

EL DERECHO A LA IMAGEN DE LOS FAMOSOS:
EL CASO ELSAPATAKY

*THE RIGTH TO IMAGE FROM FAMOUS PEOPLE:
THE ELSAPATAKY CASE*

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 148-159



Enric
BATALLER
RUIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de agosto de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: Son muy numerosas las resoluciones judiciales españolas dictadas a propósito de la colisión entre la libertad de información y los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen personal. Particularmente interesantes han sido las disputas planteadas por personajes públicos que habitualmente acaparan las portadas de los medios de comunicación dedicados al entretenimiento. Los tribunales se han ido enfrentando a una densa casuística que les ha permitido determinar cuándo acaba la información y cuándo empieza la intromisión en la intimidad, así como para fijar los límites entre los lugares públicos y el espacio privado.

PALABRAS CLAVE: Libertad de información, derecho a la intimidad, derecho a la imagen personal, colisión de derechos fundamentales, personaje público, espacio público y espacio privado.

ABSTRACT: There are many judiciary rulings concerning conflict between freedom of the press and privacy. Particularly interesting are those relating disputes held by celebrities that usually cover the front pages of entertainment newspapers and magazines. Courts have been facing a large casuistry that allows them to determine when information finishes and when starts non-permitted access to privacy, as well as to fix limits between public places and private space.

KEYWORDS: Freedom of the press, privacy, right to public image, conflict between constitutional rights, celebrity, public and private space.

SUMARIO: . Introducción.- II. Los hechos.- III. El iter procesal.- I. El planteamiento de la demanda.- 2. El recurso de apelación.- 3. El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La STS 24 julio 2012 (RJ 2012, 8371) puso fin a la controversia que enfrentó judicialmente durante más de 5 años a la actriz Elsa Pataky con varias empresas editoriales, a propósito de la publicación de ciertas imágenes captadas inconscientemente mientras la actriz realizaba un reportaje fotográfico pactado. Esta sentencia, que será objeto de mi comentario, tiene interés no sólo porque resuelve un caso que suscitó en su momento una considerable expectación mediática, sino porque delimita mejor los contornos jurídicos del derecho a la intimidad y a la propia imagen. Especialmente interesante resulta la fijación que hace de los parámetros que han de emplearse para ponderar la colisión de los derechos a la intimidad y a la imagen con la libertad de información, así como para distinguir entre espacios públicos y privados a los efectos puramente tuitivos del derecho vulnerado.

II. LOS HECHOS.

Dada su condición de conocida modelo y actriz, en diciembre de 2006 la empresa editora de la revista "Elle" contrató a Elsa Pataky para la realización de un reportaje fotográfico en el que debía aparecer semidesnuda en diferentes poses, y que se publicaría en el mes de mayo de 2007. Por acuerdo de ambas partes, el reportaje se realizó los días 10 y 11 de marzo de 2007 en la playa existente frente al hotel Paraíso de la Bonita Resort, en la Riviera Maya, playa que, si bien no quedó finalmente acreditado si tenía carácter público o privado en cuanto perteneciente su uso al hotel, en cualquier caso era de tránsito público porque podían acceder a ella cuantos clientes se encontraran albergados en tal enclave turístico.

Las sesiones fotográficas transcurrieron entre las 6 y las 16 horas de ambos días, realizándose numerosas tomas en diversas poses y con diversos atuendos. En el curso de las sesiones, la actriz quedó en diversas ocasiones total o parcialmente

• Enric Bataller Ruiz

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universidad de Valencia. Abogado en ejercicio. Especialista en materia de propiedad intelectual, ámbito en el que tiene diversas publicaciones, habiendo impartido cursos y conferencias.

desnuda, tanto en sus sucesivos cambios de ropa como con la finalidad de que se fotografiase únicamente la parte superior de su espalda desnuda.

Tal situación fue aprovechada por dos fotógrafos ajenos a la revista "Elle", quienes realizaron a la actriz, sin su conocimiento ni su consentimiento, diversas fotografías que la captaban en esos momentos de desnudez. Estos fotógrafos ofrecieron su material a dos agencias, que a su vez negociaron su venta a la mercantil "Ediciones Zeta, S. A.", que pagó a tales agencias las cantidades de 53.360 y 34.800 euros, respectivamente, y todo ello con el fin de publicarlas en la revista "Interviú", que la citada empresa edita.

Tales fotografías fueron publicadas, siempre sin el consentimiento de la actriz, en el número 1.612 de la revista "Interviú". En la portada de ese número se publicó una fotografía en la que la señora Pataky aparecía sin ropa alguna en la parte superior del cuerpo, bajo el titular "¡Por fin! Elsa"; en páginas interiores se publicaron otras fotografías acompañadas por una serie de comentarios carentes de valor informativo y bien expresivos de la intención del reportaje, tales como "Bajo las telas empapadas de mar se adivinan las contundentes curvas de esta rubia objeto de nuestro deseo", o esta otra: "Ahora ya sabemos por qué Fonsi Nieto tenía la cilindrada alterada cuando salía con ella".

Siendo "Ediciones Zeta, S.A." socio y administrador únicos de la mercantil "Zoom Ediciones, S. L.", cedió a la misma gratuitamente parte de las fotografías para su publicación en el ejemplar número 46 de la revista "Cuore" que ésta última edita, en el que se insertó una fotografía en portada en la que la actriz aparece de espaldas totalmente desnuda, bajo el titular "Elsa consejos y productos para tener unas curvas Pataky", siguiendo esta línea discursiva en páginas centrales.

Igualmente, siendo "Ediciones Zeta, S. A." socio y administrador únicos de la mercantil "Ediciones Primera Plana, S. A.", editora de "El Periódico de Catalunya", cedió a ésta dos de las fotografías para su publicación en el ejemplar del diario correspondiente al 21 de marzo de 2007.

Por último, y siendo también "Ediciones Zeta, S.A." socio y administrador únicos de la entidad "Zeta Digital, S. L.", encargada de la explotación de las páginas web www.interviu.es y www.elperiodico.com, cedió a ésta las fotografías indebidamente tomadas para que fueran colgadas en las indicadas páginas.

La publicación de las fotografías de la actriz en "Interviú" tuvo una importante repercusión mediática. A título de ejemplo, el diario "El Mundo", en su anuario de 2007, calificó la publicación del desnudo como uno de los temas de los que más se había hablado en el año. Ciertamente, se le dedicaron numerosos programas radiofónicos y televisivos, y generó una polémica entre las revistas "Elle" e "Interviú",

de la que se aprovechó esta última para continuar publicando las fotografías en sus números 1.613, 1.614 y 1.617¹.

III. EL ITER PROCESAL.

I. El planteamiento de la demanda.

Elsa Pataky presentó ante el Juzgado demanda en ejercicio de acción personal al amparo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, contra las cuatro mercantiles que habían publicado las fotografías captadas sin su consentimiento, por considerar que se había producido una intromisión ilegítima por parte de las demandadas en su derecho a la intimidad personal y en su derecho a la propia imagen². En el suplico interesó que se declarase la existencia de tal intromisión ilegítima, y que se condenase a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, a destruir todo el material en que se hallasen fijadas las fotografías publicadas y cualesquiera otras captadas los mismos días, absteniéndose de explotar y utilizar directa o indirectamente las fotografías por cualquier medio existente, solicitando igualmente que se las condenase a publicar a su costa el fallo en los diarios “El País”, “El Mundo”, “La Razón”, “El Periódico de Catalunya”, así como en las revistas “Interviú” y “Cuore” y en las páginas web www.interviú.es y www.elperiodico.com, y condenándolas igualmente a pagarle unas cantidades dinerarias incrementadas en el total beneficio neto obtenido por cada una con la publicación incontestada, todo ello con expresa imposición de costas.

La sentencia de esta primera instancia, de 9 de enero de 2009, estimó parcialmente la demanda porque:

1º) Consideró que no se había producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad corporal de la actora, porque las fotos se realizaron en una playa de libre tránsito, y además la actora no había intentado preservar del conocimiento

1 Como indicación de la repercusión económica que tuvo la publicación del desnudo incontestadamente captado, “Ediciones Zeta” vendió 178.617 ejemplares de su número 1.612, aproximadamente el doble de los que vende habitualmente, y obtuvo unos beneficios netos de tal número de 164.954 €, y ello a pesar de que se trata de una publicación habitualmente deficitaria. El resto de medios implicados también obtuvo aumentos muy considerables en sus ingresos.

2 MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Los derechos fundamentales”, en AA.VV.: *Derecho civil. Parte General* (coordinado por A. LÓPEZ LÓPEZ, y V.L. MONTÉS PENADÉS), 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 276, recuerda que por medio del derecho a la imagen se tutela “la imagen física”, pero no “la imagen espiritual o social, cuya distorsión afecta al honor y desde este derecho se protege”.

La demandante no accionó, sin embargo, en defensa de su derecho al honor, y ello a pesar de que la publicación de las fotografías en “Interviú” había ido acompañada de comentarios escritos de nulo valor informativo y que podrían considerarse denigrantes. En este sentido, coincido con DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El derecho a la propia imagen”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinado por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 151, para quien “es, así, posible que, mediante la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere el honor de una persona [...] si a la fotografía se le añade un comentario injurioso”.

ajeno las partes íntimas de su cuerpo, ya que se expuso a la vista de cuantas personas pudieran acudir o transitar dicha playa durante la realización del reportaje.

2º) En cambio, sí que apreció una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, al ser captadas las fotografías sin su consentimiento, porque ni concurría un interés público o general legitimador de su publicación, ni la publicación respondía a un propósito informativo sino a una finalidad puramente lucrativa o comercial, de promoción y venta de las revistas.

La sentencia, recogiendo el sentido teleológico de la expresión "interés público", que proclama, entre otras, la STS 17 julio 1993 (RJ 1993, 6458), entiende que no cabe elevar "el simple fenómeno de la curiosidad a la categoría de interés social a despecho de las circunstancias de usual reserva de la interesada". EITS ha acuñado al respecto el término "publicación innecesaria" para designar aquella cuya utilidad sólo se presenta como comercial, por no responder a suceso público alguno y buscar la obtención de una mayor difusión del medio que publica la fotografía, presentando a los lectores actividades íntimas de las personas³. En esta línea jurisprudencial se oyen los ecos de la STC 29/1992, 11 de febrero, FJ 3, que estableció que "la preservación del reducto de inmunidad protegido con el reconocimiento de estos derechos subjetivos [intimidad, imagen] sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar meramente la curiosidad de los otros".

2. El recurso de apelación.

El recurso de apelación resuelto por la SAP Madrid 1 diciembre 2009 57 (AC 2010, 300).

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y desestimó íntegramente la demanda, desestimando también el recurso de apelación que la propia demandante había interpuesto por no haber sido acogida la totalidad de sus pretensiones en primera instancia. La Audiencia consideró que las fotografías publicadas no suponían intromisión ilegítima en ningún aspecto, porque la playa era de libre tránsito para terceros, sin que la demandante preservara su cuerpo del conocimiento ajeno. Además, se consideró que la actora es una persona de proyección pública, con profesión de notoriedad, y que las fotografías tenían interés informativo en aplicación de la doctrina del TS⁴, sin que fuera relevante para determinar su ilicitud el fin comercial de las demandadas.

3 SSTS 11 diciembre 1995 (RJ 1995, 9477), 22 marzo 2001 (RJ 2001, 4751) y 19 julio 2004 (RJ 2004, 5463), entre otras muchas.

4 Citando al efecto la sentencia de 12 de junio de 2009 (RJ 2009, 3392), en la que el Tribunal Supremo consideró que la publicación inconsentida de unas fotografías de una modelo fotográfica y de pasarela y antigua Miss

Por tal motivo, la Audiencia Provincial estableció lo siguiente:

1º) Sobre la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad corporal, o derecho a mantener reservadas del conocimiento ajeno ciertas partes cuya exhibición afecta al pudor y cuya delimitación depende de las convenciones sociales, se reitera en los argumentos de la sentencia de primera instancia, ya que no se probó el carácter privado de la playa en que se tomaron las fotografías, y la actora, aun cuando no deseara ser observada, se expuso a la vista de cuantas personas pudieran pasar.

2º) Con respecto a la intromisión en el derecho a la propia imagen, la Audiencia entendió que las fotografías controvertidas quedaban amparadas por la excepción prevista en el art. 8. 2. a) LO 1/1982⁵, dado el carácter público tanto de la persona afectada como del lugar en que se encontraba, sin que fuera óbice el tenor del art. 7.6 de la misma ley, que considera ilegítimas las intromisiones cuando se utilice la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin que concurra un interés general en la información transmitida por dichas imágenes. La Audiencia trae a colación la STS 18 noviembre 2008 (RJ 2008, 6054), que establece que el derecho constitucional a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.a, CE) no desaparece ni se debilita por la circunstancia de que mediante la transmisión se obtengan beneficios económicos, porque ésta es la finalidad de toda publicación, ni tampoco por el hecho de que una primicia o exclusiva aumente las ventas, ni implica que toda información relevante tenga que ser necesariamente política, económica, científica o cultural, pues también existe el género frívolo de la información de entretenimiento.

3. El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación resueltos por la STS 24 julio 2012 (RJ 2012, 8371).

Tras la desestimación íntegra de sus pretensiones, Elsa Pataky acudió al TS, ante el que interpuso dos recursos de naturaleza extraordinaria, uno de ellos por infracción procesal y el otro de casación. El primero de ellos se sustentaba en dos motivos, a saber, la "infracción de normas procesales de la sentencia", y la "infracción del art. 24.1 CE por denegación de la tutela judicial efectiva".

España, captadas mientras la demandante disfrutaba de una jornada habitual de playa en Ibiza sin la pieza superior del bikini, no supone una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen, al entender que dicha publicación tiene interés informativo para los medios del género frívolo o de entretenimiento; interés que estaría plenamente admitido por los usos sociales, según dice aquí el Tribunal Supremo.

5 Art. 8.2.a) LO 1/1982: "El derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público."

Con respecto al primero de los motivos de infracción procesal alegados, entendía la recurrente que se había producido una inversión de la carga de la prueba, con vulneración del art. 217 LEC, por cuanto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió el asunto en segunda instancia afirmaba literalmente que “no constaba probado el carácter privado de la playa”, siendo así que a quien correspondía acreditar que la playa era pública era a las demandadas, por haber alegado ellas la excepción del art. 8.2 LO 1/1982, sin que hubieran propuesto prueba alguna sobre la legislación mejicana relativa al carácter de la playa donde se tomaron las fotografías. Este motivo es estimado por el TS, dado que, en materia de derechos fundamentales, cuando existen indicios de vulneración, el *onus probandi* se desplaza hacia la parte demandada, como establece el TC desde la doctrina fijada por su STC 38/1981, de 23 de noviembre. y prolijamente reiterada⁶; lo que también ha sido establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 7 de mayo de 2002⁷. Y acogida, en fin, por la STS 12 septiembre 2011 (RJ 2011, 7380) en relación a unas fotografías tomadas en una playa de Estados Unidos, en un caso en el que, idénticamente al que nos ocupa, se esgrimía el art. 8.2.a) LO 1/1982 como excepción al art. 7.5⁸, siendo deber del demandado probar el carácter público de la playa al tratarse de un hecho de los que impiden la eficacia jurídica de los hechos en que se basa la demanda⁹.

La recurrente alegaba también que no se le había dispensado una tutela judicial efectiva, por cuanto se dio una arbitrariedad en la valoración de la prueba, con el resultado de que no se han adoptado las medidas necesarias para acabar con la intromisión sufrida. Este motivo es igualmente estimado por el TS, porque la cuestión relativa al carácter teóricamente público o privado de la playa no es el núcleo esencial para resolver la controversia, sino que hay que atender a las circunstancias concretas, a saber; que el lugar elegido para realizar el reportaje pactado por la recurrente con “Elle” estaba fuera de España, en México, y concretamente en un lujoso **resort** exclusivo, lo que en principio debía garantizar cierta privacidad; que se eligió el mes de marzo, no comprendido entre los períodos vacacionales más comunes, lo que determinaba una cierta tranquilidad que es observable en las fotografías enjuiciadas, en las que tanto la modelo como los miembros del equipo fotográfico aparecen distendidos y en actitud propia de quien está trabajando sin sentirse observado; y que la panorámica de una de las fotos que publica “Interviú” corrobora que no

6 SSTC 293/1993, 18 octubre; 87/1998, 21 abril; 140/1999, 22 julio; 29/2000, 31 de enero; 207/2001, 22 octubre; 214/2001, 29 octubre; 14/2002, 28 enero; 29/2002, 11 febrero; 30/2002, 11 febrero; y 17/2003, 30 enero, recaída en el ámbito laboral, en la que establece que “el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que haya podido producirse”

7 Caso *McVicar vs Reino Unido*.

8 Artículo 7.5 LO 1/1982: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: 5) La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.”

9 Caso *Enrique Iglesias y Ana Kournikova vs Telecinco*.

podía observarse a nadie en la zona de hamacas de la playa en que se realizaba el reportaje.

Todas estas circunstancias permiten afirmar al Alto Tribunal que la actriz fue captada en un lugar apartado buscado de propósito para la realización de una sesión fotográfica de un reportaje pactado, cuya publicidad quería evitarse, y que tal circunstancia fue aprovechada por los fotógrafos que realizaron las fotos enjuiciadas.

Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, el TS entró a analizar la cuestión de fondo planteada en el recurso de casación, que es la colisión entre el derecho a la libertad de información y los derechos a la imagen y a la intimidad personal. A este respecto, la sentencia recuerda que la limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por medio de la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación, dice la sentencia, se entiende, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de los derechos fundamentales en presencia resulta afectado por la colisión, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

Habiéndose invocado en este proceso el derecho a la libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar varias cuestiones, a saber:

1º) El peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Así, considerado en abstracto, resulta que los derechos a la libertad de expresión e información son prevalentes por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático¹⁰.

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción¹¹.

2º) La técnica de ponderación también exige valorar el peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión, y desde esta perspectiva:

i) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general, o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una

10 STS 11 marzo 2009 (RJ 2009, 1638).

11 Este es el criterio sentado, entre otras, por las SSTC 105/1990, 6 junio, FJ 4; y 29/2009, 26 enero, FJ 4; actualmente viene recogido en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el art. 8.2.a) LO 1/1982¹².

ii) La prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones.

iii) La transmisión de la noticia- reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como dice reiteradamente el TC, la Constitución Española no reconoce un derecho al insulto¹³.

iv) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden, y la forma en que tiene lugar la difusión¹⁴.

v) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o bien si hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

vi) La STC 30 enero 2012 señala que el criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas, es el de las “expectativas razonables” que la propia persona o cualquier otra en su mismo lugar y circunstancia, podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno, pudiéndose conducir con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores.

Aplicando toda la doctrina anterior al caso enjuiciado, el TS concluye que, frente a la inmisión en el derecho a la propia imagen e intimidad de la demandante, atendidas las circunstancias del caso, no puede prevalecer la libertad de información y, consecuentemente, ha de apreciarse la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la recurrente porque:

12 La STS 17 diciembre 1997 (RJ 1997, 9100), en línea con otras muchas, declara que la “proyección pública” se reconoce en general por razones diversas, como puedan ser la actividad política, la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica y la relación social, entre otras circunstancias.

13 Véanse, por ejemplo, SSTC 112/2000, 99/2002 y 56/2008.

14 STS 19 marzo 1990 (RJ 1990, 1708).

1º) Desde el punto de vista abstracto, hay una colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen de la actora porque las fotografías enjuiciadas mostraban partes de su anatomía que ella no quería mostrar al público. Asimismo, tales fotografías muestran momentos que pueden ser considerados pertenecientes a su intimidad, como son aquellos en los que se estaba cambiando de ropa.

2º) Del examen del peso relativo de los derechos en colisión en el caso concreto, el Alto Tribunal concluye que no existe un interés público en el reportaje fotográfico publicado por las entidades demandadas, ya que afectan a un personaje público pero ubicado en un lugar buscado de propósito por su carácter reservado. Este hecho deslegitima, desde el punto de vista de la información, el interés público de las imágenes y no justifica la intromisión en el derecho a la intimidad de la recurrente, que debe prevalecer. Además, las imágenes fueron captadas en un lugar apartado en el que se buscaba tanto preservar la imagen de Elsa Pataky, que había sido previamente vendida para un determinado reportaje, como preservar su intimidad en la elaboración del mismo¹⁵. Razona el TS que tanto la actriz como el resto de los miembros del equipo estaban desarrollando su labor profesional en la creencia de que no estaban siendo observados, lo que demuestra que las imágenes fueron captadas de forma furtiva. Los fotógrafos, como profesionales del periodismo, conocían o debían conocer que se estaba desarrollando un reportaje profesional en unas determinadas condiciones, por lo que la difusión de esas imágenes, que muestran el lado no artístico de la fotografía que verdaderamente se pretendía con el reportaje, denota una actitud cuestionable en la profesión. Pero, al margen de tal reproche, desde el plano jurídico ese hecho supone una intromisión en la imagen de una persona pública y en su intimidad, por suponer la captación de imágenes sin consentimiento del fotografiado en un lugar apartado, aprovechándose abusivamente de tales circunstancias.

La Sala considera que en el análisis de los derechos fundamentales en colisión hay que seguir un procedimiento que obliga a considerar, en primer lugar, la prevalencia del derecho a la libertad de información en un Estado Democrático de Derecho; a continuación, debe pasarse a considerar que las imágenes publicadas podían tener

15 Como recuerda REBOLLO DELGADO, L.: "La imagen como dato", "Anuario Facultad de Derecho", Universidad de Alcalá II, 2009, p. 180, "la importancia de la propia imagen tiene dos proyecciones significativas. Una primera alcanza de forma introspectiva al propio individuo y al concepto de sí mismo, con dos ámbitos substanciales, uno físico o corporal y otro mental o psíquico. En lo que hace referencia a la segunda proyección, es externa, hacia fuera, con respecto a los demás y procura o pretende reservar o realizar una imagen acorde con lo que nosotros pensamos o entendemos de nosotros mismos.

En esta línea, SALVADOR CODERCH, P., RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P.: "Imágenes veladas. Libertad de información, derecho a la propia imagen y autocensura de los medios", "InDret", n° 1/2011, p. 13, recuerda que "se han venido diferenciando dos ámbitos del derecho a la propia imagen: uno positivo y el otro negativo. Así, y como derecho de la personalidad, tiene carácter bifronte, ya que otorga al titular la facultad de controlar la representación de su aspecto físico, en tanto que identificativo de su persona, lo cual lleva aparejado, por un lado, el derecho a determinar la información gráfica en la cual sea reconocible que puede ser captada o difundida públicamente -ámbito positivo del derecho-. Por el otro, el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su imagen por tercero que carezca de autorización -ámbito negativo-."

interés algún público, aunque débil en la ponderación, cual es el interés propio de los medios pertenecientes al género de entretenimiento, plenamente admitido por los usos sociales y para el que puede ser noticia el físico de una reconocida actriz; pero, en un paso más, debe entenderse que la difusión de las imágenes captadas de forma furtiva del cuerpo semidesnudo de la recurrente en un espacio solitario, durante la elaboración de un reportaje profesional, supone una intromisión ilegítima en su imagen e intimidad, razón por la que finalmente cabe casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y, en su lugar, dictar otra por la que declara que las demandadas cometieron una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen e intimidad de Elsa Pataky y se reconoce en lo sustancial las pretensiones condenatorias por ésta formuladas.

IV. CONCLUSIONES.

Entiendo que el valor de esta sentencia reside en que reafirma unos principios que son muy de tener en cuenta en esta materia, a saber:

1º) El derecho a la información también cubre la de carácter más frívolo, pero no puede llegar a amparar las publicaciones innecesarias cuando éstas confrontan con el derecho a la imagen.

2º) El concepto jurídico de espacio público o privado, a los efectos de tuición del derecho a la intimidad, no depende de una previa calificación administrativa, sino que tiene que delimitarse en cada caso concreto y de un modo teleológico, de manera que será privado aquel espacio que, aunque teóricamente abierto a todos, ofrezca en un momento dado unas garantías de reserva dada la hora del día, la lejanía, la época del año u otras circunstancias que produzcan análogo resultado.

3º) Tal y como señala la STC 156/2001, 2 de julio, el derecho a la propia imagen no sólo sirve para evitar injerencias indeseadas, sino también para que el individuo pueda velar por una determinada imagen externa y no estar a merced de la que otros quieran atribuirle. El derecho a la imagen no se circunscribe, pues, a la simple apariencia física que la naturaleza ha otorgado a cada persona, sino que se extiende hasta abarcar también la facultad, siempre autónoma, de construcción de la propia imagen pública.