

ASESORÍA JURÍDICA **fepfi**

TERESA MORÁN GARRIDO

el derecho a la propia imagen

honor, intimidad, menores de edad...



Teresa Morán Garrido
Abogada

Introducción

Los fotografías y videógrafos no pueden utilizar las imágenes tomadas a sus clientes, ni a personas que no sean sus clientes, para exponerlas en el estudio, en el escaparate, en la web, en folletos de publicidad, o bien para presentarlas a concurso o a certámenes de calificaciones sin haber obtenido la autorización oportuna para poder utilizar dichas imágenes con estos fines. Por ello, es aconsejable obtener tal autorización en el momento en que se realizan las fotografías o se graban las imágenes, o previamente, en el contrato.

Respondiendo a una consulta que con frecuencia realizan los federados, hay que aclarar que en el caso de las imágenes recogidas en las bodas, u otro tipo de reportaje social, la autorización de los novios, o de los protagonistas, no es extensible a sus invitados, aunque se trate de familiares.

Derecho a la propia imagen: concepto y cuestiones generales.

Las primeras cuestiones que podemos plantearnos están relacionadas con la definición del derecho a la propia imagen, y con la normativa donde viene regulado. El derecho a la propia imagen se encuentra reconocido

en el artículo 18.1 de la Constitución Española, conforme al cual el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, tienen el rango de fundamentales, y están desarrollados por una Ley Orgánica, la Ley 1/82 de 5 de mayo de Protección del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen.

Los Tribunales han fallado en reiteradas ocasiones sobre reclamaciones que tenían por objeto el reconocimiento de este tipo de derechos por lo que, a diferencia de lo que sucede con otras materias, encontramos abundante jurisprudencia sobre el derecho a la propia imagen.

El apartado 1 del artículo 18 de la Constitución Española, (en adelante CE), es del tenor literal siguiente:

Artículo 18 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En cuanto a la definición del derecho a la propia imagen, acudiendo a lo expuesto en reiteradas sentencias por nuestro Tribunal Supremo, es decir a lo que podemos denominar la doctrina jurisprudencial, podemos afirmar que: «el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres

esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento, de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen».

Algunos fotógrafos y videógrafos consultan si pueden captar imágenes de personas que no les han prestado su consentimiento, aunque luego no las utilicen, en este sentido es necesario destacar que la definición transcrita recoge que la sola captación de la imagen de un sujeto sin su consentimiento podría dar lugar a que se vulnere su derecho a la propia imagen; si bien existen algunas excepciones, toda vez que en determinados casos el derecho a la propia imagen cede a favor de otros derechos prevalentes como veremos más adelante.

Relación entre el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal, y el derecho a la propia imagen.

Los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, se encuentran íntimamente relacionados pero tienen, cada uno de ellos, un contenido diferente a los otros. Al tratarse de derechos independientes unos de otros, o autónomos, nuestro Tribunal Constitucional reconoce que podría vulnerarse uno de ellos sin vulnerarse los otros. El carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional.

A pesar de esta independencia, entre derechos, se podría vulnerar el derecho al honor y/o el derecho a la intimidad al vulnerarse el derecho a la imagen.

En el caso de que un profesional de la imagen sea demandado por vulnerar dos o

«La Constitución Española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»

más derechos fundamentales como los que estamos estudiando, habrá que enjuiciar por separado si realmente existe una intromisión por parte del fotógrafo, o del videógrafo, y si existen otros derechos cuyo interés prevalece por encima de estos.

Algunos federados afirman que se pueden realizar fotografías de personas si la finalidad no es comercial, o si es sólo informativa y dan por hecho que pueden obtener una fotografía de una persona que previamente te ha desautorizado, o de un menor cuyos padres te han informado que no están de acuerdo en la captación de fotografías de su hijo siempre que posteriormente dichas fotografías no se utilicen o no se cuelguen en la web. Sin embargo el Tribunal Constitucional ha insistido en que el derecho a la propia imagen consiste 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.

Algunos casos en los que sí es posible utilizar la imagen de las personas fotografiadas.

El Tribunal Constitucional ha entendido que el derecho a la propia imagen, como ocurre con la mayoría de los derechos, no es un derecho sin límites. En determinadas ocasiones prevalecen otros derechos sobre el derecho a la propia imagen que dan lugar a que sí se puedan utilizar las imágenes de una persona. El fotógrafo y el videógrafo que hayan obtenido un consentimiento por escrito en el que se deje constancia de la voluntad inequívoca del sujeto, o de sus representantes legales, podrá utilizar las imágenes captadas, te-

«El derecho a la propia imagen se encuentra limitado por otros derechos y bienes institucionales»

niendo en cuenta que el derecho a la imagen se encuentra delimitado así por la voluntad del titular del derecho, que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero.

Otros supuestos en los que sí puede utilizarse la imagen de una persona, además de aquellos en los que existe la voluntad del titular del derecho a la imagen, son los siguientes:

a) Existencia de un interés público en la difusión de la imagen, que sea prevalente al interés de la persona.

Cuando exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación y difusión de la imagen, prevalecerá el interés público sobre el interés de la persona. No obstante en cada caso concreto habrá que valorar tanto las circunstancias como los intereses en conflicto.

En este Sentido nuestro Tribunal Constitucional ha señalado:

“Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento, o el interés público en la captación o difusión de su imagen”.

b) Personajes públicos.

Cuando se trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público, se excluye la protección de la imagen. En este sentido el art. 8.2. a) de la Ley Orgánica 1/1.982, de 5 de mayo dispone que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de perso-

nas 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. La jurisprudencia viene declarando que la referencia legal a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, debe entenderse en sentido amplio.

c) Comunicación de información y libertad de expresión.

Como sucede con otros derechos constitucionales, el derecho a la propia imagen se encuentra limitado por otros derechos y bienes constitucionales, en particular por el derecho a la comunicación de información y a la libertad de expresión, pero siempre habrá que tener en cuenta que en caso de colisión de derechos, si no hubiera acuerdo, será un tribunal el que tendrá que enjuiciar sobre si es o no el derecho a la imagen el que prevalece sobre los otros derechos, o al contrario.

En caso de que un individuo no esté de acuerdo en que su imagen aparezca en una noticia puede instar un procedimiento judicial en el que se tendrá en cuenta si su imagen es principal o accesoria. En caso de que esa persona, cuya imagen se capta, no sea la protagonista de la noticia su imagen nunca podrá ser principal, tendrá que ser accesoria. El concepto de «accesoriedad» de la imagen de acuerdo con el artículo 8.2 a) de la mencionada Ley Orgánica 1/82 hace referencia «a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico» no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita, pero sí en otro caso.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo: *“En el caso resulta incuestionable la directa relación existente entre la imagen del demandante publicada y el contenido de la información escrita. En consecuencia, ha de prevalecer el derecho a la libertad de información de los demandados sobre el derecho del demandante a su propia imagen”.* Se entiende que se trata de proteger que cuando se fotografía la imagen de una persona de forma accesoria, no exista límite.

Para saber si se está ante una imagen accesoria hay que estar al caso concreto y ver si en esa imagen se destaca la información gráfica y pierde el carácter accesorio. En otras ocasiones hemos estudiado otros casos en los que, por el contrario, la imagen no se ha considerado accesoria a la noticia y se ha condenado al fotógrafo y/o al medio de comunicación a abonar una indemnización a la persona cuya imagen se ha utilizado sin contar con su consentimiento.

Por otra parte, es doctrina reiterada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que, en la ponderación de los límites entre la libertad de información y la protección de los derechos fundamentales objeto de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso particular.

Fotografías y vídeos de personas en espacios abiertos ¿pueden suponer una intromisión ilegítima?

Si partimos de que, como hemos visto, el derecho a la imagen es el derecho que tenemos todas las personas que no se reproduzcan los caracteres esenciales de nuestra personalidad sin nuestro consentimiento llegamos a la conclusión de que fotografiar, o realizar vídeos, tanto en espacios privados como en la calle o en espacios abiertos al público, debemos contar con el consentimiento de las personas que aparecen en las fotografías toda vez que lo contrario podría suponer una intromisión ilegítima. La excepción sería que se dieran algunas de las circunstancias reseñadas en el apartado anterior. Por un lado el art. 20.1 d) de la Constitución Española reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión y el Tribunal Constitucional tiene declarado que la libertad de información por medio de la imagen gráfica, tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras escritas u oralmente vertidas.

En este sentido el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil

«Tanto en espacios privados como públicos se ha de contar con el consentimiento de las personas fotografiadas»

del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que desarrolla el art. 18 de nuestra Constitución, dispone que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas: 5º) «*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 art. 8º.2º.*»

Como acabamos de comentar, la excepción se refiere a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. No se apreciará intromisión ilegítima en los derechos fundamentales cuando «*el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso.*».

Personas que posan para los fotógrafos y videógrafos.

Algunos fotógrafos creen que el hecho de que una persona haya posado para ellos implica que han prestado un consentimiento tácito para utilizar las imágenes obtenidas. Es cierto que si se comprueba en la fotografía que la persona está posando no debería ponerse en duda que se ha consentido la captación. Pero es diferente la captación de una imagen a la reproducción y exposición de la misma, es necesario el consentimiento expreso para la reproducción, exposición y publicación de una fotografía. Aunque se pueda demostrar que la persona ha posado, no es válido el consentimiento presunto.

Por ello, si estamos realizando fotografías por la calle, con el ánimo de presentarlas a un concurso, o al certamen de calificaciones de Fepfi, y pedimos permiso a la persona a la que vamos a fotografiar aunque nos dé

«Los menores también podrán decidir si puede utilizarse o no su imagen, dependiendo de su grado de madurez»

su permiso y pose para nosotros debemos dejar constancia por escrito de que nos ha otorgado su consentimiento para ese fin concreto. Aunque no pueda ponerse en duda el consentimiento presunto para la captación si la persona aparece posando, sin embargo sí que podría demandarnos por intromisión del derecho al honor, al presentar esta fotografía, o por exponerla sin su consentimiento, y dicho consentimiento sólo puede acreditarse con seguridad si consta por escrito. En este sentido el artículo 2.2 de la LO 1/1982 exige el consentimiento expreso del titular del derecho para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima en el derecho fundamental que se denuncia como violado.

Menores de edad

En el caso de los menores de edad para captar y reproducir su imagen se necesita el consentimiento expreso de sus representantes legales, que habitualmente son sus padres. No obstante, el Ministerio Fiscal defiende a los menores y a los incapacitados, por tanto aunque los padres presten su consentimiento la fiscalía podría actuar de oficio en el caso de que los derechos del menor fueran quebrantados, incluso si no se hubiera interpuesto denuncia alguna.

Por otro lado, los menores también podrán decidir si puede utilizarse o no su imagen, dependiendo de su grado de madurez. Así, en virtud de lo estipulado en el artículo 3 de la ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo, los menores deben prestar su consentimiento para la captación y utilización de su imagen si tienen suficiente madurez, y en caso de que no la tengan los padres otorgarán el consentimiento previo conocimiento del Ministerio Fiscal.

El artículo 3 de la mencionada ley establece lo siguiente:

- “1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez”.

También resulta de aplicación, respecto a la imagen de los menores, la ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor cuyo artículo 4 preceptúa: Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.
2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.
3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.
4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del

menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

La legislación en materia de responsabilidad penal del menor también establece restricciones a los medios de comunicación. Por otro lado, el hecho de que siempre que haya menores pueda intervenir el Ministerio Fiscal dio lugar a que la Fiscalía General del Estado publicara una instrucción con reglas estrictas para evitar la explotación incluso paterna de los derechos de imagen de los menores.

En el caso de los menores e incapaces en la mayoría de las ocasiones el derecho a la información cede frente al derecho a la propia imagen de éstos, pues prima el interés del menor. Por tanto, en el caso de los menores hay que tener en cuenta que, en principio no siempre el consentimiento de los padres, o tutores legales, podrían garantizar que la captación y autorización de las imágenes de los menores sean del todo legítimas.

En cuanto a la Instrucción 2/2006 del Fiscal General del Estado sobre protección al honor, intimidad y propia imagen de los menores, aclara aquellos casos en los que no se considera vulnerada la imagen del menor.

Ante la preocupación manifestada por muchos federados respecto a las fotografías de menores, reiteramos la necesidad de contar con el consentimiento escrito de ambos progenitores. No obstante, con el fin de que los federados puedan comprobar la posición que mantendría el Ministerio Fiscal se exponen algunas ideas extraídas de dicha Instrucción del Fiscal General del Estado:

Ha de valorarse si la intromisión ha contado con el consentimiento de los progenitores del menor no maduro.

El menor maduro tiene derecho a ser oído antes de decidir sobre el ejercicio de

acciones. El Fiscal tiene la obligación de actuar aún cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad, ahora bien un arma de este calibre debe utilizarse con mesura.

El Fiscal deberá intervenir siempre que exista un ataque al honor, intimidad y propia imagen de los menores desamparados o en conflicto con sus progenitores, pero excepcionalmente cuando los progenitores ejercen correctamente la patria potestad.

Hay que tener en cuenta los usos sociales y la propia imagen del afectado.

La imagen del bebé también se protege.

No debe incurrirse en extremismos injustificados, incluso admitirse supuestos en los que la emisión de la imagen o ciertos datos del menor puede considerarse inocua para sus intereses.

La Fiscalía no actuará de oficio, ni apoyará la demanda de los padres cuando un medio difunda imágenes de informaciones relativas al mundo infantil, desfiles de moda infantil, estrenos de películas, etc..., si la imagen del menor es accesoría.

Los hijos de famosos son menores; sin más consideraciones.

La Fepfi se ha puesto en contacto con la Institución del Defensor del Menor a fin de aclarar las cuestiones que afectan a los fotógrafos y videógrafos en cuanto a la utilización y protección de la imagen de los menores, por lo que desde la Federación se informará detalladamente a los federados sobre las reuniones o conversaciones mantenidas en este sentido con la mencionada Institución.

«La Fepfi se ha puesto en contacto con la Institución del Defensor del Menor para aclarar cuestiones que afectan al fotógrafo y al videógrafo»