

08

Las medidas cautelares y la protección de la propia imagen: el caso Telma Ortiz

Preliminary injunctions and the protection of image rights: the Telma Ortiz case

Dr. Agustín Macías Castillo

Facultad de Comunicación. Universidad Pontificia de Salamanca

Resumen / Abstract

Intromisiones ilícitas en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen. Tutela inhibitoria: medidas cautelares en evitación de daños futuros al derecho a la propia imagen. Términos en los que debe articularse el procedimiento judicial de modo correcto para que prospere la protección.

Conflicto con el derecho a informar libremente por parte de los medios de comunicación. Personajes públicos y/o famosos y límites de la captación de las imágenes de éstos cuando se encuentran en lugares abiertos al público.

Distinción entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad.

Illicit interferences with fundamental rights to privacy and image. Inhibitory tutelage: preventive measures to avoid future damage to the right of image. Terms and conditions to appropriately implement legal procedures for the protection to prosper.

Conflict with the media right to inform freely. Public and/or famous people and limits to picture taking when they are in open spaces.

Differences between image rights and privacy rights.

Palabras clave / Keywords

Derecho a la propia imagen, medidas cautelares, derecho a informar, medios de comunicación, tutela inhibitoria, personajes públicos.

Image rights, preventive measures, right to inform, media, inhibitory tutelage, public people.

1. Introducción

El tratamiento informativo de un concreto procedimiento judicial me impulsó a elaborar el presente trabajo. Fueron muchas y variadas las informaciones y opiniones vertidas sobre el particular -algunas, cómo no, de prestigiosos juristas-, que no puedo permanecer indiferente ante el hecho en sí: el Auto de 3 de noviembre de 2.008 dictado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo, confirmatorio del Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Toledo; o si se prefiere, la resolución del caso Telma Ortiz, como es conocido en los mentideros informativos y periodísticos.

Me da la impresión que, en líneas generales, los comentarios y opiniones se han referido a toda suerte de cuestiones menos a las que a un jurista deberían interesar: el contenido del Auto del Juzgado y, sobre todo, el de la Audiencia Provincial. Y me da la impresión también de que casi nadie ha profundizado en el contenido de las mismas¹ o, lo que es peor, buena parte de los que se han expresado sobre la cuestión lo han hecho desde un profundo desconocimiento de nuestro ordenamiento jurídico². No está en mi ánimo criticar a quienes consideran dignos de horas televisas y radiofónicas, espacios virtuales o columnas e imágenes en prensa a la polémica en sí o a sus protagonistas, ... al parecer esto es lo que al público le interesa y el derecho a la libertad de expresión, afortunadamente, soporta casi todo tipo de opiniones. Ahora bien, evidentemente, la principal discusión es judicial y, por tanto, técnica, por lo que creo que es justo referirse al procedimiento judicial en sí, a los términos en los que se planteó el debate y, por último, a su resolución. La vulgarización de las cuestiones de técnica jurídica está muy próxima al a frivolidad, pues no explicar debidamente las razones que llevan a nuestros jueces y tribunales a estimar o desestimar una demanda puede arrojar un reflejo deformado de ésta y, consecuentemente, incidir en la imagen que de la Justicia y del ordenamiento jurídico se proyecta a la opinión pública. Y, claro está, así como el derecho a la libertad admite toda suerte de opiniones, por muy rocambolescas que éstas sean, el derecho a la información exige unos parámetros muy concretos: la veracidad en la información.

En honor a la verdad, debo comenzar este comentario destacando lo infrecuente que resulta en la práctica forense el planteamiento de acciones de carácter inhibitorio (de abstención y contenido futuro) como la esgrimida por los actores y hacerlo, además, con carácter cautelar. Como es sabido, en el ámbito de la protección civil de los derechos fundamentales es más habitual el empleo de las acciones resarcitorias, normalmente a medio de indemnizaciones dinerarias más o menos cuantiosas. La medida cautelar de contenido inhibitorio es una medida posible pero infrecuente todavía en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, en cier-

to modo, cuando supe del planteamiento del procedimiento judicial me resultó de interés pues, sin conocer los términos en los que fue planteado, era importante que, por fin, nuestros tribunales pudieran entrar en profundidad en el alcance y efectos de la acción de abstención propia de la tutela inhibitoria. Evidentemente no es la primera vez (ni será la última) que la acción de abstención se plantee en estos términos, pero pocas veces se había planteado de modo tan contundente. La repercusión mediática de los protagonistas, además, determinaba que muchos ojos estuviesen pendientes de la resolución judicial, como finalmente así ha sucedido.

La tutela inhibitoria aparece en nuestro ordenamiento jurídico plasmada en muy diversas disciplinas, desde el Derecho ambiental a la protección de los derechos de autor; casi siempre como un remedio para evitar o disminuir un hecho dañoso (Llamas Pombo, 2003); con todo, abundan los pleitos de carácter reparatorio, es decir los que pretenden un restablecimiento de la situación al momento anterior a la causación de un daño injusto, mientras que la evitación de éste, es preferida todavía en pocas ocasiones. No es menos cierto que, a menudo, la tutela inhibitoria no es posible o, más bien no resultaría eficaz; es decir, el daño ya se ha producido y por ello el demandante llega con retraso a solicitar la protección judicial. Pero es que incluso en ese momento, la tutela inhibitoria no siempre es invocada. Lo aclaro: a pesar de solicitar la reparación del daño civil, parece lógico, además, solicitar la tutela inhibitoria en su doble vertiente: cesación y abstención. La cesación, ya desde el principio, para que el daño no continúe durante la tramitación del procedimiento; de ahí que esta acción suela invocarse ya con carácter cautelar -pensemos, por ejemplo, en una situación de daño ambiental-. Con posterioridad, se solicitará la confirmación de la paralización y cese de la actividad ilícita, por dañosa o perjudicial para el demandante.

En segundo término, importa destacar la otra acción inhibitoria por derecho propio: la acción de abstención. Es decir, la condena de futuro que pretende asegurar que el demandado sea condenado también a no repetir o reiterar su conducta ilícita (u otra semejante) en el futuro. Bien mirado, la utilidad de la acción de abstención es enorme. Su incumplimiento por el condenado abre procesalmente la posibilidad de la ejecución de sentencia sin necesidad de tener que acudir a otro procedimiento declarativo que afirme la naturaleza ilícita del hecho dañoso en sí. Cuenta, por tanto, con un importante efecto disuasorio que lleva al que contamina, a no hacerlo más o al que vulnera los derechos de la personalidad, a no volver a incurrir en una conducta intromisoria.

Un segundo estadio de la cuestión, delimitada la acción y sus características, es el relativo a si el planteamiento de la demanda fue el adecuado, siempre desde la es-

tricta técnica jurídica; o, más aún, si planteada la demanda en esos términos, la apelación tenía visos de prosperar. A éstas y otras cuestiones dedicaré el presente comentario, siempre desde el profundo respeto que me merecen todos los profesionales y operadores jurídicos que han intervenido en el procedimiento judicial.

2. La falta de precisión o el baile de los conceptos jurídicos

La necesidad de fijar con precisión los conceptos jurídicos es una de las primeras tareas que deben exigirse al jurista, como magistralmente explicara el profesor DE CASTRO. La depuración en el uso de los conceptos es una señal de identidad que debería distinguir a los buenos juristas de aquellos otros que no lo son tanto. Ello a pesar de que seamos conscientes de que la interpretación, la realidad social del tiempo en el que las normas se aplican, matizan, moldean, los conceptos jurídicos que no son en absoluto inmutables o estáticos, sino por el contrario, dinámicos y evolucionados. “Debemos exigir a una ciencia, como la Ciencia del Derecho, la capacidad crítica y un pensamiento propio, tanto o más que a otras ciencias, pues la ausencia de éstos puede poner a los jóvenes en situación de peligro”; no son palabras más, sino de Lhering en la Lección inaugural vienesa de 16 de octubre de 1868³.

Pero claro, sucede que en el ámbito de la materia a la que nos referimos, que no es otra que la de los derechos de la personalidad, las confusiones son⁴ constantes y continuas. No en vano, se ha confundido la intimidad con el honor⁴ o, como en este supuesto sucede, el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad. No es de extrañar que hasta no hace demasiado fuese una práctica forense frecuente que quien demandaba invocara conjuntamente la conculcación de los tres derechos desarrollados en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen. Esta deficiente técnica llevó al Tribunal Supremo a reiterar en numerosas sentencias que, a pesar de que los tres derechos comparten algunos caracteres, son distintos y el objeto de protección de cada uno de ellos es diferenciado. En una todavía no muy lejana jurisprudencia, hemos asistido a graves confusiones terminológicas, normalmente introducidas por los demandantes y no corregidas por los tribunales; son paradigmáticas las afirmaciones de nuestros tribunales, no muy lejanas en el tiempo, según las cuales, la orientación sexual o el padecimiento de una enfermedad se perfilaron como algo ‘deshonroso’, sin ir más lejos. Es evidente que estas cuestiones a lo que se refieren es al ámbito reservado de la intimidad.

3. ¿Qué pretendido derecho era el que invocaban los demandantes?

Si bien es cierto que la Ley orgánica no se caracteriza por normativizar definiciones de estos tres derechos, no lo es menos que nuestra jurisprudencia -por supuesto, también la constitucional- se ha encargado de hacerlo con relativa nitidez, por lo que no pueden justificarse ya aquellas demandas en las que se invocaba con carácter genérico la vulneración de los tres derechos personalísimos contenidos en la Constitución y desarrollados en la LO 1/1982. Puede ocurrir que unos determinados hechos supongan a la vez una intromisión en varios derechos de la personalidad, con todo, no es éste el caso. Lo que pedían los demandantes, a saber, la hermana de S.A.R. la Princesa de Asturias y su compañero sentimental, era que todos y cada uno de los medios de comunicación y productoras codemandadas: "Se abstuvieran de captar, publicar, distribuir, difundir, emitir o reproducir su imagen, así como que impidieran que nadie, por encargo de ellos, llevase a cabo alguna de las acciones antes reseñadas". Nada más. La peculiaridad del pedimento acaso estribe en que los actores pedían sólo la medida cautelar, sin acompañarla de una demanda que adoptara la condena con carácter definitivo y no sólo cautelar. Simplemente anunciaban la interposición del procedimiento declarativo, sin haberlo instado aún. Se trata de una práctica procesal posible, pero que como analizaré, reduce las posibilidades de éxito para la adopción de la medida cautelar interesada que, de ordinario, tiene más visos de prosperar cuando desde el principio se justifica su importancia y se acredita suficientemente en términos probatorios.

En cualquier caso, queda claro que la protección solicitada por los demandantes se refiere al estricto ámbito del derecho a la propia imagen de los demandantes, nunca al ámbito de la intimidad. Evidentemente, es innegable una cierta conexión entre ambos derechos desde el momento en el que la reproducción constante de la imagen de una persona en los medios de comunicación hace, como poco, que ésta pase a ser conocida o popular; en el sentido de que ya no es anónima o desconocida del público en general. Sin embargo, la vida privada se refiere a otro ámbito de protección completamente distinto y no se refiere al hecho de que determinadas personas sean conocidas o no del público, pues las personas famosas, gozan también de intimidad. Más bien lo que resulta normalmente expuesto al público es su derecho a la propia imagen (concretamente algunas de las facetas que lo caracterizan). La imagen o proyección pública o profesional de una persona está conectada con su derecho a la propia imagen y no con su derecho a la intimidad, que protege otra esfera completamente distinta. Huelga decir que todas las personas tienen una esfera íntima, que es la que protege el ordenamiento jurídico, si bien ese ámbito no coincide en todas las personas, ya que,

ni todos tienen la misma noción de intimidad, ni por razón de su profesión, cargo u oficio, todas las personas gozan del anonimato. Por ello, es en la delimitación de ese ámbito protegido que es la intimidad, donde a menudo los tribunales deben efectuar precisiones o matizaciones dependiendo de distintos elementos.

Lo que quizás no han sabido explicar bien los demandantes ni tampoco el Auto del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Toledo, ni por último la Audiencia Provincial, es la doctrina emanada del asunto Hannover⁵, que expresamente se cita. Conviene explicarlo brevemente a fin de no generar más confusión. La princesa Carolina de Mónaco y su esposo, Alfonso de Hannover acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cansados de la constante y continúa persecución que, durante años, padecían -y me atrevo a afirmar que siguen padeciendo- por parte de la denominada prensa amarilla alemana. A pesar de que las resoluciones del TEDH carecen de fuerza vinculante para nuestros tribunales, no es ningún secreto que, en determinadas materias -y ésta es una de ellas-, su doctrina ha calado en nuestros altos tribunales, que tienen a bien citar ésta y otras sentencias emblemáticas del Tribunal europeo en sus resoluciones y que han ido asumiendo como propias buena parte de esa doctrina jurisprudencial.

En su demanda, los actores explican como los 365 días del año ellos y sus hijos conviven con un acoso mediático que les espera a la puerta de su domicilio desde que se levantan, les acompaña a su lugar de trabajo y/o esparcimiento y no concluye ni en las horas de descanso nocturno, pues es habitual que algunos de estos profesionales queden apostados toda la noche a las puertas del lugar en el que descansan. La demanda acompañaba pruebas documentales numerosas y muy evidentes de la situación fáctica que acabo de describir y que se referían a la vida cotidiana de la princesa Carolina de Mónaco. No obstante, el litigio terminó por circunscribirse únicamente al material en el que aparecían la princesa Carolina y otras personas, mayores de edad, quedando fuera del mismo los materiales en los que aparecían menores. Los menores de edad gozan de una protección más reforzada de sus derechos de la personalidad, tanto en Alemania como en España. Mi opinión es que es muy probable que el Tribunal de Estrasburgo, al dictar esta sentencia debió tener presente los fatales hechos que, años atrás, malograron la vida de la princesa Diana de Gales y sus acompañantes.

Pues bien, en una sentencia que ha sido importada y acogida en la jurisprudencia de nuestro TC y nuestro TS, el TEDH estimó la demanda y consideró que, el derecho a la vida privada comprende el derecho a no estar constantemente perseguido y vigilado por los medios de comunicación, de modo que, en resumidas cuentas, vivir de ese modo no es vivir libremente, es contrario a la dignidad de las personas. Dicho de otro modo, lo que la princesa Carolina y su esposo reclama-

ban no era la prohibición de que su imagen fuese captada, reproducida y difundida en cualesquiera de los actos oficiales, lugares públicos o actividades sociales en las que a menudo intervienen, sino a la falta de un espacio vital en el que poder desenvolverse sin la vigilancia de las cámaras y los focos. Lo que se viene a reconocer es la importancia de la vida privada en el desarrollo de la personalidad de cada uno de nosotros. Si el público conoce de todos tus actos, sociales u oficiales o no, en definitiva se te está privando de poder desarrollarte libremente como persona, en el entendido de que estás siendo observado todo el día, todo el año. Por eso creo que el supuesto no es parangonable y por ello tampoco extensible al esgrimido por D^a Telma y su compañero sentimental. O por lo menos, éstos no han probado en Derecho un acoso mediático de tales características, pues tanto el Auto del Juzgado como el de la Audiencia Provincial se refieren a una ausencia dramática de pruebas por parte de los actores, ya que las fotografías que se acompañaron como documentos a la demanda de medidas cautelares: a) pertenecían a distintas fechas, algunas muy lejanas en el tiempo; b) no habían sido captadas o reproducidas por todos y cada uno de los medios de comunicación o productoras codemandadas, sino que sólo algunas imágenes habían sido captadas y/o reproducidas por algunos de los codemandados; c) en muchas de las imágenes no aparecía D. Enrique Martín, la pareja de D^a Telma y actor en el procedimiento; d) la mayor parte de las imágenes habían sido captadas en lugares abiertos al público o con ocasión de actos oficiales o públicos, lo que, de entrada, presume la licitud de las mismas.

Por lo tanto, partimos de un importante déficit probatorio que, en un supuesto como el que comento, resulta decisivo, pues el *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho exigible legalmente para la adopción de cualquier medida cautelar, debe llevar aparejado un sustrato probatorio previo que lo sustente. No puede dejarse a un lado que, más allá de los fundamentos jurídicos que se desarrollan en el contenido de una resolución judicial, los procedimientos judiciales precisan de una prueba clara e indubitada de los hechos, requisito que en este supuesto brilla por su ausencia. En el Fundamento de Derecho Cuarto del Auto dictado por el Juzgado de 1^a Instancia se hace mención al material que como prueba de su pretensión aportan los actores con la demanda de medidas cautelares, resultando el mismo manifiestamente insuficiente de cara a fundamentar su solicitud: una condena de futuro y, no se olvide, restrictiva de otros derechos fundamentales como son el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información. Cosa distinta hubiese sido que, respecto de algunos de esos materiales, se solicitase la declaración de ilegitimidad -por atentarse contra el derecho a la propia imagen o, en algún caso, a la intimidad- de los actores o más bien de la actora en particular (toda vez que el actor no aparece más que en unas pocas fotografías). Sin embargo, se está ejercitando una acción de abstención (tutela inhi-

bitoria de futuro) que no va acompañada una demanda declarativa y que no justifica la urgencia y la necesidad en la adopción de la medida cautelar.

4. El derecho a la propia imagen

Ahora bien, ¿cuál es el régimen jurídico del derecho a la propia imagen? Creo que en este punto estamos en presencia del derecho más claramente definido y delimitado tanto en la LO 1/1982, como en la jurisprudencia. Primero, porque la LO 1/1982 es bastante concisa acerca de qué es lo que se protege con este derecho, pues el art. 7 al describir las intromisiones presuntamente ilegítimas se refiere en su apartado quinto al derecho a la propia imagen para prohibir: “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2”.

El art. 8.2 opera como excepción a la regla general de prohibición que, además de los supuestos a los que alude, debe contar también con la posibilidad de que el titular del derecho expresamente autorice un acto de disposición respecto de la propia imagen (art. 2.2 LO 1/1982). Por tanto el art. 8.2 establece una serie de excepciones a lo que constituye el régimen general de intromisiones, configuradas a modo de presunciones *iuris tantum* en el art. 7. Es decir, la ley permite la captación de la imagen de las personas que detentan un cargo público, una profesión con proyección pública o una actividad con pública notoriedad cuando se encuentran realizando un acto o actividad pública, o cuando se encuentran en lugares abiertos al público. De algún modo, el legislador ha reducido el ámbito protegido de su derecho a la propia imagen, de modo que, en todo caso la faceta pública de estas personas es visible y puede mostrarse a la opinión pública. Ello siempre desde el respeto al ámbito de la personalidad de cada una de estas personas que no es público, que no está relacionada con el desarrollo del cargo, profesión o actividad por la que es notoriamente conocida esa persona. En este otro ámbito, todos merecen ser igualmente respetados y, por ello, la mención que hace la ley a ‘lugares abiertos al público’ sirve en parte como límite del lugar al que pueden llegar las cámaras y los focos. La concreción de qué sea o no un lugar abierto al público vienen efectuándola nuestros tribunales, pues la LO 1/1982 no precisó mucho más. Dicha concreción es necesariamente casuística, pues de lo contrario, las personas públicas verían drásticamente reducido su derecho a la propia imagen más allá del domicilio o de los espacios asimilados a éste (Pascual Medrano, 2003: 148-149); quiero decir, que no está permitido la captación en cualquier lugar literalmente ‘abierto al público’, pues también en algunos de ellos se están desarrollando actos de la vida privada o que, al menos, merecen no ser difundidos al público. Es por ello que después de más de 25 años de interpreta-

ción jurisprudencial de la LO 1/1982, todavía muchas sentencias versen acerca de la naturaleza, pública o privada, de un determinado espacio o lugar.

A la hora de delimitar el contenido subjetivo de los derechos de la personalidad, tal y como dispone el art. 2.1 de la LO 1/1982, deben ser considerados también la conducta y los propios actos que el titular del derecho ha llevado a cabo en cuanto a su preservación o exposición pública. En primer término, porque aunque la LO 1/1982 contempla un derecho a la revocación del consentimiento dado - que en el ámbito de la propia imagen sería el equivalente a la retirada de una imagen o grabación y prohibición de reiterar su emisión-, éste será a menudo quimérico. ¿Cómo pensar en la retirada, por ejemplo, de un desnudo cuando éste ha circulado ya por Internet y por otros soportes digitales? Sencillamente, la eficacia de una medida de este tipo es imposible de asegurar. Conocemos el control de los medios y plataformas de comunicación tradicionales, pero la Sociedad de la información permite que los usuarios guarden, copie, distribuyan o comuniquen mediante distintas técnicas (correo electrónico, telefonía móvil, *bluetooth*, etc.) sus archivos. Este derecho a la revocación del consentimiento prestado en el caso del derecho a la propia imagen deja siempre un rastro, una marca o huella. Además, los actos de quien ha comercializado o explotado económicamente los aspectos patrimoniales del derecho a la propia imagen generan una expectativa de conocimiento en el público: los actores, actrices, modelos, deportistas profesionales que hacen campañas publicitarias, etc. pasan a ser conocidos del gran público, por lo que resulta imposible que una resolución judicial del tipo que sea consiga borrar esa imagen pública que se ha extendido entre un buen número de ciudadanos.

El criterio de los propios actos pesa, y mucho, sobre todo a la hora de cuantificar una indemnización reparatoria sobre estos derechos, pero no puede *ab initio*, negar a quienes habitualmente se exponen pública y voluntariamente a la opinión pública o comercian con los aspectos patrimoniales de la intimidad, la propia imagen o, incluso, el honor (Macías Castillo, 2004). Digamos que, como regla general, han asumido voluntariamente -normalmente a cambio de una retribución económica- un riesgo, el riesgo de ser conocidos.

En mi opinión, aplicando la doctrina Hannover, si el acoso es tan insistente e intenso como lo era en el caso de Carolina de Mónaco y su familia, aunque la captación de las imágenes se circunscribiese tan sólo al ámbito de los 'lugares abiertos al público', estaríamos también en presencia de una intromisión, porque realmente la doctrina Hannover lo que trata de impedir es una presión de los medios de comunicación ejercida hasta la extenuación, supuesto que, en realidad, sufren pocas personas, y porque el dato del 'lugar abierto al público' no es definitivo, si-

no un criterio más de decisión para acotar la licitud o ilicitud en la captación de la imagen.

En resumidas cuentas, si D^a Telma Ortiz participa en cualquier acto, evento o ceremonia oficial pública, acompañada o no por su pareja, los medios de comunicación y, de hecho, cualquier ciudadano, pueden captar su imagen y reproducirla o difundirla sin su consentimiento, siempre que se realice con una intención informativa. Daría igual que el destino de las imágenes fuese el de un informativo en televisión, una revista o el *blog* de un cibernauta que desea opinar sobre un viaje oficial de la Familia Real, por ejemplo. Siempre quedaría excluida la finalidad comercial o publicitaria, para la que sería precisa la prestación de su consentimiento expreso, normalmente consentimiento hoy día convertido en auténtica voluntad contractual. Ni siquiera habría que entrar para decidir acerca de la legitimidad de estas acciones en si la actora tiene o no la condición de personaje público, pues la mera participación en este tipo de actos autoriza a los demás a efectuar consentidamente los actos ya descritos. El mero dato de que en el suplico de la demanda no se hubiese efectuado este matiz, ya sería motivo bastante para desestimar la pretensión, dado los términos tan generales en los que la tutela inhibitoria se invocaba.

Tanto el Auto del Juzgado como el de la Audiencia Provincial, ésta última no sin dudas, coinciden en calificar a la demandante y a su compañero como personas de proyección pública, pues no en vano han participado en multitud de actos oficiales y protocolarios, a buen seguro, por la relación de parentesco de la actora. El Fundamento de Derecho Tercero del Auto de la AP de Toledo, literalmente se refiere a que, con independencia del parentesco de la demandante con SAR la Princesa de Asturias, ésta "...se dedica a una actividad que sí tiene un interés social, como es la cooperación con países desfavorecidos, ha intervenido en actos sociales distintos a los oficiales y protocolarios, como la presentación de un libro, e incluso ella misma ha dado pie a considerar que por actos propios, al responder a cuestiones de tipo íntimo, se ha colocado en una situación de mayor relieve social, si bien que de modo muy limitado, que quizá no justificaría la apreciación de la excepción del art. 8.2.a) de la Ley Orgánica".

Ahora bien, ¿qué decir de aquellas otras imágenes que los actores acompañan a su demanda y que no se refieren a actos oficiales o protocolarios y que no han sido captadas en lugares abiertos al público? Concretamente se trata de imágenes en las que la actora, sola o en compañía de su pareja, se encuentra leyendo en una terraza o charlando con familiares y amigos, y que exceden del ámbito oficial, protocolario o de los 'lugares abiertos al público' cuya naturaleza no se discute. Debe pensarse que en lo que se refiere a la consideración de 'lugares abiertos al públi-

co⁴, no existe una doctrina pacífica respecto a todos los lugares; más bien unos son claramente considerados como tales, otros por el contrario no lo son, mientras que existe un grupo, amplio, de supuestos dudosos. Sea como fuere, el caso es que fueron tres de las publicaciones codemandadas -Pronto, Lecturas y Mujer Hoy-, las que difundieron estas imágenes a las que expresamente alude el Auto del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Toledo en su Fundamento de Derecho Cuarto. El Auto de la Audiencia Provincial no las menciona. El hecho cierto es que estas imágenes, si bien pueden exceder del ámbito de la captación permitida por el art. 8.2 LO 1/1982, no son suficientes para fundamentar la urgencia, el peligro que exige toda medida cautelar; que no es otro que el de proteger el derecho a la propia imagen de los demandantes y hacerlo con carácter urgente.

Por cierto, el Auto del Juzgado confunde en este punto la propia imagen con la intimidad, ya que afirma que con las imágenes mencionadas se vulneraría la intimidad personal y familiar de los actores (ahora bien, la sentencia que no concede protección por otras razones, entre ellas, que la intimidad no es objeto del litigio). Creo que en una terraza, con independencia de su calificación como lugar abierto al público o no, normalmente las personas no desarrollan actos de su vida íntima, por lo que, de nuevo se está confundiendo lo que es íntimo con lo que es una manifestación de la vida privada, de contenido más extenso y protegido en este caso por el derecho a la propia imagen y no por el derecho a la intimidad⁵. Privacidad e intimidad no son sinónimos en lo que a la protección jurisdiccional se refiere (Carrillo, 2003: 44 y ss.). Hay actos que pertenecen a la vida privada pero que no son íntimos. La intimidad es una esfera mucho más reservada que la privacidad, que es protegible, pero en otros términos. De hecho, la prohibición de captar determinadas imágenes lo que protege es, precisamente, ese derecho a la privacidad, sin perjuicio de que, en algún caso concreto, además, ello implique también una vulneración del derecho a la intimidad de los afectados. Pero, insisto, las fotografías que se mencionan en el Auto del Juzgado a lo que se están refiriendo es a imágenes captadas fuera de los supuestos previstos en el art. 8.2, pero no necesariamente atentatorias contra la intimidad, simplemente, atentan contra el derecho a la propia imagen.

5. La tutela inhibitoria y la posibilidad de solicitar medidas cautelares

La posibilidad de iniciar medidas cautelares para la protección de estos derechos es esencial a los efectos de protección real en algunos casos. Estoy pensando, fundamentalmente en dos tipos de supuestos prácticos que son los que pueden originar la solicitud de la acción de abstención con carácter cautelar; pues no puede dejarse a un lado que, en cuanto a contenido condenatorio, es uno de los

pronunciamentos más extendidos en los procedimientos de tuitivos de los derechos de la personalidad: no se trata ya tanto de reparar el daño causado, sino de evitar ulteriores intromisiones ilícitas.

El primer supuesto típico sería aquél en el que es posible la anticipación al hecho ilícito; esto es, el demandante conoce antes de que se haya producido, que el contenido de una emisión, programa o contenido concreto causará un daño irreparable en alguno de sus derechos de la personalidad. La medida cautelar alcanza entonces todo el sentido y, en ese caso, será necesario que el juzgador se pronuncie acerca de la necesidad de suspender o no el programa o la emisión. Con todo, la situación no es muy frecuente, pues no es habitual que se programe o advierta con la suficiente antelación la emisión de este tipo de contenidos o, más aún, que los involuntarios protagonistas de los mismos, aún conociendo de su emisión, puedan tener la certeza acerca del carácter atentatorio del mismo para sus derechos de la personalidad. Es importante destacar que, cuando ha prosperado esta solicitud procesal ha sido respecto de programas o emisiones concretas, no genéricas como la aquí solicitadas y, en segundo lugar, aquellas emisiones que públicamente se conoce que van a ser emitidas .

En el segundo caso, estaríamos en presencia de actos ilícitos que ya se han producido o comenzado a producirse, por lo que están desplegando sus efectos dañinos, de modo que lo que interesa al demandante es, básicamente, paralizarlos o suspenderlos con la mayor premura, pues de su continuidad dependerá que el daño se agrave.

La solicitud de medidas cautelares ha de entenderse en términos amplios, sin que exista un catálogo tasado de medidas concretas, por lo que las partes podrán solicitar una medida que resulte efectiva para evitar la vulneración de algún derecho fundamental o, en su caso, para evitar que el daño ya iniciado se prorrogue (Garberí Llobregat, 2007: 407). Es habitual que se solicite como medida cautelar la no difusión de un reportaje, una grabación, unas imágenes o una información en general susceptible de atentar contra estos derechos; la modificación o cesación del empleo de determinadas expresiones, apodos o calificaciones; la suspensión de una campaña publicitaria, etc. La LO 1/1982 no entró a realizar valoraciones respecto de cada una de las posibles medidas. Las medidas pueden solicitarse, además, eligiendo entre el cauce procesal previsto en esta norma sustantiva o a partir de las medidas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé expresamente un procedimiento previo al planteamiento de la demanda principal para la adopción de medidas cautelares (arts. 721 y ss. LEC). Con todo, la LEC sí que ha establecido una serie de medidas cautelares concretas, aunque la enumeración no debe considerarse cerrada y es posible en virtud del art. 727.11^a

LEc, la adopción de cualesquiera otra medida "que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en juicio".

En uno y otro caso, como condición para la adopción de tales medidas, el Juzgado debe exigir la prestación de caución suficiente que sirva, en su caso, como garantía para el caso de que la medida no fuere ajustada en Derecho y causare un perjuicio al demandado. No se trata de una cuestión de derecho dispositivo sino, muy por el contrario, una exigencia impuesta por el art. 728 LEC. El Auto de la AP de Toledo de 3 de noviembre de 2.008 insiste en que ni se ofreció con la solicitud de medidas cautelares la caución, ni tampoco se ha prestado en ningún momento del procedimiento.

Las medidas cautelares pueden solicitarse junto con la demanda o antes de articularse ésta, si bien en tal caso habrá de justificarse debidamente la urgencia de la medida cautelar (art. 730 LEC) que, necesariamente tendría que ser la evitación de un daño que aún no se ha producido pero cuya venida se teme con certeza y fundamento o, en otro caso, la paralización del daño injusto que ya ha comenzado a producirse. Sucede que, en el supuesto analizado, al no solicitarse la medida cautelar respecto de un programa, una emisión, un video o una imagen concreta, la urgencia que la medida cautelar exige era difícilmente justificable. La abstracción y generalidad con la que se formuló la pretensión hacía muy complicada la apreciación del riesgo por la demora procesal. Dicho de otro modo, quizá hubiese una cierta viabilidad respecto de una condena declarativa pero, la medida cautelar, por definición debe fundarse en criterios de urgencia procesal que, lógicamente, debe acreditar ab initio, el solicitante.

Entiendo que optar por una medida cautelar de forma independiente y aislada (aunque supeditada a una ulterior demanda todavía no articulada pero que verse sobre el contenido definitivo de la pretensión) es posible y es fruto simplemente de una estrategia procesal, por cuanto que ninguna norma exige anudarla a la demanda de carácter declarativo; ello, aunque la vigencia de la medida cautelar siempre sea temporal. Ahora bien, también creo que en este tipo de litigios, la mayor parte de las ocasiones, resultará más eficaz articular la demanda principal desde el principio, solicitando la medida cautelar mediante otrosí. La explicación es sencilla: conociendo la intención final del demandante el tribunal podrá apreciar desde el principio con más claridad la pertinencia y necesidad de la medida.

Según qué medida cautelar sea la solicitada, el órgano jurisdiccional puede acordar su adopción, previa argumentación del demandante, bien con audiencia al demandado; bien sin audiencia al demandado. La regla general es la de que el tri-

bunal debe proveer las medidas cautelares solicitadas previa audiencia del demandado (art. 733.1 LEC), por lo que las medidas dictadas sin audiencia de éste son, si cabe, aún más extraordinarias. Es el caso del presente supuesto, en el que los solicitantes, a mi modo de ver; no muy atinadamente, dirigieron la petición contra una pluralidad de medios de comunicación. Hubiese sido más prudente dirigir la pretensión contra un medio de comunicación, a modo de globo sonda y, después, a results del procedimiento, extender los efectos protectores que en su caso el Juzgado hubiese concedido al resto de medios y productoras. Y digo más prudente, siquiera sea por el importe de las costas procesales, a las que se condenó a los solicitantes de las medidas tanto en la instancia como en la alzada.

Cuando el tribunal recibe la solicitud, articulada a modo de demanda, si decide la tramitación con audiencia previa a los demandados, convocará a las partes a una vista en los diez siguientes contados desde la notificación al demandado, en este caso, también al Ministerio Fiscal. En la misma, las partes defenderán su pretensión -a favor y en contra de la adopción de la medida- y podrán servirse para ello de la prueba que estimen oportuna. Expresamente prevé la ley la posibilidad de practicar la prueba de reconocimiento judicial (art. 734.2 LEC), inoperante de todo punto para la solicitud de una medida como la pretendida en este caso. En este tipo de procedimientos, más que el reconocimiento judicial, la prueba que cobra especial protagonismo es la documental, es decir, el visionado de las imágenes, videos, fotografías o cualesquiera otras imágenes que se pretenden difundir. La mayoría de la documental acompañada no iba encaminada a acreditar la existencia de un hecho futuro injusto, dañoso, sino que por el contrario se refería a reportajes, imágenes, etc., publicadas o difundidas en el pasado. El Auto de la AP de Toledo se refiere expresamente a la circunstancia de que las imágenes y fotocopias de revistas que se acompañan a la solicitud tienen una antigüedad de años (Fundamento de Derecho Quinto). Aquí se produce una importante laguna probatoria, por cuanto que el interés principal de la medida cautelar radica en la urgencia, de modo que el solicitante de la misma debe procurar que el juzgador alcance el convencimiento de la necesidad de adoptar la medida para prevenir un daño futuro o evitar que éste se agrave. Si el solicitante no puede justificar el *periculum in mora*, más vale que se olvide de la pretensión cautelar y centre todos sus esfuerzos en el procedimiento principal en el que, aquí sí, los hechos ilícitos ya acaecidos, son los principales protagonistas.

Es esta vista también el momento apropiado para discutir a propósito de la pertinencia o no de la caución y su importe o alcance. Cabe en dicha vista, la posibilidad de ofrecer caución sustitutoria, en previsión del perjuicio económico que puede causársele al demandado en el supuesto de que en el procedimiento declarativo correspondiente resultare desestimada la pretensión que se solicitó cautelarmente. No cabe recurrir frente a los incidentes que se producen en la vista

ni tampoco sobre la admisión o inadmisión de prueba. Sin embargo, como ha quedado dicho, tampoco en este momento procesal los solicitantes de la medida fueron capaces de subsanar la falta de ofrecimiento de la caución.

A partir de aquí, la LEc prevé que en el plazo de cinco días desde la celebración de la vista el tribunal decida mediante Auto acordando o no la medida cautelar solicitada. La LEc en su art. 735.2 exige al juzgador precisión y claridad a la hora de acordar la medida cautelar, expresando en estos términos su duración, el modo en el que la misma debe desarrollarse y todas las cuestiones relativas a la prestación de caución. No puede dejarse a un lado que, en definitiva, la adopción de la medida está supeditada a que el Juzgado confirme en ulterior sentencia su pertinencia, razón por la cual su adopción es meramente provisional. El Auto que acuerda o deniega las medidas cautelares es recurrible en apelación sin efectos suspensivos, opción por la que optaron los demandantes.

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula también la posibilidad, a modo de excepción, conforme a la cual, aquellos supuestos en los que el solicitante sea capaz de acreditar con su petición que existen razones de urgencia -de más urgencia aún- suficientes o bien que la audiencia previa al demandado frustraría la finalidad de la medida cautelar; el tribunal acuerde la medida sin audiencia al demandado (art. 733.2 LEc). En estos casos el juez puede acordar la medida sin más trámite mediante Auto, en el plazo de cinco días, si bien debe razonar y por separado los motivos que le llevan a acordar la medida sin conceder audiencia al demandado. Este Auto no es recurrible. Es evidente que esta vía procesal de adopción de la medida procesal es mucho más drástica y arriesgada para los derechos y libertades de los demandados, pero importa destacar su existencia misma, sobre todo para constatar que existen suficientes medios de protección en nuestro ordenamiento jurídico para la defensa y protección de los derechos fundamentales.

Cuando sea acordada la medida cautelar sin audiencia al demandado cabe formular oposición a la misma en el plazo de 20 días a contar desde la notificación del Auto que acuerda las mismas. Al demandado le cabe la posibilidad en dicha oposición de prestar caución sustitutoria. Posteriormente, se dará traslado al solicitante de la medida, procediéndose a señalar celebración de vista que se desarrollará en los mismos términos del art. 734 LEc, es decir, la vista que se celebra cuando se da traslado a las partes. Fruto de dicha vista, el tribunal debe pronunciarse mediante Auto acerca de si mantiene la medida en su día acordada sin audiencia al interesado (en cuyo caso condenará en costas al demandado que se opuso) o decidirá si alza las medidas acordadas, condenando al actor al pago de las costas y de los daños y perjuicios causados.

6. A modo de conclusión

La polémica, generada artificialmente por los propios medios de comunicación, ha servido al menos para que el debate se haya incentivado y, a buen seguro, también el estudio en profundidad de estas cuestiones, cada vez más importantes por cuanto que la protección de los derechos de la personalidad, se trate o no de personas famosas, no deja de ser el objeto central de estudio del Derecho civil y, cómo no, también el eje central de otras disciplinas más lozanas como el Derecho de la información y el Derecho publicitario.

El ejercicio un tanto agresivo de los nuevos formativos televisivos, publicitarios y, especialmente, las nuevas prácticas en Internet, auguran una enorme litigiosidad, pues a nadie escapa que, además de la protección de los derechos personalísimos, detrás de estas prácticas de dudosa licitud, subyace un importante interés económico motivado por los insanos apetitos de buena parte de la audiencia.

Referencias

Carrillo, M. (2003). *El derecho a no ser molestado*. Madrid: Thomson-Aranzadi.

Garberí Llobregat, J. (2007). *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*. Barcelona: Bosch.

Llamas Pombo, E. (2003). La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de daños), En *Práctica, Derecho de Daños*, núm. 7, La Ley.

Macías Castillo, A. (2006), El precio de la intimidad (Reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982), En *Estudios de Derechos de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, La Ley, a propósito del comentario a la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2004.

Pascual Medrano, A. (2003). *El derecho fundamental a la propia imagen*. Madrid: Thomson-Aranzadi.

Notas

(1) Destacadas excepciones la constituyen la opinión de Marc Carrillo en *La intimidad, las celebridades y el derecho a la información*, *Diario La Ley* núm. 6979, de 1 de julio de 2008; J. R. De Verda y Beaumonde A propósito del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Toledo, de 15 de mayo de 2008, *Diario La Ley* núm. 6979, de 1

de julio de 2.008; Teodoro González Ballesteros en Medidas cautelares frente a libertad de expresión, en *Cuadernos de Periodistas* núm. 14, junio 2008, págs. 121 a 132.

(2) Opinión que comparte R. Sánchez Ferriz en Treinta años de información constitucionalmente protegida. La labor del TC en la fijación de límites y garantías, en *El derecho a la información judicial*, Fundación Coso, Valencia, 2008, pág. 69.

(3) Ihering, R., *¿Es el Derecho una Ciencia?*, estudio preliminar y traducción de Fernández-Crehuet López, Comares, Granada, 2002, pág. 53.

(4) Es el palmario supuesto de la STS de 17 de junio de 2.004, que tuvo como demandante a una famosa cantante de la que una revista publicó que estaba gravemente enferma, invocándose su derecho al honor y no el derecho a la intimidad. Puede verse el comentario en Macías Castillo, A (2004). Calificación errónea del bien jurídico protegido: confusión del derecho a la intimidad con el derecho al honor, en *Actualidad Civil* núm. 19, págs. 2.361 a 2.367.

(5) Sentencia de 24 de junio de 2004 TEDH, asunto Von Hannover contra Alemania, versión consultada en Sarmiento, D.; Mieres Mieres, L.J. & Presno Linera, M. (2007). *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Thomson-Civitas, págs. 457 a 472.

(6) Muy recientemente, STS de 13 de noviembre de 2.008 (La Ley 176072/2008), a propósito de las imágenes de dos personajes públicos en el interior de un vehículo estacionado en la vía pública manteniendo lo que parecía un 'encuentro sexual'. Aunque el vehículo se encontraba estacionado en la vía pública, se decreta la vulneración del derecho a la intimidad de la actora, pues el vehículo estaba aparcado en un lugar poco transitado y apartado de una urbanización residencial. El lugar, por tanto, considerado de forma aislada, no es un criterio definitivo.

(7) Han habido varios supuestos recientes relacionados con el anuncio de la emisión de un programa sobre un supuesto hijo secreto de una persona fallecida, en protección del derecho del menor (si bien finalmente la emisión fue autorizada, una vez visionada el reportaje por el Juzgado); o es también frecuente impedir la emisión de algunas series basadas en hechos reales que, además, se encuentran *sub iudice*.