

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y EXPECTATIVA DE RESPECTO A LA PRIVACIDAD*

THE RIGHT TO SELF-IMAGE AND THE EXPECTATION OF RESPECT FOR PRIVACY

MARTIN RISSO FERRAND**
Universidad Católica del Uruguay
mrisso@ucu.edu.uy

RESUMEN: En razón de los nuevos impactos que en la privacidad en general, y en especial en el derecho a la propia imagen, han provocado los avances o cambios tecnológicos, se procura reexaminar la cuestión con base en las sentencias más importantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. En el trabajo se detectan algunos matices entre la jurisprudencia de estos tribunales y se procura finalmente realizar una suerte de síntesis crítica de los criterios más relevantes a los efectos de la tarea de ponderación entre el derecho a la propia imagen y otros derechos.

ABSTRACT: In view of the new impacts that in privacy in general, and especially in the right to self-image, have caused advances or technological changes, it is sought to reexamine the issue based on the most important judgments of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights. In the work some nuances are detected between the jurisprudence of these Courts and finally it seeks to make a kind of critical synthesis of the most relevant criteria for the purpose of the weighting between the right to self-image and other rights.

PALABRAS CLAVE: Privacidad. "Derecho a la intimidad". "Derecho a la propia imagen". "Libertad de expresión". "Corte Interamericana de Derechos Humanos". "Tribunal Europeo de Derecho Humanos".

KEY WORDS: Privacy. "Right to privacy". "Right to self-image". "Freedom of speech". "Inter-American Court of Human Rights". "European Court of Human Rights".

INTRODUCCIÓN

La libertad de comunicación de pensamiento y, en especial, la libertad de prensa, puede verse desde varias perspectivas: desde la empresa que actúa como emisora (lo que implica la protección de la libertad de empresa, libertad de prensa

* Trabajo recibido el 14 de agosto de 2019 y aprobado el 17 de enero de 2019.

** Universidad Católica del Uruguay. Director de la maestría en Derecho Constitucional y catedrático de Derecho Constitucional en grado y posgrado en la Universidad Católica del Uruguay. Investigador Nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores.

y la necesidad de evitar presiones o manipulaciones del *gobierno* o de terceros a los efectos de garantizar dicha libertad), desde el periodista (con sus especiales derechos y deberes), desde el receptor (que se garantice la posibilidad de buscar y acceder a la información y opiniones que entienda relevantes o de su agrado), y desde el potencial emisor (esto es, el ciudadano que desea hacer saber su opinión, pero no logra que esta tenga difusión apropiada). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha expresado que [su] «jurisprudencia [...] ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás»¹. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión ni convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa². En general, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) recoge con precisión los grandes temas jurídicos relacionados con esta libertad.

En el pasado, uno de los aspectos más controvertidos y sensibles refería a la democratización de la información. La existencia de pocos medios, que requerían inversiones de capital importantes y muchas veces el uso de escasas frecuencias radioeléctricas, conducía a que muchos señalaran que, tanto a nivel nacional como internacional, existía un complejo entramado de «filtros» que tendían a determinar qué información llega al público general, qué no llega y cómo llega. Por otro lado, es imprescindible asegurar la más amplia libertad a los medios de prensa, evitando la presión y manipulación política, económica o de grupos sociales, por lo que casi no había forma de intervenir en esta problemática.

Internet, las redes sociales y en general la tecnología parecieron implicar un avance excepcional hacia a la democratización de la información. El ciudadano interesado en la búsqueda de la información fácilmente puede saltar filtros (aunque no eliminarlos totalmente), recurriendo a medios de prensa de otros países, de

¹ Corte IDH, Caso *Fontevcechia* y Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

² Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Y Corte IDH, Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*.

distintas orientaciones filosóficas, políticas, morales, etc. Todo desde su computador personal, tableta o celular. El filtro de las agencias internacionales de noticias puede superarse a través de internet, aunque siempre habrá algún tipo de filtro solo combatible con la diversidad de medios y orientaciones. Las redes, asimismo, permitieron que cualquier sujeto pueda dar sus opiniones e ideas logrando un grado de difusión variable, pero mucho más amplio que en el pasado.

Pero esta democratización que brinda la tecnología también trajo sus problemas. Antes había filtros más o menos individualizables, pero ahora está todo sin filtro y sin que el receptor pueda evaluar el grado de seriedad y objetividad de lo que recibe. El fenómeno de las noticias falsas se ha ampliado en la medida en que ya no hay entidades responsables por la información (a los que se les pueda exigir el derecho de respuesta, que puedan ser demandados o que deban velar por su prestigio como forma de mantener las ventas). El receptor casi no tiene forma de saber, respecto a lo que recibe, qué es cierto y qué no lo es. Y no olvidemos dos aspectos básicos: a) los ciberataques, en especial en momentos electorales o especialmente sensibles, que pueden tener una incidencia inmensa en la sociedad y hasta cambiar las tendencias de opinión, y b) el manejo electoral que desde las campañas de los partidos políticos o candidatos puede realizarse a través de estos medios. Ya no es solo un problema de filtros, sino de manejo de la opinión pública con medios o fines ilícitos.

También la tecnología ha incidido en otros aspectos. Hoy, la inmensa mayoría de los ciudadanos llevan en su bolsillo, dentro de su celular, cámaras de fotos, de video, grabadoras, etc., en algunos casos de muy buena calidad, que permiten difundir por las redes imágenes y noticias que, a veces, pueden terminar en los medios de prensa formales. Las imágenes, por su calidad y nitidez, se han vuelto mucho más atractivas, acaparando la atención (los medios escritos cada vez dependen más de la cantidad y calidad de las imágenes, e incluso en sus webs se pueden ver, además de fotos, videos). La imagen de las personas es mucho más atractiva y más fácil de captar y difundir. Y no olvidemos los teleobjetivos o en general equipos que permiten fotografiar o filmar a grandes distancias, en forma totalmente inadvertida para el fotografiado o filmado. Lo mismo ocurre con diminutos equipos que favorecen, por ejemplo, las cámaras ocultas con fines periodísticos, de vigilancia u otros.

Y también incide en la cuestión la televisión basura (muchas veces recurriendo al humor que implica un lenguaje ordinario y plagado de errores), la prensa del corazón, los *reality*, la explotación del escándalo, con potenciales y muy graves

efectos invasivos y con aptitud para causar daños muy importantes, y con nuevos problemas, por ejemplo, en el campo de ética³.

Si bien los problemas anteriores de la comunicación no desaparecen, ahora enfrentamos unos nuevos y otros anteriores que se agudizan: a) dificultades para discernir cuándo la noticia es objetiva, seria, veraz e imparcial; b) confusiones entre la investigación periodística propiamente dicha y actividades que persiguen otros fines; c) no advertir o aceptar los ataques a la diversidad (étnica, racial, religiosa, sexual, política, etc.); d) exposición e incitación a la violencia verbal o psíquica; e) exaltación de la ignorancia y la chabacanería, etc.

Para cerrar esta brevísima síntesis de nuevos o incrementados desafíos, cabe señalar dos fenómenos: a) la importancia de la imagen (hoy lo es todo, es lo que atrae, lo que vende y lo que interesa) y la facilidad con la que se puede acceder a imágenes de calidad respecto a casi todo, y b) la rapidez con que cambia lo que interesa (lo que importa hoy no tiene la más mínima trascendencia mañana).

En este esquema, la importancia de la propia imagen y de su protección es mayor que en el pasado. El grado de exposición de la imagen de un individuo, la facilidad para captarla y el alcance que tiene hoy su difusión, son enormes. Y no se olvide la tendencia creciente de muchas personas a exhibir su propia imagen en las redes y transmitir imágenes propias y de otros.

Los desafíos que implica esto son muchos y apasionantes, pero hay uno que entiendo especialmente relevante y se refiere a la captación y divulgación de la imagen sin que su titular sea consciente de que lo están fotografiando, filmando o grabando, o, incluso, cuando puede razonablemente confiar en que está a salvo de dichas intromisiones respecto a su privacidad en general o imagen en particular. Básicamente, importan dos variantes: la captación clandestina de imágenes a distancia (teleobjetivos, drones o similares) y las cámaras ocultas. Sin duda esto se refiere a una parte de la problemática, que es a la que me atrevo a continuación: ¿cómo se protege la propia imagen frente a estos dos tipos de intromisiones?

Algunas precisiones liminares. La primera es que limitaré el análisis a las normas constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos, sin ingresar en el estudio de la normativa inferior (no porque esta no importe, sino simplemente por apuntar a la otra). En segundo lugar, si bien referiré a criterios jurisprudenciales, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), no se rea-

³ LÓPEZ (2007).

lizará ni un estudio completo de la jurisprudencia de estos órganos ni un estudio comparativo de dichas jurisprudencias. Simplemente se recurrirá a algunos de los pronunciamientos más significativos de dichos tribunales.

Por último, el propósito de este trabajo consiste en determinar cuáles son los criterios más apropiados para «ponderar» entre derechos humanos en tensión o conflicto (vinculados a la imagen de un individuo) y cuáles son los elementos centrales que se deben considerar. De más está decir que estos criterios y elementos son dinámicos y que constantemente requieren ajustes y correcciones en atención a los cambios tecnológicos y culturales, entre otros.

En primer lugar, se realizará una aproximación a los conceptos generales involucrados en esta cuestión, para referir luego a las tensiones entre la privacidad y la libertad de expresión. Cumplido esto, se pasará al análisis de la captación clandestina de imágenes de las personas propiamente dicha, para cerrar con algunos comentarios finales.

CONCEPTOS GENERALES. APROXIMACIÓN

El abordaje de este tema hace necesario precisar algunos conceptos generales y señalar algunos de los cambios que se han venido operando.

Si bien hace tiempo que bajo la noción de privacidad aparece la protección de la trilogía de derechos (honor, intimidad y propia imagen), así como la protección del domicilio, de las comunicaciones, correspondencia de cualquier tipo, y los papeles de los particulares, no siempre fue sencillo abordar los conceptos de privacidad e intimidad (muchos los usaron como sinónimos) ni reconocer autonomía al derecho a la propia imagen.

Escobar⁴ destaca la existencia de dos nociones de privacidad. Una, en cierta forma histórica, proveniente de los Estados Unidos, que encara la cuestión con la perspectiva de control y libertad sobre los asuntos que nos pertenecen, mientras que la otra, mayoritaria en Europa, tiende a considerar los intereses de carácter privado vinculados con las nociones de dignidad de la persona humana y la protección de su integridad. También se ha señalado que el concepto estadounidense de *privacy* se vincula con el derecho a estar solo (*the right to be alone*) y aparece con un contenido negativo: a no sufrir intromisiones⁵. Para este autor, este concepto negativo ha cambiado, así como ha cambiado el sujeto y la estructura del derecho;

⁴ ESCOBAR (2017) p. 414.

⁵ ROLLA (2002), p. 151.

ya no se procura proteger el aislamiento y la soledad⁶, sino que se apunta a que la persona pueda construir su identidad social en forma libre.

Rolla⁷ realiza un interesante paralelismo entre la evolución de la privacidad y el derecho a la publicidad y transparencia de la Administración. Así como se tiende a terminar con el secretismo (la información pública deja de ser secreta o reservada y de ser derecho exclusivo de la prensa para pasar a serlo de cualquier ciudadano) y se exige transparencia al gobierno, hay que buscar nuevas formas de proteger la privacidad de cara a esta expansión de la publicidad. Pero la relación entre el derecho a la información y los derechos al honor, intimidad e imagen, no debe encararse como la limitación del primero, sino con el fin de realizar una tarea de ponderación en cada caso.

En este proceso es trascendente el principio de autodeterminación informativa que se presenta como producto de la sociedad contemporánea frente a ciertas informaciones que pueden infringir daños tanto o más intensos que los producidos por una agresión meramente física. Adinolfi⁸ señala como elementos característicos de este principio de autodeterminación informativa: a) el derecho a la autonomía del consentimiento; b) la posibilidad de autorizar o no el uso de informaciones personales, y c) la posibilidad de bloquear, de oponerse, de ratificar o de quedarse indiferente frente a ciertas informaciones. Bazán⁹, por su parte, señala que:

El derecho de autodeterminación informativa consiste en la posibilidad que tiene el titular de los datos personales de controlar quiénes serán destinatarios de éstos y qué uso les darán, y se ejercita genéricamente a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Además, ofrece una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos, puesto que, abandonando el concepto de intimidad como libertad negativa, permite avanzar hacia una fase activa del proceso de circulación de la información personal brindando protagonismo al interesado al posibilitarle el ejercicio de un adecuado control sobre la misma.

El interés y la comercialización (y la banalización) de la vida privada de las personas es un fenómeno que ha ido en aumento, como lo demuestran las tempranas sentencias del Tribunal Constitucional español en los casos Montiel (sentencia 134/99), Preysler I (sentencia 157/1996) y Preysler II (sentencia 115/2000).

⁶ PORTO (2002), pp. 136-137.

⁷ ROLLA (2002), pp. 152-160

⁸ ADINOLFI (2007), p. 7.

⁹ BAZÁN (2005), p. 111.

Sobre la noción de vida privada, ha señalado el TEDH:

95. El Tribunal recuerda que la noción de «vida privada» comprende elementos que hacen referencia a la identidad de la persona tales como el nombre, su foto, su integridad física y moral; la garantía que ofrece el artículo 8º del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes. Existe, por tanto, una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede formar parte de la «vida privada» (Von Hannover I c. Alemania. Reiterada en parte en Rubio c. España).

Al principio no se distinguía con precisión el derecho a la propia imagen del derecho al honor y a la intimidad. En muchos pronunciamientos judiciales se descartaba la vulneración del derecho a la propia imagen cuando no se advertía lesión del honor o la intimidad. De la Iglesia¹⁰ señala que recién desde los años 2001 y 2002 el Tribunal Constitucional español comenzó a diferenciar entre estos derechos y a reconocer casos de lesión exclusiva del derecho a la propia imagen.

Hoy es claro que el derecho a la propia imagen puede verse lesionado en forma conjunta con el derecho al honor o con el derecho a la intimidad, o con ambos derechos, pero también puede ser lesionado en forma independiente, sin afectar a ninguno de los otros dos.

Nogueira¹¹, refiriendo al derecho a la propia imagen, ha señalado que:

Este derecho es concebido por parte de la doctrina como integrante de la faceta externa del derecho al respeto a la vida privada de la persona, constituyendo el aspecto más externo que es el de la figura humana, que garantiza también un ámbito de autonomía y control respecto de sus atributos más característicos y definitorios de la propia persona, posesión irreductible e inherente a ella. La protección de la imagen de la persona señala esta doctrina, salvaguarda la intimidad y “el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz” [...].

[Este derecho surge de que] el ser humano está en el mundo de forma corpórea o física, esta realidad de la persona es una de las fuentes de datos e información más importante sobre los individuos, al ser susceptible de ser captada la figura humana como cara externa de la persona, a través de distintos medios e instrumentos.

¹⁰ DE LA IGLESIA (2003), p. 288.

¹¹ NOGUEIRA (2007), p. 260.

El derecho a la propia imagen protege frente a la captación, reproducción y publicación de la imagen en forma reconocible y visible. Cada persona tiene la facultad exclusiva de decir dónde, cuándo, por quién y cómo se capta, reproduce o difunde su imagen.

Afirma Nogueira que un contrato laboral no es título legitimador de recorte de los derechos fundamentales del trabajador, aunque modula dichos derechos a lo estrictamente indispensable para el adecuado desarrollo de la actividad productiva. Asimismo, no debe confundirse el derecho a la imagen del «derecho a la apariencia», forma de vestir y arreglo personal, peinados, estética, etc.

El derecho a la propia imagen, por último, no protege la imagen artística que una persona busca proyectar (esto será un tema legal o contractual en su caso) y no debe confundirse el derecho humano con el fenómeno de *patrimonialización* del derecho a la imagen (por ejemplo, el de los deportistas).

Frente a estos derechos encontramos, muchas veces en conflicto, a la libertad de comunicación en general y de prensa en particular.

La Corte IDH ha destacado a través del *estándar democrático* que la libertad de expresión es un valor que, cuando se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de un sistema democrático¹². La doctrina y jurisprudencia han sido casi unánimes en este sentido¹³.

El cimiento de lo anterior y las bases principales del diseño constitucional e internacional son muy claras y encontramos tres grandes fundamentos (o categorías de fundamentos), casi clásicos, para apreciar el alcance de esta libertad y sus consecuencias. Sullivan¹⁴ destaca, en primer lugar, que esta libertad resulta básica para el propósito de los seres humanos de descubrir la verdad. Cada vez que se silencia o restringe una opinión, manifestación o similar, se puede estar afectando algo idóneo para alcanzar la verdad. El juez Oliver Wendell Holmes usaba la metáfora del *marketplace of ideas*, para referir a que todas las expresiones debían competir libremente en ese mercado ideal para que cada sujeto pueda determinar cuáles son las que prefiere, las que comparte, las que rechaza, etc. En segundo lugar, esta libertad es básica para que pueda funcionar un sistema democrático. Solo mediante el debate y la difusión de ideas, hechos, acontecimientos, etc., se podrá lograr una sociedad democrática, en la que se respeten los derechos de las

¹² Corte IDH. Opinión Consultiva 5/85.

¹³ Suprema Corte de Justicia del Uruguay (1996).

¹⁴ SULLIVAN *et al.* (2004), pp. 987-990.

minorías (que mañana podrán ser mayorías, conforme la democrática alternancia en el poder) y se evitará que los gobernantes se perpetúen (se previenen abusos de poder y se protege al disidente). En tercer lugar, esta libertad permite el desarrollo de las capacidades racionales de los individuos, quienes, enfrentados a las distintas posiciones, ideas, valores, opiniones, informaciones y expresiones, tomarán sus propias decisiones o las modificarán libremente¹⁵. Un aspecto básico en este punto refiere a la posibilidad de participar libremente en los debates públicos y de exponer sus propias ideas sin temor a sufrir represalias o consecuencias perjudiciales por sus afirmaciones. No puede aceptarse que la expresión de una opinión o información termine siendo un acto de valentía o sacrificio personal cuando el emisor se enfrenta a la cárcel o cualquier otra consecuencia negativa por exteriorizar sus opiniones o por informar sobre hechos. Esto conduce a una suerte de autocensura o censura indirecta (miedo a una sanción)¹⁶.

Estos derechos suelen estar en tensión, generando complejos problemas de ponderación. Comenzando por una sentencia que ya tiene varios años (de 5 de mayo de 2000), del Tribunal Constitucional español en el caso *Preysler I* (la publicación contenía un reportaje a una exniñera del hijo de la demandante, y realizó una gran cobertura titulada *La cara oculta de Isabel Preysler*, en la que se informaba acerca de la forma de vestir en el hogar, el cuidado de su cuerpo, relacionamiento madre-hijo, etc.), amparó a la demandante surgiendo de la sentencia algunos conceptos básicos:

1. El derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de la dignidad de la persona frente a la acción y conocimiento de los demás. El titular del derecho tiene el poder de resguardar ese ámbito reservado (no solo personal, sino también familiar) frente a la divulgación por terceros y frente a una publicidad no querida.

2. Corresponde pues a cada individuo reservar un espacio más o menos amplio, según su voluntad, que quede resguardado de la «curiosidad ajena». Se puede impedir que las personas que han tenido acceso a tal espacio den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar.

¹⁵ CHEMERINSKY (2006), p. 926.

¹⁶ Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, recaída en el caso *New York Times v. Sullivan*, de 9 de marzo de 1964, sigue siendo un referente y sus conceptos han sido reafirmados en la jurisprudencia y normativa latinoamericana en la materia [STONE *et al.* (2005), pp. 1164 y ss.].

3. Hay una diferencia en cuanto al honor y la intimidad: en el primer caso, la verdad funciona como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, mientras que, en el caso del derecho a la intimidad, la veracidad no es relevante, sino que lo que importa es la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que sea de interés público el asunto sobre el que se informa (sentencia STC 172/1990).

4. Señala el tribunal que, si bien los personajes de notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por lo tanto, el derecho constitucional no se ve minorado en el ámbito en que el sujeto se ha reservado.

5. Debe existir un nexo entre la relevancia pública de la persona y los hechos sobre los cuales se informa. No toda información que refiera a una persona con notoriedad pública goza de protección especial, sino que para ello es necesario, además del elemento subjetivo del carácter público de la persona, que los hechos que se informan, por su relevancia pública, no afecten la intimidad, por restringida que esta sea.

6. Hay que distinguir entre el interés general en la información de un hecho concreto y la satisfacción de la curiosidad humana por la vida de otros, potenciada por ciertos medios de prensa. Hay que distinguir lo que interesa conocer de lo que despierta una simple curiosidad ajena.

7. El hecho de que una persona en el pasado haya divulgado datos íntimos de su vida, no quita que sea la persona la que acota el ámbito de su intimidad personal y familiar, y esto aparece como límite infranqueable para la libre información.

En términos más generales, es claro que la presencia de los derechos mencionados en tensión o conflicto, real o aparente, conduce a la idea de equilibrio. La Corte IDH, en el caso *Fontevicchia*, ha señalado al respecto:

48. Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana reconoce que toda persona tiene, entre otros, derecho a la vida privada y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública¹⁷ y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener

¹⁷ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N° 148, párrs. 193 y 194, y *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, párr. 55.

un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.

49. El artículo 11.2 de la Convención Americana protege al individuo frente a la posible interferencia arbitraria o abusiva del Estado. Sin embargo, eso no significa que el Estado cumpla sus obligaciones convencionales con el solo hecho de abstenerse de realizar tales interferencias. Además, el artículo 11.3 de la Convención impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra aquellas injerencias. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación¹⁸.

50. En este contexto, la Corte debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito¹⁹. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención²⁰.

También el TEDH ha referido a la búsqueda del justo equilibrio entre el respeto a la vida privada y el derecho a la libertad de expresión.²¹

Por supuesto que la privacidad no solo aparece en algunas situaciones en tensión con la libertad expresión, de prensa o con propósitos periodísticos, sino que aparecen conflictos con intereses en la vigilancia, salida e ingreso a un país, e información variada. Las bases de datos con esta información constituyen en sí mismo un tema de gran interés y vastedad.

¹⁸ En igual sentido, *cf.* TEDH, *Case of Von Hannover v. Germany*, Sentencia de 24 de junio de 2004, párr. 57, y Resolución N° 1.165 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la privacidad, de 26 de junio de 1998, artículo 12.

¹⁹ *Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina* [...], párr. 75.

²⁰ *Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina* [...], párr. 56.

²¹ *Caso Rubio c. España* [...].

TENSIONES ENTRE LA PRIVACIDAD Y LA LIBERTAD DE PRENSA

La Corte IDH ha dado muchos elementos para la ponderación y la búsqueda del justo equilibrio entre el derecho a la privacidad y la libertad de prensa. En *Fontevicchia*, refiriendo a la divulgación de información y fotografías del entonces presidente argentino, Carlos Menem²², la corte señaló que dos criterios relevantes, tratándose de la difusión de información sobre eventuales aspectos de la vida privada, son: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan. Agregó como elemento complementario que este distinto umbral de protección del funcionario público se explica porque este se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo cual lo puede llevar a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su derecho a la vida privada. «[Era el] Presidente de la Nación y, por ello, estaba sujeto al mayor escrutinio social, no solo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público» (párrafo 15).

Sobre la decisión del TEDH en *Von Hannover (I)*²³, Bustos²⁴ ha señalado que este tribunal rechazó la posición sostenida por el Tribunal Constitucional alemán respecto a la existencia de personas de las que, como consecuencia de su proyección pública, se pueden difundir imágenes suyas captadas en lugares públicos, porque se considera que cualquier aspecto de su vida es de interés público. Para el TEDH, solo las imágenes relacionadas con los motivos de relevancia pública podrían constituir objeto legítimo del derecho a la libertad de expresión y desplazar el derecho a la vida privada y familiar. En el caso en el que el sujeto afectado tenga la expectativa razonable de que un dato de su vida privada no va a ser objeto de transmisión a terceros, su divulgación implicará vulneración del derecho. Aplicar este concepto a la imagen supone que, en aquellos supuestos en los que la persona afectada desarrolla actividades de su vida diaria no vinculadas a ningún asunto de interés público y en especial cuando ha buscado lugares apartados

²² Se había difundido información respecto a una relación extramarital del presidente Menem, de la que nació un hijo, y refiere a presuntos favores económicos y políticos que habría recibido la madre y el menor.

²³ El Tribunal Constitucional federal alemán había aceptado la publicación de fotos de sujetos públicos, en lugares públicos, pero el TEDH consideró que en el caso concreto no había relación con la proyección pública de la persona y que debía ampararse el derecho a la privacidad y propia imagen.

²⁴ BUSTOS (2016).

para evitar las miradas ajenas, no puede captarse ni difundirse su imagen. Por ello, en el caso de las personas con notoriedad pública, la captación de imágenes solo puede producirse legítimamente cuando se realiza en lugares abiertos al público relacionados con la celebración de actos ligados a los motivos por los que estas personas adquirieron tal notoriedad (373).

También señaló la Corte IDH, en *Fontevecchia*, la existencia de un interés legítimo de la sociedad de mantenerse informada, de conocer lo que incide en el funcionamiento del Estado o afecta derechos generales o acarrea consecuencias importantes (párrafo 16). La corte consideró que el niño y su madre constituían el elemento central e inseparable de una serie de hechos referidos a: a) disposición de cuantiosas sumas de dinero hacia ciertas personas, b) entrega a dichas personas de regalos costosos y c) existencia de favores económicos y políticos a terceras personas.

Luego la corte utiliza dos elementos más complejos y refiere, por un lado, a que la noticia ya se había publicado antes (en la prensa argentina, en Europa e incluso en un libro), y por otro lado, a la actitud de Menem frente a las noticias anteriores, señalando que «[...] no consta al Tribunal que ante aquellas difusiones públicas previas de la información, el señor Menem se hubiera interesado en disponer medidas de resguardo de su vida privada o en evitar, de cualquier otra manera, la difusión pública que luego objetó respecto de la revista *Noticias*». (párrafo 19). También la corte recuerda un comportamiento favorable de Menem a que se divulgara la información, al compartir actos oficiales con dichas personas. Asimismo, Menem consintió la toma de las fotografías y estas fueron entregadas a los periodistas por la Oficina de Prensa de la Presidencia de la Nación.

La Corte Suprema argentina antes había señalado que el presidente Menem no autorizó la publicación de las fotos en el tiempo y contexto en que fueron usadas por el medio de prensa, pero la Corte IDH concluyó que se trataba de informaciones respecto al presidente de la nación, sobre hechos de incuestionable interés público, que al momento de la difusión estaban en el dominio público y que la conducta del propio presidente no contribuyó a resguardar la información.

El TEDH refirió en varias ocasiones a los criterios aplicables para el ejercicio de la ponderación entre privacidad y prensa, señalando, por ejemplo, en *Von Hannover II c. Alemania*²⁵, fundamentalmente: a) la contribución a un debate de interés general; b) la notoriedad de la persona aludida y el objeto del reportaje;

²⁵ El caso era básicamente igual al anterior, pero en este se consideró que algunas fotos se encontraban en un contexto que justificaba la información.

c) el comportamiento anterior de la persona en cuestión; d) el contenido, forma y repercusiones de la publicación, y e) respecto a las imágenes, la forma en que fueron captadas.

La contribución a un debate de interés general requiere la definición de lo que es objeto de interés general y depende de las circunstancias concretas del caso. Sin embargo, el tribunal recuerda que ha reconocido la existencia de tal interés no solamente cuando la publicación se refiere a cuestiones políticas o crímenes cometidos, sino también cuando se refiere a cuestiones relativas al deporte o a actores, agregando luego que «por el contrario, no se consideran de interés general los eventuales problemas conyugales de un presidente de la República o las dificultades económicas de un célebre cantante» (párrafo 109).

El papel o la función de la persona en cuestión y la naturaleza de las actividades que son objeto del reportaje y/o la fotografía, constituyen otro criterio importante, relacionado con el anterior. A este respecto, cabe distinguir entre los particulares y las personas que actúan en un ámbito público, como personalidades de la política o personajes públicos. Así, mientras que un particular desconocido para el público puede aspirar a una protección especial de su derecho a la vida privada, no sucede lo mismo con las personas públicas. «En efecto, no se puede asimilar un reportaje sobre unos hechos susceptibles de contribuir a un debate en una sociedad democrática, sobre personalidades de la política en el ejercicio de sus funciones oficiales, por ejemplo, a un reportaje sobre detalles de la vida privada de una persona que no ejerce tales funciones» (párrafo 110). Agrega el TEDH que «Si en el primer caso el papel de la prensa corresponde a su función de ‘perro guardián’ encargada, en una democracia, de comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público, este papel parece menos significativo en el segundo». Asimismo, si en circunstancias concretas el derecho del público a ser informado puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas, concretamente cuando se trata de personalidades de la política, no es así, aun cuando gozaran de cierta notoriedad, cuando las fotografías publicadas y los comentarios que las acompañan se refieren exclusivamente a detalles de su vida privada y tienen el único propósito de satisfacer la curiosidad del público a este respecto.

Sobre «el comportamiento de la persona antes de la publicación del reportaje o el hecho de que la fotografía en litigio y la información correspondiente a la misma se hubieran publicado anteriormente, son también elementos a tener en cuenta», el TEDH agrega que «[...] el solo hecho de haber cooperado anteriormente con la prensa no priva al interesado de toda protección frente a la publicación de la fotografía enjuiciada» (*Von Hannover I*, párrafo 111).

En *Axel Springer c. Alemania*, referido a la detención de un conocido actor de televisión por posesión de cocaína, el TEDH ha dicho que, cuando las fotos publicadas y los comentarios que las acompañan se refieren exclusivamente a detalles de la vida privada de la persona y tienen como único fin la satisfacción de la curiosidad de un determinado tipo de lector, la libertad de expresión exige una interpretación más restrictiva. La conducta de la persona afectada anterior a la publicación del reportaje o el hecho de que la imagen y la información relacionada hayan aparecido en una publicación anterior, son también factores que han de tenerse en cuenta, pero el mero hecho de haber cooperado con la prensa en anteriores ocasiones no puede servir como argumento para retirar al sujeto toda protección contra la publicación del informe o la foto.

Sobre este tema, en *Rubio c. España*²⁶, aclaró el TEDH que:

36. En lo que respecta al comportamiento de la demandante con anterioridad a la emisión de los programas televisivos litigiosos, el TEDH recuerda que las informaciones que han sido llevadas a conocimiento del público por el propio interesado dejan de ser secretas y pasan a estar libremente disponibles (Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS), anteriormente citada, § 52), debilitando el grado de protección al que este último podía pretender respecto de su vida privada. Sin embargo, cualquier tolerancia real o supuesta de un individuo con respecto a publicaciones relativas a su vida privada no da pie a privarle necesariamente del derecho a la protección del mismo [...].

37 El TEDH observa en este caso que según el Juez de primera instancia, el tema de los gustos sexuales de la demandante dejó de pertenecer a su esfera privada incluso desde antes de que se emitieran los tres programas de televisión objeto de este pleito, limitándose los demandados, que hablaron de este tema en esos programas, a poner de manifiesto la existencia de esos rumores de lesbianismo que existían en Iberoamérica desde hace años [...].

39. Habida cuenta de cuanto antecede, el TEDH estima que el hecho de que la demandante se aprovechara del interés de la prensa, como sostiene el Gobierno, no puede dar carta blanca a las cadenas de televisión en cuestión para retirar a la interesada toda protección contra comentarios incontrolados sobre su vida privada.

Y por supuesto que se debe considerar la forma en la que se publica la noticia y la manera en que se representa a la persona en cuestión, así como el alcance

²⁶ La cantante se agraviaba de información y comentarios sobre aspectos privados de su vida, en especial sobre su preferencia sexual, aparecidos en medios de prensa (televisión entre otros).

que la divulgación del reportaje y la fotografía tendrá (esto es, si es significativo o escaso), según se trate de un periódico de tirada nacional o local.

CAPTACIÓN DE IMÁGENES SIN CONOCIMIENTO DEL SUJETO

La captación y uso de imágenes de un sujeto sin su consentimiento puede realizarse de muchas formas. En la actualidad se puede encontrar fotografías e incluso videos de muchas personas en internet, a lo que se agrega Facebook e Instagram, entre otras redes, que permiten acceder a muchísimas imágenes de un individuo, en muchos casos publicadas en dichos medios por el propio titular. Esto ha llevado a situaciones complejas, como recuerda Escobar²⁷, en el caso de una investigación criminal en que la policía pudo acceder a fotografías de los sospechosos obteniéndolas de Facebook. La problemática específica de las redes se plantea en varios niveles: conflictos de particular contra particular por la difusión de la imagen; conflictos de particular contra titular de la red; normas constitucionales e internacionales, pero también contractuales con el titular de las redes que son aceptadas por los usuarios, etc.²⁸.

Pero como ya anuncié, me concentraré ahora en dos situaciones: a) las imágenes (fotografías o filmaciones) obtenidas a distancia mediante teleobjetivos, drones o similares, que permiten fotos de extraordinaria nitidez sin que el fotografiado tenga o pueda tener conocimiento de que está siendo fotografiado, y b) las imágenes obtenidas mediante cámaras ocultas (que pueden perseguir, entre otros, dos fines básicos: periodísticos o de vigilancia).

Nogueira²⁹ señala que la captación y difusión de la imagen de una persona no puede justificarse por sí misma, sino solo en virtud de los acontecimientos o acciones en que aquella esté involucrada, vale decir, cuando dichas acciones carecen de repercusión social o relevancia pública, la difusión de la imagen carece de sentido y protección jurídica. Ello permite sostener que la difusión de imágenes es legítima cuando reflejan acontecimientos que tienen repercusión social y el protagonista, cuya imagen se difunde, se encuentra en relación directa con la comunidad o en el ejercicio de una función pública. Por tanto, en esta materia cabe un rol muy

²⁷ ESCOBAR (2017).

²⁸ MARTÍNEZ (2016).

²⁹ NOGUEIRA (2007).

importante al juez, el cual debe examinar con prudencia la respectiva acción o acontecimiento y su repercusión y relevancia social para resolver el respectivo caso.

Algunos autores refieren a la «jurisprudencia Carolina» o a la «saga Carolina» para hablar de una serie de acciones promovidas por Carolina von Hannover (antes conocida como Carolina de Mónaco) en defensa de su privacidad y la de su familia, en especial contra la captación de imágenes propias y de su familia en actividades privadas. Estos reclamos dieron lugar a varios pronunciamientos de los órganos judiciales alemanes y del propio Tribunal Constitucional federal, llegando la cuestión a la corte europea.

El TEDH, en *Von Hannover* (I), del año 2004, refiriendo a las fotos aparecidas en la revista *Frau im Spiegel*, señaló que solo las imágenes relacionadas con los motivos por los que la afectada tiene relevancia pública pueden constituir objeto legítimo del derecho a la libertad de expresión y desplazar la protección dispensada al derecho a la vida privada y familiar. Consideró, entonces, contraria a la Convención Europea la publicación de fotos, sin consentimiento de la persona fotografiada, captadas mediante teleobjetivos u otros medios, incluso en lugares públicos en los que la afectada tenía la «legítima expectativa de que su vida privada sería protegida».

Esta jurisprudencia dio lugar a fuertes problemas del TEDH y el Tribunal Constitucional Federal alemán³⁰, aunque se ha señalado que el Tribunal Constitucional terminó aceptando los nuevos criterios europeos, mientras que el TEDH moderó luego su posición (Bustos 2016), distinguiendo, por ejemplo, si el contenido comunicativo es informativo o no, lo que es un concepto de difícil determinación.

En *Von Hannover* II, el TEDH, destacando que la jurisprudencia alemana se ajustó a las pautas de *Von Hannover* I, concluyó que no hubo violación al artículo 8º del Convenio europeo, señalando que:

124. [...] los tribunales internos procedieron a la ponderación circunstanciada del derecho de las editoriales a la libertad de expresión con el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada. Así, concedieron una importancia primordial a la cuestión de si las fotografías, consideradas a la luz de los artículos que las acompañaban, contribuyeron a un debate de interés general. Asimismo, analizaron las circunstancias en las que se obtuvieron las instantáneas.

125. El Tribunal señala, además, que los tribunales nacionales tuvieron en cuenta explícitamente la jurisprudencia del Tribunal en la materia. Mientras que el Tribunal Federal de Justicia modificó su jurisprudencia a raíz de la Sentencia Von Hannover,

³⁰ LANDAU (2008).

el Tribunal Constitucional Federal no solamente confirmó esta jurisprudencia, sino que también procedió a un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal en respuesta a la reclamación de los demandantes, según los cuales la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia había vulnerado el Convenio y la jurisprudencia del Tribunal.

126. En estas condiciones y ateniendo al margen de apreciación de que disponen los tribunales internos en la materia cuando sopesan los intereses divergentes, el Tribunal concluye que estos últimos no incumplieron sus obligaciones positivas.

Se advierten criterios y elementos claros para el análisis de estas cuestiones. Ya no se limita al análisis de a) el carácter público de la persona y b) interés de la sociedad en la cuestión. Ambos elementos se mantienen, pero se agregan otras consideraciones: a) contribución al debate público; b) la notoriedad de la persona fotografiada; c) comportamiento anterior de la persona, aunque sin llegar a la anulación del derecho a la privacidad; d) el contenido, forma y las repercusiones de la publicación; e) las circunstancias en que se tomaron las imágenes, y f) el fin informativo de la publicación (no debe perseguirse la mera satisfacción de la curiosidad con noticias morbosas, extrañas, etc.).

El caso *Haldimann* refiere al propósito periodístico de investigar malas prácticas profesionales, a cuyos efectos unos periodistas: a) realizaron una entrevista en un apartamento privado con cámaras y micrófonos ocultos; b) al finalizar la entrevista, el periodista se identificó, indicó el medio para el que trabajaba e informó que fue filmado; c) luego llamaron a la empresa a la que estaba vinculado el entrevistado y le ofrecieron la posibilidad de dar su versión, y d) le aseguraron que el rostro y voz del asesor serían ocultados, con lo que cumplieron. La justicia suiza desestimó el pedido de impedir la exhibición de la entrevista y la justicia penal de ese país absolvió a los periodistas, pero luego el Tribunal Superior de Justicia del cantón de Zurich los multó. Señaló este pronunciamiento que, aunque existía interés público en conocer estas malas prácticas, había otras formas menos perjudiciales de acceder a la información e informar. Por ejemplo, solo la voz, que, aunque sea menos llamativa desde el punto de vista periodístico, hubiera sido menos intrusiva³¹.

El TEDH reiteró en este caso que debe considerarse: a) cuestión de interés general en la información, b) lugar de la grabación, c) actuación deontológica de los periodistas, d) derecho a la propia imagen.

³¹ NAVARRO (2015), p. 317.

Sobre el lugar de grabación, destacó que no fue en la oficina del asesor, que podría entenderse como susceptible de ser entendido como reservado y cuyas conversaciones serían razonablemente confidenciales. Y sobre el respeto a la reputación y propia imagen, consideró básico que se haya ocultado el rostro y alterado la voz y que no había signos que permitieran la individualización.

En estos casos, la afectación de derechos producto del uso de la cámara oculta es muy grande. Solo puede aceptarse en casos en que: a) exista un interés público o general y se trate de informaciones o datos trascendentes para influir en la opinión pública; b) no se pueda obtener la información por otros medios menos agresivos; c) es necesario cuidarse de no usar esta modalidad no solo para obtener información, sino para obtener ventajas para el producto que se exhibe, como por ejemplo cierto morbo (hay que distinguir la noticia y su interés social, del interés o curiosidad morbosa de ciertas personas).

Para el TEDH, el criterio central fue que no se podía reconocer a la persona, ni por su imagen ni por su voz, por lo que no había afectación de los derechos de este sujeto.

Bustos³² señala el caso resuelto por el Tribunal Constitucional español (12/2012), en el que se consideró lesionada la intimidad por el uso de cámaras ocultas, cuando un periodista se hizo pasar por un cliente y grabó la imagen y una conversación con una falsa terapeuta. Para este autor se pueden ver dos cuestiones no claramente resueltas por la jurisprudencia: a) en primer lugar, el papel de la expectativa razonable de privacidad en la determinación de una posible invasión de los derechos de la personalidad, y b) en segundo lugar, la relación entre la limitación de los derechos de la personalidad y la finalidad informativa perseguida con un determinado mensaje. Y agrega:

En este sentido, un 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 lugar en esa circunstancia, podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así, por ejemplo, cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden

³² BUSTOS (2016), p. 386.

ser objeto de registro o de información pública [...]. Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

También señala Bustos³³, como un aspecto especialmente trascendente, la cuestión de las técnicas que deben usarse para resolver estos conflictos de derechos. Recuerda que lo habitual en España era el uso de la «ponderación» de derechos, mientras que el principio de proporcionalidad se reservaba, por ejemplo, para sanciones que se hubieran podido aplicar, pero parece que el tribunal ahora usa ambas técnicas, lo que no es un tema menor, ya que la aplicación del test de proporcionalidad, y no del de ponderación, respecto a la utilización de las cámaras ocultas, resulta más restrictivo para los fines periodísticos.

En un caso reciente, *López Ribalda y otros c. España*, referido a un supermercado en que se estaban registrando algunos faltantes de productos, el empleador dispuso la instalación de cámaras de vigilancia, visibles y orientadas a la entrada y salida de los clientes, y otras ocultas, que registraban la actuación de los empleados. Luego de un período se constató la participación de algunos empleados en hechos ilícitos que luego, en una reunión, fueron confesados por los involucrados. El TEDH entendió que la vigilancia encubierta de un empleado en su puesto de trabajo debe ser interpretada como una considerable intrusión en la vida privada, implicando la existencia de un documento grabado y reproducible de la conducta de una persona en su puesto de trabajo, lugar en que debe necesariamente estar conforme a las condiciones de trabajo (tiene la obligación de estar ahí). En este esquema, el tribunal debe establecer si hubo un equilibrio justo entre el derecho al respeto de la vida privada de los empleados y el derecho del empleador de proteger sus derechos organizacionales, de gestión y el derecho de propiedad. El TEDH no compartió el criterio de los tribunales españoles en cuanto a que el empleador, ante una sospecha razonable y con el fin de proteger sus derechos, actuó en forma apropiada respecto al objetivo deseado, en forma necesaria y proporcional.

El TEDH diferenció este asunto del caso *Köpke*, pues la vigilancia en *López Ribalda* no se basó en una sospecha fundada en particular, sino contra todo el

³³ BUSTOS (2016), p. 388.

personal, se mantuvo por varias semanas, sin límite de tiempo y durante todo el horario laboral, y señaló:

69. Como consecuencia, el Tribunal no puede compartir la opinión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empleador con el objetivo legítimo de proteger sus propios intereses en la protección de sus derechos de propiedad. El Tribunal expresa que la video vigilancia realizada por el empleador, que tuvo lugar a lo largo de un periodo de tiempo prolongado, no habría cumplido con las estipulaciones del artículo 5º de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, en concreto en lo que respecta a la obligación de informar a los interesados previamente y de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia de un sistema de recolección de datos personales, así como de las características especiales del mismo. El Tribunal observa que los derechos del empleador podrían haber sido salvaguardados, al menos hasta cierto punto, mediante la utilización de otros medios, concretamente informando a las demandantes, incluso de un modo general, sobre la instalación de un sistema de video vigilancia, y proporcionándoles la información descrita en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

SÍNTESIS

La captación, edición y publicación o difusión de imágenes presenta casos que no generan problemas. Básicamente son tres: a) cuando media consentimiento del titular de la imagen; b) cuando tratándose de una persona de notoriedad pública la imagen, se capta en una actividad propia de su notoriedad o relacionada con ella y en un lugar público, y c) cuando se trata de un hecho de interés periodístico en el que la persona, de notoriedad pública o no, participa. Fuera de estos casos encontramos una pluralidad de situaciones que pueden merecer diversas respuestas en cuanto a su regularidad jurídica; por ejemplo, la captación y registro de la imagen con fines publicitarios, policiales, identificatorios, académicos, sanitarios, etcétera. Y suele agregarse la existencia de bases de datos que almacenan información sensible de los individuos, incluso imágenes, pero esto es un tema independientemente al presente estudio.

Fuera de estos casos, este trabajo se centra en la captación, registro, edición y publicidad de imágenes de los individuos, en casos en que la captación se hace sin conocimiento del titular de la imagen. Sea esto con equipos que permiten la captación a grandes distancias (teleobjetivos, drones, etc.) o con equipos que llevan a que el sujeto no sepa que está siendo fotografiado o filmado, como ocurre con las cámaras ocultas.

La intrusión que significa esta captación de la imagen en forma clandestina, sin conocimiento del sujeto, es especialmente grave. La persona que ignora que su imagen se está registrando puede actuar con espontaneidad en forma distinta a lo que haría si supiera que está siendo filmada, por lo que el sujeto pierde su poder de decisión sobre un aspecto básico de su derecho a la imagen, que no solo no consiente, sino que incluso ignora que se está lesionando. La intromisión clandestina implica una agresión o intromisión grave en la privacidad del sujeto y en su derecho a la propia imagen. Y no debe perderse de vista, como ha señalado el TEDH, que con la captación de la imagen se está creando una suerte de documento grabado, almacenable, de potencial reproducción y difusión, o sea, susceptible de ocasionar daños importantes.

El punto de partida, como en general ocurre con la invasión de la privacidad (honor, intimidad e imagen), sigue siendo: a) el diferente grado de protección de la privacidad de personas con notoriedad pública o los funcionarios públicos, especialmente de aquellos que son elegidos popularmente, que se exponen voluntariamente a intromisiones en su vida privada, y b) el interés público en las acciones que estas personas realizan. Parece ser muy claro, a esta altura, que la notoriedad de la persona no implica la desaparición de su derecho a la vida privada y la limitación de la protección de esta solo refiere a aquellas circunstancias relativas a la proyección pública o notoriedad de la persona. De la misma forma, las personas que no pueden ser consideradas como de notoriedad pública tienen una protección de su privacidad y de su derecho a la imagen mucho mayor, que solo cede en casos muy especiales, de hechos o acontecimientos de interés periódico en que participe el individuo (por ejemplo, un delito).

Pero hay otros elementos que deben ser considerados.

A) Contribución al debate público

Esta noción se asocia a la existencia de un interés real de la sociedad en la publicación. Este interés general puede referir no solo a asuntos políticos o crímenes, sino también a cuestiones relativas a personas con otro tipo de notoriedad, como los actores o deportistas. Pero siempre se debe excluir de la intromisión a los asuntos absolutamente privados, más allá de la notoriedad del sujeto.

A esto se suma el fin perseguido por la publicación o difusión de la imagen, que debe ser informativo y referido a un hecho de interés general, excluyendo el fin sensacionalista o de explotar la curiosidad de cierto público ingresando en

la vida privada de las personas sin interés periodístico. Claro que no siempre es sencillo definir cuál es el objetivo que se persigue con la publicación.

En *Von Hannover I* se presentaron algunas particularidades. Algunas fotos, de personas de vacaciones en un centro de esquí, pueden considerarse como propias de la vida privada y están excluidas del conocimiento público, pero una foto razonablemente similar, en otro contexto, puede tener interés periodístico. En 2012, en *Von Hannover II*, el TEDH aceptó el criterio de la justicia alemana, en cuanto a que algunas de las fotos guardaban relación con la enfermedad del príncipe Rainiero de Mónaco, su sucesión y cómo sus hijos conciliaban sus vidas privadas con sus obligaciones públicas y la salud de su padre. O sea, ante fotografías razonablemente similares, fue el contexto en que estas se publicaron y el fin informativo que se perseguía lo que permitió considerar correcta la divulgación de las fotos. Estas y el artículo en su totalidad contribuían al debate público.

Algo parecido ocurrió en *Fontevicchia*, en que la Corte IDH pareció centrarse más en el legítimo objetivo de investigar movimientos de cuantiosas sumas de dinero hacia ciertos individuos, entrega a dichas personas de regalos muy costosos y la existencia de favores políticos y económicos hacia ellos, lo que justificaba la difusión de ciertos aspectos de la vida de un sujeto, incluyendo imágenes, que sin dicho contexto podrían ser considerados como asuntos privados.

Lo anterior es muy razonable, pero no es sencillo de utilizar. En efecto, ¿cómo se puede determinar si la noticia de un medio, que incluye fotos que podrían considerarse privadas, se manifiesta en un contexto de interés público y que el propósito del medio es informar, y no explotar aspectos sensacionalistas, incitando la curiosidad por la vida privada de los sujetos? Asimismo, parecería que, en caso de duda en cuanto al propósito o cuando exista la posibilidad de entender la publicación con un propósito informativo, debería admitirse la existencia del fin informativo. Las respuestas variarán en cada caso concreto y será el juez quien deberá actuar con cautela y equilibrio. No se puede perjudicar la libertad de expresión y la libertad de prensa, pero tampoco dejar sin protección el derecho a la privacidad de ciertos individuos.

También podría incluirse en este punto a las personas que, sin ser de notoriedad pública, por ser familiares, amigos o allegados de una persona notoria, y por acompañarlo en determinadas actividades, ven que su imagen es reproducida sin su consentimiento. En estos casos, parece claro que, salvo alguna circunstancia excepcional, el sujeto se coloca en una situación en que su imagen

puede ser captada junto con la persona pública o en ocasión de sus actividades, por lo que no se podría invocar lesión del derecho a la imagen.

B) Contenido, forma y difusión de la información e imágenes

El contenido y forma de la publicación y cómo se presentan las imágenes deben tener una consideración especial. Así, la difusión de imágenes de una conocida modelo en una playa nudista resulta sin duda excesiva. Nuevamente aparece la cuestión del objetivo informativo y de la *necesariedad* de exhibir ciertas imágenes.

Hay algunos casos complejos. Por ejemplo, imágenes de un legislador dormido en plena sesión de la Cámara no pueden estar protegidas por el derecho a la privacidad de un personaje público, pero el uso sistemático y frente a cualquier tema que involucre al legislador de su imagen durmiendo, es algo que sin duda tiende a dejarlo mal parado. ¿Qué ocurre en este caso? ¿No se aceptaría en la repetición un fin informativo sino más bien difamatorio? Pero la crítica a un sujeto público también está constitucional y convencionalmente protegida. En este caso, no tengo duda de que prima la condición de funcionario público, además de carácter electivo, que lo expone a un mayor escrutinio de la prensa y de la sociedad. El uso de la imagen en circunstancias en que pueden ridiculizar a un sujeto no tiene las mismas limitaciones si se trata de una persona de notoriedad pública que si se trata de un sujeto sin dicha condición.

También se considera en varias sentencias, como hecho relevante, la amplitud de la difusión de las noticias e imágenes, distinguiendo entre medios locales (de alcance limitado), medios nacionales e internacionales. No resulta del todo claro este criterio, pues la lesión de la propia imagen no parece depender del medio de difusión, sino de la difusión en sí. Además, por más que sea un medio local, una vez difundida la imagen puede ser reproducida y divulgada por terceros. Adviértase que el sujeto tiene derecho a decidir sobre la difusión de su imagen y sus decisiones pueden variar según las circunstancias por él evaluadas. Alguien, ante la invasión de su derecho a la imagen por un medio local y de escasa difusión, puede optar por no hacer nada, por ejemplo, para evitar que las acciones legales terminen dando más trascendencia a la cuestión que la que deriva de la propia publicación. Pero esto no impide que luego, en otras circunstancias, o cuando la difusión es mayor, pueda reclamar la protección de sus derechos, ni que pueda reclamarla aun cuando su difusión sea escasa.

Y todavía queda pendiente la situación de burlas a las personas notorias, mediante la reproducción de su imagen con caricaturas o actores debidamente

maquillados y que imitan al sujeto con gran realismo. Indudablemente, el político que se expone voluntariamente a un mayor escrutinio público deberá tolerar estas situaciones, aunque puede haber algún exceso. ¿Basta con que el programa o medio que recurre a esto establezca con claridad que son imitaciones que persiguen fines humorísticos? En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa, aunque puede haber casos extremos.

C) Actuación anterior del afectado

Esta es una cuestión, íntimamente vinculada con la anterior, que ha recibido varias respuestas. ¿La tolerancia, y hasta una cierta colaboración en la difusión de imágenes e informaciones de la vida privada, pueden limitar luego las posibilidades de defensa contra dichos ataques? En general, se admite que estos son factores importantes, aunque no pueden dejar a la persona sin protección de su privacidad. ¿Pero qué significa esto? ¿Tolerar la exhibición de fotos en ciertos momentos de la vida del sujeto o en ciertas circunstancias, lo obliga a que en otros momentos y circunstancias deba aceptarla?

En *Fontevicchia*, la Corte IDH consideró especialmente la tolerancia y hasta colaboración en la obtención de las fotografías que había realizado el presidente Menem a través de su entorno, y no aceptó la opinión de la Corte Suprema argentina, que consideró que la tolerancia y autorización en la publicación de las fotos se había realizado en otro contexto y con otros fines. La cuestión es especialmente compleja: ¿no se puede cambiar de opinión? El individuo puede advertir que las circunstancias o su proyecto de vida han cambiado y reclamar la protección de la vida privada.

El TEDH también ha señalado que cuando un sujeto, voluntariamente, lleva al conocimiento público ciertas informaciones (se pueden incluir fotografías), estas dejan de ser secretas y pasan a ser de disposición libre, limitando el grado de protección de la privacidad, pero no acepta que, por ejemplo, las preferencias sexuales de un sujeto se tornen públicas en razón de circular rumores al respecto (ni siquiera es relevante que el individuo se haya aprovechado de la notoriedad que dan dichos rumores). Aunque ello sea así, no parece que puedan admitirse comentarios incontrolados en distintos medios sobre la vida privada de un sujeto. En principio, lo dicho por el tribunal es compartible, salvo que pueden haber cambiado las circunstancias, o bien la persona, y aquello que divulgó voluntariamente no quiere que se siga difundiendo.

Entiendo que en estas situaciones hay que distinguir, con una precisión que no siempre presentan los casos reales, algunas hipótesis diversas:

a) Respecto a la información de la vida privada de un sujeto que voluntariamente hace pública, parecería que hay una limitación del umbral de protección de la privacidad. Aunque entiendo que no hay una desaparición total, pues siempre se podrá limitar la información e imágenes a ciertos contextos, y no entenderlo como una autorización general.

b) La tolerancia de ciertas intromisiones en la vida privada de un sujeto y hasta la colaboración con ellas. Pensemos en la persona asediada por *paparazzi* que se beneficia de la notoriedad que le brindan e incluso, en algunos casos, filtra información de los lugares a que asistirá para que los fotógrafos estén presentes. No debe olvidarse, pues es relevante, que estos fotógrafos, en general, no actúan en las sombras para obtener las imágenes que buscan. Esta tolerancia, que pudo hasta reportar beneficios, no puede significar que la persona no pueda cambiar su decisión y recuperar su vida privada.

c) Por último, tenemos el caso de los rumores, comentarios e imágenes ilícitas que se divulgan. También en estos casos puede haber una legítima tolerancia de la víctima, pero esto no puede implicar una renuncia de los derechos lesionados. En cualquier momento, y por las razones de índole personal que existan, el individuo puede reclamar la protección de su privacidad. No parece que la previa tolerancia, e incluso la obtención de beneficios, pueda incidir negativamente en su derecho. La tolerancia puede ser en ciertas circunstancias y no con carácter general.

D) Forma en que las imágenes fueron captadas

Este es un tema central. La captación de las imágenes puede ser autorizada por el titular en forma explícita y también puede haber una cierta aceptación tácita cuando el sujeto, plenamente consciente de que está siendo fotografiado o filmado, lo tolera. Otras veces, el sujeto sabe que en ciertas circunstancias está expuesto a la captación de su imagen.

¿Pero qué ocurre cuando la captación de la imagen es clandestina u oculta? Los casos más frecuentes son los derivados del uso de teleobjetivos, drones u otras tecnologías, o el uso de cámaras ocultas con fines periodísticos o de vigilancia.

El TEDH ha aportado mucho en esta materia y corresponde distinguir tres situaciones: a) personas públicas en actividades públicas o en sitios públicos en que exponen su imagen; b) las personas públicas en situaciones en que tienen la legítima expectativa de que su privacidad será respetada, y c) las personas privadas

con plena protección de su privacidad e imagen. En el primer caso, es claro que el sujeto no podrá invocar lesión a su derecho a la privacidad y deberá tolerar la captación y difusión de su imagen con fines periodísticos. En el tercero, también es claro que el sujeto tiene pleno derecho a invocar la lesión de su derecho a la propia imagen y reclamar su protección. El segundo, en cambio, es más complejo y novedoso.

Un sujeto de notoriedad pública, que se encuentra en un lugar público, pero apartado o solitario, sin gente a la vista, en donde tiene la “legítima expectativa” de que se respetará su privacidad y la de las personas que están con él, tiene derecho a la protección de su privacidad. En el caso de *Von Hannover I*, imágenes captadas por teleobjetivos a gran distancia cuando las personas estaban en un lugar alejado y en actividades privadas, se consideraron lesivas del derecho a la propia imagen. O, eventualmente, imágenes de personas en la cubierta de una embarcación deportiva a varios kilómetros de la costa y lejos de otras embarcaciones. En estos casos, en la medida en que las personas actúan con espontaneidad, presuponiendo el respeto de su privacidad, esta debe ser debidamente protegida.

Hay otros casos más discutibles, como el despacho de un profesional, en que el TEDH ha entendido que son espacios donde puede tenerse una legítima expectativa de confidencialidad. Esta cuestión se presenta, en cierta forma, como vaga. Veamos dos ejemplos. Un periodista con una cámara oculta en el domicilio de la persona filmada, parece claro que comete una irregularidad, pues está filmando en el ámbito de mayor protección del individuo y donde este tiene la máxima protección en cuanto a su privacidad. Si se acepta que un despacho u oficina profesional gozan de una razonable expectativa de privacidad, ¿cuáles serían los lugares en que no habría esta razonable expectativa?

En lo que refiere a las cámaras ocultas con fines periodísticos, parece que el caso *Handimann* es particularmente claro. La actuación de los periodistas fue casi perfecta. Como ya se dijo: a) realizaron una entrevista en un apartamento privado con cámaras y micrófonos ocultos (espacio en que no había una razonable expectativa de privacidad); b) al finalizar la entrevista, el periodista se identificó, indicó el medio para el que trabajaba e informó que fue filmado; c) luego llamaron a la empresa a la que estaba vinculado el entrevistado y les ofrecieron la posibilidad de dar su versión; d) le aseguraron que el rostro y voz del asesor serían ocultados, con lo que cumplieron (al no ser individualizable el sujeto, desaparece la posibilidad de lesión a la propia imagen), y e) el objeto de la investigación tenía un incuestionable interés periodístico para la sociedad. Pero aun en este caso podría objetarse la decisión de recurrir a las cámaras ocultas con una suerte de princi-

pio de proporcionalidad: a) las cámaras ocultas eran un medio idóneo para la obtención de información de incuestionable interés, pero b) las cámaras ocultas en general no son el único medio apto para lograr dicho fin, sino que siempre se puede recurrir a otros testimonios o solo grabar la voz, lo que es notoriamente menos intrusivo, aunque no tiene el mismo efecto periodístico. De todas formas, entiendo que, más allá del enfoque restrictivo de la jurisprudencia respecto a las cámaras ocultas, no puede ignorarse que, aun cuando no se pueda individualizar al entrevistado ni por su aspecto, ni por su voz ni por el lugar donde se realiza la entrevista, esta modalidad, sin perder el referido enfoque restrictivo, puede ser empleada en casos debidamente justificados, cuando no hay otras formas de obtener la información.

Por último, en cuanto a las cámaras con propósitos de vigilancia, sean estas en la vía pública, en dependencias públicas, entidades privadas abiertas al público o en espacios a los que no puede acceder el público en general, son incuestionablemente polémicas. Si las cámaras en espacios públicos o privados son visibles, o incluso si se advierte con carteles su existencia, no habría problemas en principio. Pero sí puede haber casos discutibles, como cuando un individuo tiene necesariamente que asistir a un lugar en donde hay cámaras (puede ser la necesidad de realizar un trámite en forma personal en una oficina), pues en este caso no tendría opción de decidir si se le filma o no. Perdería su derecho a decidir respecto a su imagen. De todas formas, debería verse en este caso el escaso alcance y efectos limitados sobre la captación de la imagen y que no puede ocasionar daños. Y siempre quedará pendiente el uso que se haga de las imágenes, que debe ser a los solos efectos de vigilancia y luego de un tiempo deberían ser eliminadas.

En cuanto a las cámaras ocultas con fines de vigilancia, el enfoque restrictivo del TEDH es compartible y solo puede admitirse esta modalidad cuando, por ejemplo, se tiene una sospecha fundada respecto a alguien, pero no se pueden reunir más pruebas. Es claro que en estos casos es admisible por períodos acotados. ¿Pero realmente cambia la cuestión cuando las sospechas son generales respecto a todo el personal? En *López Ribalda* existían muchos elementos de juicio que apuntaban a los empleados y, además, esto se confirmó luego. El diferente criterio del TEDH respecto a los tribunales españoles, que consideraron que la medida era necesaria y proporcional, es altamente polémico.

En definitiva, se pueden apreciar cambios y matices en la consideración de esta problemática. En general, los cambios se orientan a la protección de la privacidad, pero sin lesionar la libertad de expresión en general, la libertad de prensa en particular u otros derechos. Pero este propósito, que es muy claro y compartible,

presenta muchas dificultades a la hora de llevarlo a la práctica en los distintos casos concretos que se presentan.

BIBLIOGRAFÍA

- ADINOLFI, Giulio (2007): “Autodeterminación informativa. Consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental”, en *Cuestiones Jurídicas* (Nº 17), pp. 3-29.
- BAZÁN, Víctor (2005): “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”, en *Estudios Constitucionales* (Año 3, Nº 2), pp. 85-139.
- BUSTOS GISBERT, R. (2016): “Vida privada y derecho a la información. Desarrollos jurisprudenciales en 2013-2014: La extraña y tardía recepción de Carolina en España”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 107), pp. 369-414.
- CHEMERINSKY, Erwin (2006): *Constitutional Law, Principles and policies*, tercera edición (New York, Aspen Publishers).
- DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción (2003): “El derecho a la propia imagen de los personajes públicos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (año 23, Nº 67), pp. 285-315.
- ESCOBAR VEAS, Javier (2017): “¿Se vulnera el derecho a la privacidad si la policía utiliza, para efectos de una investigación criminal, fotografías del imputado obtenidas desde Facebook?”, en *Estudios Constitucionales* (Año 15, Nº 1), pp. 407-424.
- LANDAU, Herbert (2008): “La evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Nº 08), pp. 399-417.
- LÓPEZ TALAVERA, María del Pilar, y BORDONADO BERMEJO, Julia (2007): “Telebasura, ética y derecho: límites a la información de sociedad en televisión”, en Egúzquiza Mutiola, I., y Vidal Climent, V. (coords.), *La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo* (Valencia, Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad), pp. 307-324.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M. (2016): “Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 106), pp. 119-148.

- NAVARRO MARCHANTE, Vicente J. (2015): “El recurso a las cámaras ocultas en los reportajes periodísticos: El caso *Haldimann*, ante el TEDH”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 105), pp. 316-345.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Norberto (2007): “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, en *Revista Ius et Praxis* (13, Nº 2), pp. 245-285.
- PORTO MACEDO JUNIOR, Ronaldo (2002): “Privacidad, mercado e información”, en *Cuestiones Constitucionales* (Nº 6), pp. 135-151.
- ROLLA, Giancarlo (2002): “El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada. Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana”, en *Cuestiones Jurídicas* (Nº 7), pp.139-167.
- STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. (2005): *Constitutional law* (New York, Edit. Aspen Publishers).
- SULLIVAN, Kathleen M., y GUNTHER, Gerald (2004): *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press (New York, Thomson West).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *López Ribalda y otros c. España*, sentencia de 9 de enero de 2018.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Rubio Dosamantes c. España*, sentencia de 21 de febrero de 2017.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Haldimann y otros c. Suiza*, sentencia de 24 de mayo de 2015.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Axel Springer c. Alemania*, sentencia de 7 de febrero de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Von Hannover (II) c. Alemania*, sentencia de 7 de diciembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevecchia y D'amico vs. Argentina*, sentencia de 29 de noviembre de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Von Hannover (I) c. Alemania*, sentencia de 24 de setiembre de 2004.
- Tribunal Constitucional (español), caso *Isabel Preysler (II) c. Revista Lecturas*, sentencia 115/2000, de 5 de mayo de 2000.
- Tribunal Constitucional (español), caso *Montiel*, sentencia 134, 1999.
- Tribunal Constitucional (español), caso *Isabel Preysler c. Revista Lecturas (I)*, sentencia 157, 1996.
- Suprema Corte de Justicia del Uruguay, *Fasano Martens, Federico y Fasano Martens, Carlos. Atentado contra el honor de los jefes de Estado. Excepción de inconstitucionalidad*, sentencia de 23 de octubre de 1996. Disponible en *La Justicia Uruguaya*, caso 13.189, edit. La Justicia Uruguaya, Montevideo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 5/85.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, recaída en el caso *New York Times v. Sullivan*, de 9 de marzo de 1964. Disponible en *Historic Supreme Court Decisions. 50 most cited*. 1st ed. Land Mark Publications, 2011, Kindle.

