

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DERECHO A LA IMAGEN. MENORES: INTROMISIÓN ILEGÍTIMA POR INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.— Se publicó en la portada como en las páginas interiores la *fotografía de la menor Eva*, así como la solicitud de pasaporte de ésta (está sólo en el interior de la revista); la citada publicación se hizo *sin consentimiento o autorización* de su representante legal y aunque al final del reportaje publicado se hace constar que las fotos proceden de la agencia Korpa, tampoco se acredita que la fotografía publicada y obtenida mediante reproducción de la obrante en la ficha del pasaporte fuera cedida por la reclamante a la citada agencia para su difusión.

Doctrina.— Los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, artículo 3, se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como dice expresamente su preámbulo o exposición de motivos, estableciendo, después de reconocer, como no podía ser menos, el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, de los menores (art. 4.1) y de imponer la intervención del Ministerio Fiscal frente a aquellos actos que puedan constituir intromisión ilegítima en esos derechos (art.4.2), dispone que «*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*».

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

STS de 12 de julio de 2004 (*La Ley. Juris.* 1729079/2004. Ponente: don Pedro González Poveda); STS de 7 de julio de 2004 (*La Ley. Juris.* 1728949/2004. Ponente: don Alfonso Villagómez Rodil); STS de 2 de julio de 2004 (*La*

Ley. Juris. 1714/2004. Ponente: don Pedro González Poveda); STS de 26 de marzo de 2003 (*La Ley. Juris.* 1446/2003. Ponente: don Xavier O'Callaghan Muñoz); STC de 30 de enero de 2003 (*La Ley. Juris.* 1115/2003. Ponente: don Vicente Conde Martín de Hijas); STC de 2 de julio de 2001 (*La Ley. Juris.* 4591/2001. Ponente: don Carles Viver Pi-Sunyer); STS de 20 de mayo de 1997 (*La Ley. Juris.* 7778/1997. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes); STS de 7 de octubre de 1996 (*La Ley. Juris.* 9263/1996. Ponente: don José Almagro Nosete).

COMENTARIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. GENERALIDADES. II. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: A) DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA. B) ESENCIA DEL DERECHO. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS. C) LA IMAGEN Y LA IDENTIFICACIÓN. D) FINALIDAD DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: EVITAR LA DIFUSIÓN INCONDICIONADA DEL ASPECTO FÍSICO DE UNA PERSONA AL CONFIGURARSE COMO ELEMENTO ESENCIAL Y PRIMARIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.—III.- LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: A) LEGITIMIDAD O ILEGITIMIDAD DE LA INTROMISIÓN. B) SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: a) *Intromisión ilegítima. Ausencia de interés cultural*; b) *Intromisión ilegítima. Ausencia del requisito de imprescindibilidad de la imagen*; c) *Intromisión ilegítima. Inexistencia de interés cultural suficiente*; d) *Intromisión ilegítima. Reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular. La voluntad del titular del derecho y su prevalencia frente al interés público*; e) *Intromisión ilegítima. Vulneración del derecho cuando el individuo no explota su imagen*. f) *Intromisión ilegítima. Captación de fotografías en un ámbito privado. Inexistencia de interés público protegible*. C) INEXISTENCIA DEL DEBER DE SOPORTAR LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. D) EXISTENCIA DE INTROMISIÓN LEGÍTIMA. GRAVEDAD DE LA MISMA. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: a) *Justificación del interés de la investigación y el momento de la misma*; b) *Responsabilidad Patrimonial: cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria*.—IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LOS MENORES: A). EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR Y COOPERACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. B) EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO ESCRITO. C) OTRAS CUESTIONES: a) *Consentimiento en la captación de la imagen. Inexistencia del carácter indefinido*; b) *Consentimiento verbal de la madre*; c) *Consentimiento y madurez del menor de catorce años*.—V. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LOS DEMÁS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: A) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD: a) *La imagen como vehículo material para la vulneración del derecho a la intimidad*; b) *Captación de la imagen e inexistencia de invasión en la intimidad*. B) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DEL DERECHO AL HONOR. C) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO A LOS DERECHOS GENERALES DE LA COMUNIDAD (EL DERECHO DE LA SOCIEDAD A SER INFORMADA DEL RESULTADO DE LA ACTIVIDAD POLICIAL EN RELACIÓN CON UN DELITO, O DE LA SOLICITUD DE COLABORACIÓN CIUDADANA EN LA DETENCIÓN DE OTRO INDIVIDUO). D) SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS MENORES: EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DEBER PATERNO DE VELAR POR LOS HIJOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD. E) EL DERECHO A LA

IMAGEN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.—VI.- DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN, O A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: A) MECANISMO, CRITERIO, ÓRGANO ENCARGADO DE DETERMINAR LA LIMITACIÓN. B) PREVALENCIA DEL DERECHO DE INFORMACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA IMAGEN DEL MENOR.

I. INTRODUCCIÓN. GENERALIDADES

En este breve estudio evolutivo jurisprudencial vamos a analizar *el derecho a la propia imagen de un menor*, para ello vamos a examinar previamente qué entendemos por derecho a la imagen en general, cuando se produce una intrusión en la misma y si ésta es ilegítima, o no, para lo cual es fundamental conocer cuáles son las limitaciones de este derecho fundamental. Igualmente resulta interesante delimitar el contenido de este derecho, a fin de diferenciarlo de derechos de la personalidad próximos, como son la intimidad, el honor... o, para conocer cuándo prevalece este derecho frente a los derechos generales de la comunidad.

Para ello y sabiendo que hay abundante doctrina jurisprudencial, no hemos tratado estas cuestiones dogmáticamente ni *a priori*, sino tras el análisis de diversos casos concretos, pues no hay dos casos iguales, y por consiguiente es bastante difícil hacer generalizaciones. Debe analizarse cada caso concreto, ver su contenido, su alcance y comprobar, por ejemplo, si queda bajo la libertad de información, si está bien delimitado el derecho a la intimidad, si existe consentimiento del menor o de sus representantes legales, si se ha expresado con claridad para aquel contenido de la intimidad, o si se conculan la imagen y la intimidad unidos en el caso concreto inseparablemente...

II. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

A) DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA

La doctrina contenida en la STS de 7 de octubre de 1996 (FJ 5.º) (1) señala que el derecho a la propia imagen no tiene una protección tan limitada, como

(1) Antecedentes de la STS de 7 de octubre de 1996: don Alejandro H. M. formula como primer motivo (art. 1692.4 LEC) la infracción por inaplicación de lo previsto en el artículo 8.1 LO de 5 de mayo de 1982, sobre derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Relata el recurrente de acuerdo con los hechos probados que, como profesional de la fotografía y en cumplimiento del contrato concertado con el Ayuntamiento de Madrid, captó diversas fotografías, una de las cuales sirvió al Ayuntamiento para difundir una campaña informativa de «respeto a los mayores» en aras a «sensibilizar al público para que adopte un tipo de conducta más humanizada y tolerante con los mayores, concienciándole de que éstos requieren reconocimiento y respeto». Esta campaña publicitaria se adjudicó por concierto directo a la entidad K. A., a través de contrato firmado el 26 de junio de 1990. En el Boletín Informativo publicado por el Ayuntamiento de Madrid con el número 6 del mes de junio de 1990 aparece en la portada la foto entregada por el recurrente al Ayuntamiento en la que se inserta en su ángulo superior derecho la frase «Campaña de respeto a los mayores», y al pie de la foto se puede leer: «educa a tus hijos en el respeto a los mayores, porque ellos se lo merecen. Lo han dado todo y, aún hoy, lo siguen dando: cariño, consejos, enseñanzas... Un caudal

si tan sólo se tratara de preservar la imagen de la persona de aquellos ataques que tengan una finalidad económica, o de divulgación con fines publicitarios. La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 CE, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en *la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen, pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión*.

El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, 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 (art. 8.2.a Ley 1/1982).

Evidentemente, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y publica, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada. Ninguna de las personas fotografiadas sin su consentimiento puede decirse que desempeñara cargo o profesión públicos de notoriedad como la que proporciona el hecho de destacar en el arte, la ciencia, la política o el deporte; trátase de ciudadanos, muy respetables, por supuesto, que transitaban o se esparcían en la vía pública cuando fue captada su imagen y después publicada con ocasión de cierta campaña informativa, lo que supone, sin duda, la intromisión ilegítima en el ámbito de protección que dispensa el derecho a la propia imagen, conforme establece el artículo 7.5 de la citada Ley.

El legislador configura el derecho a la propia imagen, al determinar cuáles son las intromisiones ilegítimas en este derecho fundamental, incluso la doctrina jurisprudencial las reitera señalando 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, como también lo es la utilización de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*. El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. STS de 7 de octubre de 1996 (FJ 5.º).

de experiencias que tiene un valor incalculable y que ellos te lo dan gratis. Colabora en hacer la vida más grata a los mayores. Se lo merecen».

Son los padres del niño fotografiado y los cónyuges que aparecen en la imagen quienes han interpuesto LA DEMANDA.

B) ESENCIA DEL DERECHO. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

El derecho a la propia imagen, como derecho fundamental, es también un derecho de la personalidad que atribuye a la persona la facultad exclusiva a obtener, reproducir y publicar su propia imagen y, en su aspecto negativo, a impedir la obtención o reproducción y publicación de la imagen por un tercero.

Este es el contenido sustancial del derecho, que con precisión y exactitud define la sentencia de esta Sala de 11 de abril de 1987, citada y reproducida por otras Resoluciones posteriores y que conviene recordar: «Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y, en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en cuanto se trata de un derecho de la personalidad. Aun cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos y contingentes, las más de las veces, es lo cierto que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida origina un derecho al resarcimiento por violación de su *derecho a la intimidad*». STS de 7 de octubre de 1996 (FD 7.º).

C) LA IMAGEN Y LA IDENTIFICACIÓN

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 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.º) (2).

Debe tenerse en cuenta que 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* (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.º; 81/2001, FJ 2.º) y por ello nuestro ordenamiento constitucional le dispensa esta especial protección. No obstante, la protección constitucional de este derecho no alcanza su esfera patrimonial, ya que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen, aunque son dignos de protección y en nuestro Ordenamiento se encuentran protegidos —en especial en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen—, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el artículo 18.1 CE (STC 81/2001, FJ 2.º).

Ahora bien, no puede deducirse del artículo 18.1 CE que este derecho, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin re-

(2) STC de 2 de julio de 2001 (FD 6.º).

servas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (STC 81/2001, FJ 2.º).

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que «la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél» (STC 99/1994, FJ 5.º) (3).

- D) FINALIDAD DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN:
EVITAR LA DIFUSIÓN INCONDICIONADA DEL ASPECTO FÍSICO DE UNA PERSONA
AL CONFIGURARSE COMO ELEMENTO ESENCIAL Y PRIMARIO DE LOS DERECHOS
DE LA PERSONALIDAD (4)

Lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual [SSTC 231/1988, de 2 de

(3) Cuestión que también se pone de manifiesto en la STC de 30 de enero de 2003.

El demandante de amparo considera que han resultado vulnerados sus derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), como consecuencia de la difusión o distribución por parte de la policía a determinados medios de comunicación, sin resolución razonada del órgano o de la autoridad competente y sin que se le hubiera conferido un previo trámite de audiencia, de la fotografía que el día de su detención se le había tomado en dependencias policiales con destino a su ficha policial, pues tal actuación policial permitió, sin necesidad alguna, que se ofreciese la imagen, que constituye la máxima expresión de su identidad, de una persona sin ningún tipo de relevancia pública a la curiosidad, a la difamación y escarnio públicos, resultando además la fotografía difamante por sí misma, dada la situación en que lo representaba. STC de 30 de enero de 2003 (FD 3.º).

(4) STC de 30 de enero de 2003: El objeto del presente recurso de amparo queda circunscrito a determinar si han resultado vulnerados los derechos del demandante de amparo a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) como consecuencia de la difusión por la Jefatura Provincial de la Policía de Valladolid a diversos medios de comunicación de la fotografía que le fue tomada el día de su detención en las dependencias policiales con destino a su ficha policial.

diciembre, FJ 3.º; 99/1994, de 11 de abril (*La Ley. Juris.* 13125/1994), FJ 5.º; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4.º; 156/2001, de 2 de junio, FJ 6.º; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4.º).

En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las circunstancias del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.º), sino también una esfera personal, y, en este sentido, privada, de libre determinación; en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º; 139/2001, de 18 de junio, FJ 5.º; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4.º). STC de 30 de enero de 2003 (FD 5.º)

III. LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Como todos los derechos, el de la propia imagen no es absoluto en el sentido de que carezca de limitaciones; también los derechos fundamentales se encuentran sujetos a ellas; pero estas limitaciones no pueden restringir, hasta eliminarlo, el contenido y eficacia expansiva de los derechos inviolables de la persona, que, incluso con sus limitaciones, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, según el artículo 10.1 CE. De ahí que, como ha declarado el TC, los límites de *los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos* (SSTC 159/1986 de 12 de diciembre y 254/1988 de 21 de diciembre, entre otras). STS de 7 de octubre de 1996.

A) LEGITIMIDAD O ILEGITIMIDAD DE LA INTROMISIÓN (5)

El paso siguiente en nuestro análisis debe ser, si dada la intromisión, ésta puede considerarse ilegítima, como sostiene el recurrente en amparo, o no, como mantienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en cuyo análisis debe partirse de la consideración de cuál sea la *naturaleza* de esa *fotografía difundida*.

La fotografía cuestionada, distribuida por la Jefatura Provincial de la Policía de Valladolid, había sido tomada al demandante de amparo en las dependencias policiales en su condición de detenido, por resultar presuntamente implicado en la comisión de los hechos delictivos objeto de la investi-

(5) Puede acontecer así que, a pesar de haberse producido una intromisión en el derecho del demandante de amparo a la propia imagen, la misma no resulte ilegítima si se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental (en este sentido, STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4.º, y la doctrina constitucional allí citada).

gación policial y que habían dado lugar a la apertura de diligencias judiciales, y con la finalidad, según se indica en el ya referido informe del Jefe de la Brigada Provincial de la Policía Científica, de que sirviese para su identificación en los reconocimientos posteriores. Asimismo en el mencionado informe se indica que dicha reseña fotográfica conforma el archivo de *reseña de filiación*, que junto al biográfico y dactiloscópico es obtenido, administrado y custodiado por la Brigada de la Policía Científica, enviándose sendas copias de la reseña fotográfica al Servicio Central de la Policía Científica y a la Brigada de la Policía Judicial, suministrándose también todas las copias fotográficas que soliciten las Brigadas o Grupos de la Policía Científica y Judicial para la realización de gestiones de carácter profesional. Se trata, pues, de una actuación policial que se enmarca en la misión constitucionalmente conferida a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE), en concreto en el ejercicio de su función, para el cumplimiento de aquella misión, de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente, y de captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública [arts. 126 CE; 11.1.g) y h) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad —LOFCS—; 445 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, LOPJ; 282 LECrim.; 1 Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la policía judicial] (6).

B) SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

a) *Intromisión ilegítima. Ausencia de interés cultural*

Todo ciudadano debe gozar del derecho fundamental a su propia imagen, como reconoce el artículo 18 CE, pero los derechos protegidos por la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados y existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la Ley. El artículo 8.1 literalmente dice: *No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante* (STS de 7 de octubre de 1996) (7).

(6) En este sentido ha de traerse a colación, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que constituyen principios básicos de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado el deber de secreto profesional, que la Ley les impone, al disponer que «deberán guardar riguroso secreto respecto de todas las informaciones que conozcan por razón de su cargo o con ocasión del desempeño de sus funciones», sin perjuicio del deber de colaboración con la Administración de Justicia y de auxiliirla en los términos establecidos en la Ley [arts. 5.1.e) y 5 LOFCS; 443 LOPJ; 282 LECrim.; 15 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio]; así como, en relación con las personas detenidas, el de respetar en su actuación su honor y dignidad (art. 5.3 LOFCS).

(7) Entiende el recurrente que el interés público y cultural de la campaña en la que se utilizó la fotografía que captó resulta clarísimo. Mas es lo cierto, de acuerdo con el

El propio TS en la citada sentencia de 7 de octubre de 1996, en su FD 3.º entiende que no hay intromisión ilegítima en el caso que enjuicia y fundamenta su afirmación en que «la Sala de instancia considera que la intromisión no está justificada». El dato de la relevancia falta además como elemento sustancial del interés cultural. La intromisión ilegítima de los demandados en el derecho fundamental de los interesados a su propia imagen no puede ofrecer duda alguna. Don Alejandro H. M. capta, por medio de la fotografía, la imagen de los demandantes. Siendo indiferente que la foto la hubiera obtenido él personalmente o alguno de sus colaboradores o empleados, pues debe responder, tanto por sus propios actos (art. 1.902 del Código Civil), como por los de aquellas personas de quienes deba responder (art. 1.903 del Código Civil). Pero es que don Alejandro H. M. no se limita a captar la imagen por medio de la fotografía, sino que, además, hace entrega de la foto o del negativo al Ayuntamiento para que, si por éste se decidiera, fuera publicada, con lo que se convierte en el primer eslabón, indispensable e ineludible, de la publicación de la foto. Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid publica la imagen de los demandantes captada por medio de la fotografía y la utiliza para fines publicitarios. En el artículo 7.6 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, se habla de «fines publicitarios, comerciales...», con lo que se patentiza la idea de tener cabida en este precepto los fines publicitarios que no sean comerciales, es decir, aquellos en los que no exista un interés crematístico, como ocurre en el presente caso con la campaña publicitaria «Respeto a los mayores». Aun admitiendo el interés cultural que se resalta en la expresada campaña, ese interés no tiene un carácter relevante, que le haga prevalecer sobre el derecho de los ciudadanos a su propia imagen, dado que la intromisión ilegítima en ese derecho no resulta ni imprescindible ni necesaria para dar cumplida satisfacción al reseñado interés cultural. La referencia al interés cultural no puede ser «una patente de corso» de los organismos oficiales para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que, por el contrario, debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural (8).

escrito de impugnación del MF, que el interés cultural no cabe considerarlo tan relevante como para que predomine sobre el derecho fundamental a la imagen.

(8) Recordemos que en la STS de 7 de octubre de 1996, se denuncia la infracción (art. 1692.4 LEC) del artículo 8.2.c) de la LO 1/1982, al considerar que dentro de la información gráfica aparecida resulta casual o accesorio la imagen de los actores —y del menor— en el fotograma utilizado. Considera en este orden el recurrente que una simple ojeada revela cómo los adultos se encuentran en un segundo plano, en una perspectiva desprovista de relevancia alguna, soportando la imagen expresiva de la fotografía aquellas personas que no se identifican. Mas, como razona la sentencia recurrida, no nos encontramos en el presente caso ante el supuesto de hecho del que parte este precepto: «información gráfica sobre el suceso o acaecimiento público». Es obvio que la presencia en un parque público, un día soleado, de cinco personas adultas y dos niños, siendo todas ellas desconocidas para el público en general, no puede calificarse de «suceso o acaecimiento público». Pero es que además ese carácter accesorio no puede predicarse ni de la captación de la imagen de los demandantes en relación con la totalidad de la foto, ni de la foto en sí con la globalidad de la campaña informativa. Téngase en cuenta que de las cinco personas adultas y los dos niños que pueden observarse en la foto, los únicos a los que se puede identificar perfectamente por encontrarse de frente son el niño

b) *Intromisión ilegítima. Ausencia del requisito de imprescindibilidad de la imagen*

El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho debe situarse en la *imprescindibilidad* del uso de la imagen en atención a sus fines, imprescindibilidad que, desde luego, no concurre en el caso, pues se pudo y debió solicitar consentimiento o utilizar actores profesionales.

Accesoriedad de la imagen que también ha sido estudiada en relación no sólo con campañas publicitarias, sino como «acompañamiento» a una información gráfica. Así, por ejemplo, en la STC de 2 de julio de 2001 (9), el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas emitió un voto particular, en cuya argumentación destacó la necesidad de resultar imprescindible analizar pormenorizadamente en los supuestos de conculcación del derecho a la propia imagen la *accesoriedad* o no de las fotografías en relación con la información del acontecimiento. En tal análisis además, la especial índole de las fotografías, que lo eran del desnudo de la actora, suponía un elemento problemático adicional a la hora de resolver la relación entre las fotografías y el acontecimiento objeto de la información periodística. Contrasta sobre el particular la explicación de la sentencia de la Audiencia Provincial (FD 4.º), aunque breve, suficientemente expresiva, con la desnuda aserción con la que se rechaza en la del Tribunal Supremo. Conviene resaltar, a mayor abundamiento, el dato normativo, altamente significativo, de que en el artículo 8.2.c), objeto del debate en casación, no se habla de que la imagen de la persona sea accesorio de la información, sino que se cualifica la accesoriedad como *meramente accesorio*. Y en este caso, y habida cuenta de la *especificidad* de la imagen gráfica sobre la que se debatía, el adverbio utilizado en el precepto

y los dos adultos demandantes (además de otro adulto). Y respecto a la campaña informativa, ésta se basa y sustenta, como foto *estrella*, en la que es objeto de estudio en este proceso. STS de 7 de octubre de 1996.

(9) Los antecedentes de hecho de esta STC son los siguientes: La revista *Interviú* publicó un reportaje sobre sectas titulado «Sexo y negocios en nombre de Dios», que llevaba como subtítulo: «Barcelona: las Sectas Ceis y Niños de Dios acusadas de prostitución y corrupción de menores». Este reportaje se ilustraba con dos fotografías de la recurrente en amparo en la que aparecía desnuda y con la reproducción de unas notas manuscritas que el referido artículo atribuye a la recurrente. Dichas notas reproducían un supuesto diario de la ahora demandante en el que se hacía referencia a los contactos sexuales que había mantenido con distintos hombres (las referidas notas se publicaron con el titular «Diario íntimo de una prostituta de Ceis») y unos datos en los que supuestamente la demandante de amparo proporcionaba información sobre sus características físicas, su disponibilidad de tiempo y sus preferencias para seleccionar a las personas con las que mantener contactos. Junto a tales fotografías y manuscritos aparecía su nombre. También se hacía referencia a ella en el texto del reportaje, en el cual se afirmaba que era una prostituta y que trabajaba en los clubes de Valencia. La recurrente interpuso demanda por vulneración de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Solicitaba una indemnización de 100.000.000 de ptas. Esta consideración adquiere especial relevancia en el presente caso, ya que la recurrente obtuvo una sentencia parcialmente estimatoria en la que, a tenor de sus fundamentos jurídicos, sólo se apreció la vulneración del derecho a la propia imagen como consecuencia de haber publicado fotografías de la recurrente en las que aparecía su rostro y su cuerpo desnudo, pero no consideró que la información contenida en el texto del reportaje vulnerase ni su derecho al honor ni su derecho a la intimidad.

legal cobra una especial significación; lo que exigía una *valoración individualizada, ajustada a las circunstancias del caso* (10).

También ha sido analizada últimamente la *accesoriedad de la imagen de menores* en relación con una información gráfica. No es de recibo casacional el argumento de que la fotografía controvertida sólo tenía carácter accesorio de la información del artículo periodístico sobre la venta de alcohol a menores y la adopción de medidas por el Gobierno para acabar con la permisividad. Si bien el pie de la foto: «Jóvenes durante una fiesta estudiantil en Bilbao», resulta cierto, hay que tener en cuenta que se refería a momento distinto y anterior y no convierte la fotografía reeditada en totalmente inócua para el honor de los demandantes, pues hay que considerar que dicha reproducción periodística lo fue totalmente a destiempo, en forma imprudencial, injustificada y claramente ofensiva, al tratarse de foto donde los actores resultan perfectamente identificados y en actitud festiva y con expresión de quien ha ingerido bebidas alcohólicas, lo que para los lectores contiene el inevitable mensaje asociativo de su relación marginal con la tolerancia respecto a la ingesta de alcoholes por menores y de su inclusión directa en este grupo de jóvenes, lo que evidentemente determina que la publicación periodística de referencia constituye decidido ataque a su honor, como acertadamente estimó el Tribunal de Instancia, razones que llevan a decidir el rechazo del motivo (STS de 7 de julio de 2004).

c) *Intromisión ilegítima. Inexistencia de interés cultural suficiente*

El juzgador aclara que no es posible entender comprendida entre los límites del derecho a la propia imagen, que resultan del artículo 8.1 de la Ley 1/1982, la campaña publicitaria de orientación ciudadana acordada por el Ayuntamiento, que motivó la amplia difusión de las imágenes recurridas, *aunque no tuviera finalidad económica y sí tan sólo meramente educativa*, porque la campaña del Ayuntamiento no puede convertirse en título para la vulneración o desconocimiento de un derecho fundamental, cuyo respeto y amparo corresponde a todos los poderes públicos. Esta Sala, en sentencia de 19 de octubre de 1992, citada por la de instancia, ante un caso muy semejante a éste, no dio lugar al recurso de casación: en determinada publicación con fines educativos para la divulgación de ciertas experiencias entre los rectores de la educación, promovida por la consejera de una Comunidad Autónoma, se insertó la fotografía del hijo de la actora, imagen que no tenía ninguna relación con la experiencia y que fue obtenida en un centro hospitalario; ante este caso este Tribunal llegó a la conclusión de que *no hay un interés cultural suficiente para justificar la intromisión* en el derecho fundamental a la propia imagen del hijo de la actora. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 2.º).

(10) Por ello, el Magistrado consideró que, «unida la argumentación que acabo de exponer a la referida en ella de nuestra sentencia, había méritos suficientes para otorgar el amparo por vulneración del derecho a la imagen de la actora, en la medida en que la sentencia recurrida justificó, sin un razonamiento constitucionalmente aceptable, la intromisión en ese derecho».

- d) *Intromisión ilegítima. Reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular. La voluntad del titular del derecho y su prevalencia frente al interés público*

En general, 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, como también lo es la utilización de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera *aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento*, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 5.º).

Esto significa que el derecho a la imagen, se encuentra delimitado por *la propia 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*. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que 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 o difusión de su imagen.

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. A tenor de la doctrina expuesta debemos llegar a la conclusión de que la publicación sin el consentimiento de la ahora recurrente de unas fotografías que reproducen su imagen física de forma claramente identificable constituye una intromisión en su derecho a la propia imagen. Conviene indicar que tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Supremo parten de reconocer que no ha existido este consentimiento. STC de 2 de julio de 2001 (FD 6.º).

- e) *Intromisión ilegítima. Vulneración del derecho cuando el individuo no explota su imagen*

Los usos sociales, los propios actos y las pautas de comportamiento elegidos por los denunciantes al exhibirse en la plaza pública conllevan que la preservación de la intimidad *deba entenderse relativizada*. Pero debe remarcar-se que el derecho objeto de violación es el derecho a la propia imagen. Y, desde luego, no hay razones para considerar, en el caso, limitado tal derecho. La sentencia recurrida, con acierto, considera que no estamos en presencia de esta limitación al derecho, afirmando que *las personas cuyos derechos fueron vulnerados jamás han permitido la más mínima explotación de su imagen, por lo que los usos sociales no permiten su captación y mucho menos su publicación*; a lo que el recurrente opone que la exhibición en la plaza pública conlleva que la preservación de la intimidad debe entenderse relativizada, como

si el ciudadano perdiera sus derechos a la intimidad y a la propia imagen por el simple hecho de salir a la vía pública o desde que abandona su propio domicilio. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 6.º).

f) *Intromisión ilegítima. Captación de fotografías en un ámbito privado. Inexistencia de interés público protegible*

Al haberse publicado sin el consentimiento de la recurrente fotografías (imagen) en las que aparece desnuda y tratarse de fotografías que fueron captadas en un ámbito privado —lo que permite deducir su interés en no mostrar al público partes íntimas de su cuerpo—, debemos apreciar la existencia de una intromisión en su derecho a la intimidad que no puede considerarse legítima. Ni la circunstancia de pertenecer a una secta que fomenta la promiscuidad sexual de sus miembros conlleva que la demandante de amparo haya perdido el poder de reserva sobre partes íntimas de su cuerpo, ni tampoco puede considerarse en este caso que la referida intromisión pueda ampararse en la existencia de un bien o derecho fundamental merecedor de mayor protección: no la merece el alegado derecho a comunicar información, ya que, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, resulta claro que carece de interés público digno de protección la difusión de las fotografías en las que aparece el cuerpo desnudo de la recurrente. STC 2 de julio de 2001 (FD 5.º).

C) INEXISTENCIA DEL DEBER DE SOPORTAR LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

En la STC de 30 de enero de 2003, se argumenta que la Audiencia Nacional aduce en su sentencia que el recurrente en amparo tenía razonablemente *el deber de soportar la intromisión* que ha padecido en su derecho a la propia imagen porque en aquel momento estaba situado razonablemente en una posición que le era claramente desfavorable debida a su implicación en los hechos delictivos investigados (FD 11.º).

Mas tal argumentación tampoco puede justificar aquella intromisión, pues este Tribunal tiene declarado que la captación y difusión de la imagen de una persona sólo resulta admisible cuando su propia y previa conducta o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés público o ajeno que pueda colisionar con aquél (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.º; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6.º). En este caso, y aun admitiendo la desfavorable situación en la que se encontraba el recurrente en amparo, a pesar de que en sus declaraciones ante la policía proclamó su inocencia, no existen otros derechos o bienes constitucionales que prevalezcan sobre su derecho a la propia imagen y, en consecuencia, que resulten más dignos de protección que éste. Ha de concluirse, pues, que en este caso, en atención a las circunstancias del mismo, la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica tomada al demandante de amparo el día de su detención en dependencias policiales con destino a su ficha policial ha vulnerado su derecho a la propia imagen.

D) EXISTENCIA DE INTROMISIÓN LEGÍTIMA. GRAVEDAD DE LA MISMA.
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

En la STC de 30 de enero de 2003 se cuestiona la existencia de ponderación entre la intromisión del derecho a la propia imagen del recurrente en amparo y la defensa del interés público que se pretendía proteger. Y bien se comprende que el respeto a esa exigencia requería la fundamentación de la medida por parte de la autoridad que la ha adoptado, que permitiría que fuera apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales pudieran controlar las razones que la justificaron a juicio de la autoridad policial (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.º b).

Sin embargo, en el presente caso la medida tomada por la autoridad administrativa carece en el momento de su adopción de cualquier fundamentación, la cual sólo ha sido ofrecida *a posteriori* durante la tramitación del expediente por *responsabilidad patrimonial de la Administración promovido por el demandante de amparo*, en el que consta el informe emitido, a solicitud de la Instructora, por la Jefatura Superior de la Policía de Valladolid, en el que se justifica la distribución de las fotografías de los presuntos autores de los hechos delictivos investigados, entre ellas la del demandante de amparo, «por la trascendencia social que supuso la gravísima agresión y con la pretensión de que algún testigo, dada la hora y zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión» (FD 10.º).

Por su parte, la Audiencia Nacional justifica en su sentencia la distribución por la policía de las reseñas fotográficas policiales, no sólo de la persona huida, sino también de las dos personas que le acompañaban ese día y en el lugar de los hechos, en atención a los fines perseguidos por dicha actuación policial (11). En el mismo sentido se pronuncian el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, para quienes, en síntesis, la distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo encuentra su justificación en su posible participación en los hechos delictivos investigados, que revestían especial gravedad, y en la finalidad de lograr la colaboración ciudadana en la detención de la tercera persona implicada en aquellos hechos que, en ese momento, se encontraba huida de la Justicia, esto es, en definitiva, como aduce el Ministerio Fiscal, en la salvaguarda de la seguridad pública y la prevención de las infracciones penales.

(11) Enumerando como tales: 1.º) tranquilizar a la opinión pública en un hecho de grave conmoción social; 2.º) transmitir un mensaje de eficacia policial, y 3.º) hacer saber al huido que su cerco era más estrecho. A lo que añade la consideración de que «no fue sino hasta el juicio cuando se pudo precisar el alcance de la conducta más que sospechosa» del recurrente en amparo, «y si tal ocurrió mucho tiempo después y sólo fue posible en ese momento, no hubo ilegitimidad en aquella actuación policial inicial», pues «no fue una publicidad gratuita sino enmarcada, como suele ser normal (vid. fotografías de presuntos miembros de ETA o retratos-robot que se difunden) en ámbito de la investigación para sus específicos fines y con un mínimo de cautela y objetividad en las palabras empleadas». Concluye la sentencia afirmando que: «Aquí el proceder fue legítimo y justificado y el destinatario tenía razonablemente el deber de soportarlo porque también razonablemente y en aquel momento estaba situado en una posición que le era claramente desfavorable» (FD 4.º).

a) *Justificación del interés de la investigación y el momento de la misma* (12)

La justificación de la distribución de la fotografía se centra en los fines de la investigación (13). La Audiencia Nacional parte de la consideración de que la difusión por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo «no constituyó una publicidad gratuita», enmarcándola en el ámbito de la investigación policial para sus fines específicos. Pero en el presente caso la medida adoptada por la autoridad administrativa *careció de fundamentación en el momento de su adopción*, la cual sólo fue ofrecida *a posteriori durante la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración*, aduciéndose como razones de la difusión, a las que seguidamente nos referiremos, la trascendencia social de los hechos delictivos y la facilitación de nuevos datos que permitiesen la detención del tercer individuo interviniente en la agresión, el hermano del demandante de amparo, que en ese momento se encontraba huido (14).

También debe destacarse que *reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad*, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4.º; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4.º; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8.º; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º (*La Ley. Juris.* 5741/2002); 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4.º). Pues bien, en el presente caso no puede estimarse que la intromisión que ha padecido el recurrente en amparo en su derecho a la propia imagen se encuentre justificada por los distintos bienes constitucionales e intereses

(12) STC de 30 de enero de 2003 (FD 11.º).

(13) El TC ha tenido ocasión de declarar que la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2.º; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.º a; 292/2000, de 30 de noviembre (*La Ley. Juris.* 11336/2000), FJ 9.º; ATC 155/1999, de 15 de junio).

(14) Debe destacarse que las finalidades específicas de la investigación policial que con carácter genérico enuncia la Audiencia Nacional para justificar la difusión de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo ni siquiera son en momento alguno identificadas en su sentencia, por lo que no resulta convincente, en razón de las circunstancias concurrentes en el presente caso, que con la difusión por la policía de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo a determinados medios de comunicación se persiguiesen finalidades específicas en el ámbito de la investigación policial.

Resulta necesario reparar al respecto que en este caso los presuntos autores de los hechos delictivos investigados ya habían sido identificados por la policía, quien, además, contaba con la reseña fotográfica de cada uno de ellos; que dos de ellos, entre los que figuraba el demandante de amparo, se encontraban detenidos en dependencias policiales en el momento de procederse por la policía a la difusión o distribución a determinados medios de comunicación de la fotografía tomada al recurrente en amparo con destino a su ficha policial; y, en fin, que el tercer implicado, aunque se encontraba huido, ya había sido identificado, habiendo difundido también la policía a los medios de comunicación su reseña fotográfica.

públicos aducidos por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, la sentencia de la Audiencia Nacional y por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones. Por el contrario, tal medida no se revela como idónea, necesaria ni proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dicen perseguir con la difusión a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo (15).

b) *Responsabilidad patrimonial: cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria*

Al objeto de determinar los efectos del otorgamiento del presente recurso de amparo (art. 55.1 LOTC), hemos de recordar que la responsabilidad patrimonial del Estado es una cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria y ajena, por tanto, a este proceso constitucional la determinación de si concurren los presupuestos constitucional y legalmente exigibles sobre la existencia en este caso de una responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, como pretende el demandante de amparo. Procede, en consecuencia, que junto a la declaración de reconocimiento de los derechos fundamentales vulnerados se declare la nulidad de la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo

(15) En este caso, dadas sus circunstancias, tales bienes o intereses en modo alguno requerían para su consecución y satisfacción la difusión por parte de la policía de la reseña fotográfica policial obtenida del demandante de amparo a los fines de la investigación y esclarecimiento de los hechos investigados, pues, identificados los presuntos autores de los hechos delictivos, y encontrándose detenido el demandante de amparo, su satisfacción se alcanzaba perfectamente, sin merma alguna, informando a la opinión pública sobre las investigaciones policiales llevadas a cabo, sus resultados positivos, la detención de dos de las personas presuntamente implicadas en los hechos investigados y la búsqueda de la tercera que se encontraba huida e identificada por su propia reseña fotográfica. En este sentido no puede dejar de resaltarse la contradicción que se advierte en la actuación policial, en cuanto, de un lado, en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid se oculta respetuosamente la identidad del demandante de amparo, al que únicamente se le identifica, como al otro detenido, con su nombre propio y las siglas de sus apellidos; y, de otro lado, se procede a difundir y distribuir a determinados medios de comunicación la reseña fotográfica policial de una persona sin relevancia pública, como lo es el demandante de amparo, reseña fotográfica que constituye la máxima expresión de su identidad.

E igual conclusión ha de alcanzarse en relación con la argumentación de que la finalidad pretendida con la difusión de la reiteradamente mencionada reseña fotográfica policial del demandante de amparo era *la de hacer saber a la persona huida que su cerco era más estrecho y la de lograr la colaboración ciudadana en su detención*. Finalidades estas, sin duda, perfectamente legítimas, pero para cuya consecución y satisfacción tampoco se releva como idónea, necesaria y proporcionada la difusión por parte de la policía de aquella reseña fotográfica, pues para alcanzarla bastaba con hacerle saber a la persona huida que estaba identificaba, que se la estaba buscando y que se encontraban detenidas las otras dos personas implicadas en los hechos investigados, extremos estos que figuraban en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid a los medios de comunicación, pudiendo justificar también la pretendida colaboración ciudadana para su detención la difusión de la fotografía de la persona huida, pero no la de quien, como el demandante de amparo, se encontraba ya detenido, pues nada aportaba a la finalidad perseguida.

de 2000, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse la mencionada sentencia, para que se dicte una nueva sentencia respetuosa con los derechos fundamentales declarados vulnerados en la que el órgano judicial, si procede, se pronuncie sobre la pretensión del demandante de amparo de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. STC 30 de enero de 2003 (FD 13.º).

IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LOS MENORES

A) EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR Y COOPERACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Los derechos fundamentales regulados por la LO 1/1982, como derechos de la personalidad, tienen carácter irrenunciable e inalienable, aunque permiten determinadas limitaciones impuestas, unas, por la ley, fundadas en el interés público, y otras, por decisión voluntaria del propio titular del derecho, al que se le permite realizar actos de disposición de alguna de las facultades o poderes que configuran el contenido de esos derechos. Entonces, en realidad, no hay intromisión ilegítima en el ámbito de protección jurídica del derecho fundamental de que se trate. La facultad de disposición sobre algunas de las facultades que integran estos derechos no está totalmente eliminada del tráfico jurídico, pero siempre es preciso que conste el consentimiento expreso del titular del derecho (art. 2.2), que pueden prestarlo no sólo el sujeto que tenga plena capacidad de obrar, sino también los que tienen limitada su capacidad, como los menores e incapaces, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (art. 3.1). Sin embargo, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, como es un niño de tres años, entonces sólo puede manifestar el consentimiento su representante legal (art. 3.2). Pero este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario, además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del MF, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación (16).

B) EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO ESCRITO

El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del MF (art. 3.2). Sólo con la intervención de éste, el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. En cualquier caso, el consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la Ley 1/1982, cuando se trata de menores sin

(16) En la vulneración de un derecho de un menor de edad (que en 1990 cumpliría tres años), Gerardo José G. G. de M., nacido el 22 de noviembre de 1987, respecto al cual cualquier acto de disposición o autorización sobre los derechos fundamentales reconocidos en la CE, y protegidos civilmente en la Ley 1/1982, habría requerido necesariamente la intervención del MF. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 6.º).

condiciones de madurez, sólo se logra por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del MF, que desde luego en el caso debatido no han tenido intervención alguna para permitir la captación y reproducción fotográfica de la imagen del menor. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 6.º).

C) OTRAS CUESTIONES

a) *Consentimiento en la captación de la imagen.*
Inexistencia del carácter indefinido

En el supuesto de la STS de 7 de julio de 2004, se combate abiertamente el *factum* de que no se acreditó la existencia de consentimiento ni expreso ni tácito, tanto para la primera publicación en 1992 como para la que tuvo lugar en 1997. Y, aún en el supuesto hipotético de que hubiera concurrido alguna clase de conformidad en el año 1992, hay que entender que no puede reputarse como *consentimiento indefinido y para siempre vinculante, ya que la posible autorización inicial lo fue para una ocasión bien precisada*, es decir, se trataba de una fiesta estudiantil, por lo que con la publicación en 1997 se produjo efectiva desviación y mal uso de lo consentido al llevar a cabo un aprovechamiento alterador con la inclusión de la fotografía en el reportaje sobre consumo de alcohol por menores, que nada se demostró pudiera relacionarse con los demandantes, tratándose de una incorporación innecesaria y del todo injustificada.

El motivo se rechaza. No hubo consentimiento demostrado, como correspondía a los recurrentes, tanto inicial como posterior y, aún mediando aquél, lo que sí resulta claro y evidente es que la reproducción de la fotografía en 1997 lo fue en contra de la voluntad de los actores y ello determina que hubo ausencia de la autorización que resultaba necesario (sentencias de 10-10-1994, 12-12-1995, 24-4-2000 y 24-12-2003).

b) *Consentimiento verbal de la madre* (17)

Lo anterior debe relacionarse con el *consentimiento* que alcanza a lo manifestado en la entrevista relativo a la supuesta intimidad y a la imagen. Tanto lo que se dice, como la imagen que aparece, se hace en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor; es cierto que debería haber otorgado el consentimiento por escrito y haberlo puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal como obliga el artículo 3.2 de la Ley de Protección del Derecho al Honor, Intimidad e Imagen, cuyo incumplimiento le afecta a ella, no a los demandados. Además, a mayor abundamiento, el artículo 3.1 dispone que el consentimiento lo preste el menor si sus condiciones de madurez lo permiten, lo que coincide con el artículo 162, segundo párrafo, 1.º, del Código Civil.

(17) Consentimiento de la madre, en tanto que representante legal del menor, y de éste en condiciones de madurez para aceptar una entrevista de televisión.

c) *Consentimiento y madurez del menor de catorce años*

No está claro si reunta las condiciones de madurez: la sentencia de instancia dice que «sufrió un ligero retraso mental», pero no especifica, y lo cierto es que ni estaba incapacitado ni el retraso era notorio, la sentencia de instancia deduce —no lo declara como hecho probado— que «no había tal madurez» de la situación de limitación por haber recibido dos días antes cinco puñaladas, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y el joven de catorce años, de una vida —como el mismo relata— desgraciada y agitada, no permite negar unas claras condiciones de madurez para consentir una entrevista por televisión. STS de 26 de marzo de 2003 (FD 3.º) (18).

V. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LOS DEMÁS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, consagrados en el artículo 18.1 de la Constitución, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico.

A) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

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 identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, *también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad*, supuesto este que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder 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. STC 2 de julio de 2001 (FD 3.º).

(18) Antecedentes de Hecho: Los hechos se reducen a una entrevista al menor de catorce años de edad, cuyo entrevistador no aparece en el Hospital «12 de octubre» de Madrid, donde se halla en la cama y cuenta cómo fue agredido por otros jóvenes que le golpearon y le asestaron varios navajazos, de cuyas heridas se restablece en dicho hospital; cuenta también que su madre le pegaba con la mano y que se marchó de casa y fue llevado a un centro de menores; a continuación, el mencionado presentador entrevista a la madre, que manifiesta que su hijo es muy agresivo, que un familiar le indujo a actuar contra la madre, que la denunció por malos tratos, que se escapaba e iba por la calle vendiendo pañuelos y que se junta con malos amigos.

a) *La imagen como vehículo material para la vulneración del derecho a la intimidad*

El ámbito específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones gráficas de una persona que no lesionen ni su derecho al honor ni su derecho a la intimidad (STC 81/2001, FJ 2.º), pero no cabe descartar la vulneración de aquel derecho en los casos en los que la difusión de una imagen pueda estimarse al mismo tiempo contraria al buen nombre o a la propia estima o a la intimidad. El carácter autónomo de los derechos del artículo 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene, respecto de los demás, la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional. La especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una *imagen* que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer disminuir su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad o ambos derechos (19). STC de 2 de julio de 2001 (FD 3.º) (20).

(19) FD 3.º STC de 2 de julio de 2001: Esta constatación lleva a afirmar, en cuanto al canon de enjuiciamiento a aplicar, que, cuando se denuncia que una determinada imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del artículo 18.1 CE, deberán enjuiciarse por separado esas pretensiones, examinando respecto de cada derecho si ha existido una intromisión en su contenido y posteriormente si, a pesar de ello, esa intromisión resulta o no justificada por la existencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso. Sin embargo, en supuestos como el presente, en los que se denuncia la vulneración, a través de unas mismas fotografías, de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, debe advertirse de entrada que si se constata una vulneración del derecho a la intimidad y, al mismo tiempo, una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, no será necesario indagar si respecto de esta inferencia existen causas justificativas —relacionadas con la accesibilidad del reportaje respecto de la noticia, el carácter público de la persona afectada, etc.—, ya que la captación y difusión inconsentida de la imagen de una persona que permita su identificación y al mismo tiempo suponga una vulneración de la intimidad personal o familiar entraña en sí misma una lesión del derecho a la propia imagen. Veamos, pues, si en el caso aquí enjuiciado se han conculcado los derechos alegados.

(20) En el presente caso, las fotografías objeto de enjuiciamiento, no sólo permitían la identificación de la recurrente, sino que al mismo tiempo, de forma inescindible, mostraban su cuerpo desnudo, por ello, como hemos avanzado, la declaración de que esas imágenes gráficas han vulnerado su derecho a la intimidad, permite concluir que la intromisión en su derecho a la propia imagen es también una intromisión constitucionalmente ilegítima, sin que para alcanzar esa conclusión sea necesario analizar si concurren otros bienes o derechos (FD 6.º).

b) *Captación de la imagen e inexistencia de invasión en la intimidad*

La captación de la imagen en el supuesto enjuiciado de la recurrente en la forma y lugar dichos, *no implica invasión alguna a la intimidad de la misma*, no constituye injerencia en ese ámbito reservado e íntimo de la persona, por lo que es ajustada a derecho la sentencia recurrida al desestimar la pretensión actora (21). STS de 2 de julio de 2004 (FD 3.º).

Ateniéndonos a la actuación policial cuestionada y a los términos de las alegaciones formuladas en el escrito de formalización de la demanda de amparo y en el posterior trámite del artículo 52 LOTC, su queja ha de reconducirse a la posible lesión del derecho a la propia imagen y del derecho al honor, sin que como consecuencia de aquella actuación haya resultado afectado su derecho a la intimidad personal, ni al respecto se ofrezca argumentación alguna en relación con su posible vulneración, *ya que la fotografía difundida por la policía no desvela aspectos de su vida privada o partes íntimas de su cuerpo* (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3.º).

B) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DEL DERECHO AL HONOR

En la STC de 30 de enero de 2003, el demandante de amparo considera que la difusión de su reseña fotográfica policial ha vulnerado, además de su derecho a la propia imagen, su derecho al honor (art. 18.1 CE), al resultar dicha fotografía difamante por sí misma, dada la situación en que lo representa. Aduce al respecto, en el trámite de alegaciones del artículo 52 LOTC, que la toma de la fotografía de una persona detenida en dependencias policiales representa a esa persona en un momento importantísimo de su vida, no siendo dicha imagen, que no trasluce lo mejor de ella, la deseada por la persona fotografiada.

El *honor* como objeto del derecho consagrado en el artículo 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso que deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este

(21) Dice la sentencia de 22 de diciembre de 2000 (*La Ley. Juris.* 137/2001) que «el concepto de intimidad personal no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, como ha acreditado esta Sala de Casación Civil (sentencia de 13 de marzo de 1989), pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma patrimonio personal que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que constituye su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica, y como es lógico no es la misma para todos, ya que cada persona tiene su propia intimidad, que actúa como privacidad en exclusiva, a la que acompaña la condición de ser excluyente por mandato constitucional».

Tribunal no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (FD 12.º).

Dado que el derecho al honor posee un objeto determinado, y no se reduce a un simple derecho de reacción frente al incumplimiento de una prohibición constitucional de revelar o divulgar información sobre alguien, no se lesiona por el simple hecho de que un tercero, sea un particular o el Estado, realice determinadas conductas como las que consisten, justamente, en divulgar información u opinar sobre una persona. Es más, esa conducta puede ser ilícita o no estar protegida por el ejercicio de un derecho fundamental y, sin embargo, no lesionar el derecho al honor ajeno porque simplemente no ha mancillado su «honor» en los términos en los que éste viene definido constitucionalmente. En suma, el derecho al honor prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer ante la opinión ajena, de modo que lo protegido por el artículo 18.1 CE es la indemnidad de la apreciación que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquélla desearía tener. Y, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FF.JJ. 4.º y 5.º; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6.º; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5.º; 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6.º; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2.º, por todas).

No cabe negar, en principio, que la difusión de la imagen de una persona en su condición de detenida, como en este caso representa al demandante de amparo la reseña fotográfica policial distribuida a los medios de comunicación, pueda dañar la reputación de esa persona, en cuanto conlleva o puede conllevar, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un desmerecimiento en la consideración ajena, quedando de ese modo menoscabada su reputación.

C) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS GENERALES DE LA COMUNIDAD (EL DERECHO DE LA SOCIEDAD A SER INFORMADA DEL RESULTADO DE LA ACTIVIDAD POLICIAL EN RELACIÓN CON UN DELITO; O DE LA SOLICITUD DE COLABORACIÓN CIUDADANA EN LA DETENCIÓN DE OTRO INDIVIDUO)

En la STC de 30 de enero de 2003 se establece cómo el derecho a la imagen se encuentra delimitado por la propia 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. No obstante, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada *ceda*, lo que ocurrirá en los casos en que 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 evitarlas*. 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 (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6.º) (FD 5.º) (22).

D) SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS MENORES: EL DERECHO A LA IMAGEN
Y EL DEBER PATERNO DE VELAR POR LOS HIJOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD (23)

La jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 30 de noviembre de 1992, *La Ley. Juris.* 12873/1992 y de 2 de diciembre de 1996, *La Ley. Juris.* 467/1997 y 12 de junio de 1999) ha venido admitiendo como medios probatorios las cintas magnéticas, videos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual, y hoy el artículo 382 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil regula, entre los medios de prueba, «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes», e igualmente admite estos medios de prueba el artículo 299.2 de esta Ley. De ahí la licitud de la obtención de estos medios de prueba, siempre que esa abstención no se haya realizado en forma contraria a Derecho o con vulneración de los derechos fundamentales de las personas a que tales grabaciones o filmaciones se refieran, y de ahí que el artículo 102 del Real Decreto 2364/1994 ponga como límite a la actuación de los detectives privados el que «en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios personales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (art. 102). En el caso, las imágenes han sido captadas, que no reproducidas ni publicadas, en la calle, como ponen de manifiesto ambas sentencias de instancia, recogiendo la entrada y salida de la vivienda de la actora-recurrente y de sus hijos y otras personas no identificadas; si bien el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 considera intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de una persona, su captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o

(22) En resumen, la difusión o distribución por la policía de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo sin su consentimiento a determinados medios de comunicación, lo que ha permitido a éstos su posterior publicación, en cuanto reproduce su imagen física de forma que permite claramente su identificación, puede constituir una intromisión en su derecho a la propia imagen. Asimismo en esta línea argumental no resulta ocioso traer a colación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la toma de fotografía, con o sin su consentimiento, de una persona detenida en un centro militar constituye una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.2 CEDH; STEDH de 28 de octubre de 1994 —caso Murray contra Reino Unido—, §§ 84 y 85) (FD 6.º).

(23) Antecedentes de hecho STS de 2 de julio de 2004: El 5 de octubre de 1994, Adolfo, separado de su esposa, la demandante, por sentencia de 1 de septiembre de 1994, contrató los servicios del detective don Gonzalo para que realizara un servicio técnico de observación sobre la actora y sus hijos por presumir irregularidades en el cuidado y vigilancia de los mismos. Dicho servicio comenzó en noviembre de 1994, siendo el último informe unido a los autos de 16 de marzo de 1995; el servicio se realizó por sistema de grabación continua con cámara y vídeo. Desde la parte trasera de la vivienda de Adolfo se divisa perfectamente la vivienda de la actora, sita en la misma calle. La cámara de vídeo empleada en la investigación se ubicó en una de las ventanas traseras de la vivienda del señor Adolfo, enfocando directamente la vivienda de la actora y sus hijos, captando las personas que entran y salen de la vivienda, si lo hacen o no acompañados.

cualquier otro procedimiento, en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, el propio artículo 7.5 se cuida de excepcionar los casos previstos en el artículo 8.2 de la Ley. Respecto a la enumeración de los supuestos de excepción recogidos en el artículo 8.2, tiene declarado esta Sala —sentencias de 28 de diciembre de 1996 y 25 de septiembre de 1998— que sus apartados son meramente enumerativos y no puede considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso. STS de 2 de julio de 2004 (FD 2.º).

Es deber de los padres el de velar por sus hijos sujetos a la patria potestad (art. 154.1.º del Código Civil), deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en proceso matrimonial; por ello, la *adopción por el progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a comprobar que estos hijos se encuentren correctamente atendidos por aquél a cuya guarda y custodia han sido confiados*, medidas como son las aquí controvertidas, encuentran plena justificación ya que, en otro caso, el padre o madre separado de sus hijos se vería imposibilitado de cumplir con ese deber impuesto por la patria potestad de la que no ha sido privado e incluso, caso de tener que acudir a los tribunales para impetrar las medidas necesarias para el correcto cuidado de los menores, se vería impedido de utilizar medios de defensa legalmente admitidos. En conclusión no hay una vulneración del derecho a la propia imagen, teniendo en cuenta el lugar en que fue captada la imagen y la finalidad perseguida.

E) EL DERECHO A LA IMAGEN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

En la STC de 30 de enero de 2003 se alega que la reseña fotográfica del recurrente en amparo conforma el archivo «reseña de filiación», y que, de conformidad con la legislación en aquel momento vigente, «la recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad» (art. 20.2 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal —LORTAD—; también el artículo 22 de la actualmente vigente Ley Orgánica 15/1999, de 14 de diciembre, de protección de datos de carácter personal —LOPD—). Tales datos, además, de acuerdo con los principios de protección de datos recogidos en el Título II de la mencionada Ley, «no podrán usarse para finalidades distintas a aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos» (art. 4.2 LORTAD; también art. 4 LOPD), estando obligados el responsable del fichero automatizado y quienes interviniesen en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal «al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar las relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo» (art. 10 LORTAD; también art. 10 LOPD). Finalmente, únicamente estaba autorizada su cesión, sin el previo consentimiento del afectado, en los tasados supuestos del artículo 11.2 LORTAD, entre los que no se contempla la cesión a los medios de comunicación de datos per-

sonales que figuren en los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (en el mismo sentido, art. 11.2 LOPD) (FD 7.º).

En definitiva, ha de configurarse la fotografía cuestionada como un dato de carácter personal del demandante de amparo, obtenida y captada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el ejercicio de la función constitucional y legalmente conferida de investigación de los delitos y detención y aseguramiento de sus supuestos autores, y respecto al cual sus miembros están obligados en principio al deber del secreto profesional.

VI. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN, DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN, O A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la información, así como la libertad de expresión, al igual que la libertad de creación artística pueden, en determinadas circunstancias, operar como límite al contenido del derecho a la propia imagen (en este sentido, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 4.º; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4.º; 83/2002, de 22 de abril, FF.JJ. 3.º y 4.º).

En el supuesto de la STC de 30 de enero de 2001 ha de rechazarse el indicado planteamiento que efectúan el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, al apreciar que se contrae a un conflicto entre el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo y el derecho a la libertad de información, pues, sin necesidad de detenernos, por no resultar necesario para la resolución del presente recurso de amparo, en otras consideraciones sobre el deber de las Administraciones Públicas de informar sobre determinados asuntos que afectan a bienes cuya protección les está encomendada (medio ambiente, sanidad, seguridad pública, etc.), en tanto y cuanto tal información puede facilitar la difusión y recepción de información veraz (STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4.º), los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.º; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11.º; 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2.º; 6/1988, de 21 de enero, FJ 5.º; 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2.º, por todas), pero en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos (en relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4.º; 254/1993, de 20 julio, FJ 7.º; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero) (FD 8.º) (24).

(24) Así, con referencia genérica a la libertad de expresión, se ha declarado en la mencionada STC 254/1993, de 20 de julio (*La Ley. Juris.* 2282, TC 1993), que la información que las Administraciones Públicas recogen, conservan y archivan, ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley y ha de ser, además, adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 CE, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones, desde el reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias o económicas de la Seguridad Social hasta la represión de conductas ilícitas, incluyendo cualquiera de la variopinta multitud de decisiones con que los poderes públicos afectan a la vida de los particulares

A) MECANISMO, CRITERIO, ÓRGANO ENCARGADO DE DETERMINAR LA LIMITACIÓN

Tiene declarado con carácter general el Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.º; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5.º, entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3.º). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 61/1982, de 13 de octubre, FJ 5.º; 13/1985, de 31 de enero, FJ 2.º), *ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone* (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.º) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10.º; 196/1987, de 11 de diciembre, FF.JJ. 4.º a 6.º; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.º; 137/1990, de 19 de julio, FJ 6.º; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.º). STC de 30 de enero de 2000 (FD 9.º).

En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5.º; 55/1996, de 28 de marzo, FF.JJ. 7.º, 8.º y 9.º; 270/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.º e; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.º; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6.º).

B) PREVALENCIA DEL DERECHO DE INFORMACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA IMAGEN DEL MENOR

Hay supuestos de prevalencia del derecho de información, de falta de intromisión ilegítima en la intimidad del menor y de existencia del consentimiento en la divulgación de hechos personales y de la aparición de la imagen del menor en la televisión. Es lo que acontece en la STS de 26 de marzo de

(FJ 7.º). En este sentido, con base en las mismas razones que las esgrimidas en relación con la libertad de expresión, ha de señalarse, en lo que aquí interesa y como se infiere del mencionado auto, respecto a la titularidad por las instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el artículo 20.1.d) CE (ATC 19/1993, de 21 de enero).

2003, el recurso que ha interpuesto Gestevisión Telecinco, S. A. y don Pedro R. tiene un único motivo, que se estima, pues se considera que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 20.1.d) de la Constitución Española, relativo al derecho de información, y los artículos 2.2 y 3.1 de la Ley de protección civil del derecho al honor, intimidad e imagen, relativo al consentimiento, tal como se ha expuesto. Lo cual coincide con el motivo primero del recurso interpuesto por don Julián L. S. J., que alega la infracción del artículo 20 de la Constitución Española, que ciertamente y como se ha dicho, sí se ha producido: por lo cual debe estimarse este motivo, careciendo de interés entrar en el análisis de los restantes (FD 4.º).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de Familia

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FAMILIARES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—Desde hace varios años, más de seis en la actualidad, el citado padre biológico no ha visto a su hija, hasta el punto de que no cree que le reconozca si le ve; igualmente, desde enero de 1992 no se ha preocupado de la alimentación y sustento de su hija, como también resulta haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma sin haber empleado ni una peseta de ella en tales menesteres, dedicándola en su totalidad a sus atenciones.

Doctrina.—El padre y actor, hoy apelado, ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hace acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de su hija, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 del Código Civil. E igualmente esa circunstancia debe llevar a denegarle el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación.

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

STS de 11 de octubre de 2004 (*La Ley. Juris.* Ponente: don José Almagro Nosete); STS de 31 de diciembre de 1996 (*La Ley. Juris.* 508/1996. Ponente: don José Almagro Nosete); STS de 5 de octubre de 1987 (*La Ley. Juris.* 12627-JF/0000. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno).