, creo que tampoco conviene limitarla a ésta. Sería como argumentar que la única garantía frente a la vulneración del derecho a la intimidad, es la que provee la normativa de protección de datos, sin poder acudir a los cauces establecidos para la protección de este derecho fundamental.

El derecho fundamental a la autodeterminación normativa cumple unos objetivos bien definidos. Sin embargo, no cabe olvidar que, al margen de la polémica de su carácter autónomo, tiene mucho de derecho instrumental, reconocido para proteger al ciudadano frente a los riesgos que el desarrollo de las nuevas tecnologías entraña para el disfrute de los derechos fundamentales.

Entres estos derechos se encuentra el derecho fundamental a la propia imagen, derecho íntimamente vinculado a la dignidad de la persona y que, al parecer, no encuentra un fácil acomodo en el mundo virtual, que constituye precisamente el ámbito en el que se encuentra más amenazado.