

**APDC**

Asociación de Profesores de Derecho Civil

# Bienes de la personalidad

**XIII JORNADAS** DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

SERVICIO DE PUBLICACIONES  
DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA



## **BIENES DE LA PERSONALIDAD**

**XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil**



# **BIENES DE LA PERSONALIDAD**

**XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil**

SERVICIO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE MURCIA  
2008

1ª Edición, 2008

Reservados todos los derechos. De acuerdo con la legislación vigente, y bajo las sanciones en ella previstas, queda totalmente prohibida la reproducción y/o transmisión parcial o total de este libro, por procedimientos mecánicos o electrónicos, incluyendo fotocopia, grabación magnética, óptica o cualesquiera otros procedimientos que la técnica permita o pueda permitir en el futuro, sin la expresa autorización por escrito de los propietarios del copyright.

## ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN.....	9
-------------------	---

### PONENCIAS

ALGUNAS CUESTIONES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN <i>Francisco de P. Blasco Gascó</i> .....	13
---	----

LA PROTECCIÓN <i>POST MORTEM</i> DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y LA DEFENSA DE LA MEMORIA DEL FALLECIDO <i>José Javier Hualde Sánchez</i> .....	93
---	----

### COMUNICACIONES

EL ART. 162 DEL CC: UNA REGLA ESPECIAL DE CAPACIDAD DE OBRAR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD <i>María del Carmen García Garnica</i> .....	151
---	-----

INTROMISIONES EN EL DERECHO AL HONOR EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CIVIL <i>Elsa Sabater Bayle</i> .....	173
ALGUNAS NOTAS JURÍDICAS ACERCA DE LOS BIENES DE LA PERSONALIDAD <i>Jaime Vidal Martínez</i> .....	197
LA HORIZONTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMEN- TALES <i>María Martínez Martínez</i> .....	205



## PRESENTACIÓN

Siguiendo la tradición que se iniciara en 1992, en este volumen se recogen las ponencias y comunicaciones presentadas a la XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebradas en octubre de 2007 en Salamanca.

Arropados por los siglos de vida universitaria que fluyen por las calles salmantinas se desarrolló el tema elegido para estas Jornadas: Bienes de la Personalidad. Las ponencias fueron presentadas por los profesores Dr. D. Francisco De Paula Blasco Gascó, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia y Dr. D. Javier Hualde Sánchez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco. La primera ponencia, tiene por título «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», la segunda ponencia se titula «La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido».

Como había ocurrido en Jornadas anteriores, tras las ponencias se leyeron las comunicaciones presentadas por algunos de nuestros asociados sobre el tema estudiado.

Presentamos ahora en este libro el contenido de lo entonces expuesto, con la esperanza de que resulte de interés para todos los estudiosos del Derecho y sirva, además, de grato recuerdo a los asociados.

Reiteramos aquí nuestro agradecimiento a todos los miembros del Área de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, cuyo esfuerzo hizo posi-

ble la celebración de unas Jornadas marcadas por el gran interés suscitado por los temas elegidos y su brillante exposición, así como por la calurosa acogida dispensada por la ciudad de Salamanca a la APDC.

*Junta Directiva de la Asociación de  
Profesores de Derecho Civil*

## **PONENCIAS**



# ALGUNAS CUESTIONES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ

Catedrático de Derecho Civil

Universitat de València

*SUMARIO.* I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. 1. Los ámbitos de poder positivo y negativo del derecho. 2. El ámbito somático del derecho a la imagen. 3. El uso inocuo de la imagen de otro. III. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LAS RELACIONES JURÍDICAS CONTRACTUALES. IV. LA IMAGEN MÁS ALLÁ DE LA IMAGEN. 1. Apariencia y reconocibilidad de la imagen. 2. La imagen que no se ve, pero se imagina. 3. La voz, los *tics* y otros signos identificativos. 4. La propia imagen de la imagen de los dobles. 5. La imagen de las cosas. *A) La propiedad de la imagen de la cosas. B) Propiedad intelectual y derecho a la imagen.* V. INFORMACIÓN, EXPRESIÓN Y PROPIA IMAGEN. 1. La propia imagen en los juicios (propios y ajenos). 2. Caricaturas, parodias y fotomontajes.

– Lo que es en mi país –aclaró Alicia, jadeando aún bastante–, cuando se corre tan rápido como lo hemos estado haciendo, y durante algún tiempo, se suele llegar a alguna otra parte...

– ¡Un país bastante lento! –replicó la Reina–. Lo que es aquí, como ves, hace falta correr todo cuanto uno pueda para permanece en el mismo sitio. Si se quiere llegar a otra parte hay que correr por lo menos dos veces más rápido.

Lewis Carroll, *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí*,  
Cap. 2, *El jardín de las flores vivas*.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la imagen, como la mayoría de los derechos de la personalidad y la propia categoría, tanto fuera de España como en nuestro país, no es un derecho ajeno a la polémica<sup>1</sup>. Como recuerda MARC CARRILLO<sup>2</sup>, algunos autores entienden que la imagen es parte del derecho al honor de las personas; otros, especialmente los franceses<sup>3</sup> y la doctrina anglosajona (y alguna

---

1 Vid., en general, SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, en concreto, en la misma obra IGARTUA ARREGUI, F., «El derecho a la imagen en la jurisprudencia española»; AMAT LLARI, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992, passim. ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997; ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987; HIGUERAS, I., *Valor comercial de la imagen: aportaciones del «right of publicity» estadounidense al derecho a la propia imagen*, Navarra, 2001; AUGER LIÑÁN, C., «La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», en *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXXV, Madrid, 1993, pág. 87 y sigs.; CARRILLO, M., «El derecho a la propia imagen del art. 18-1 de la C.E.», en *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXXV, Madrid, 1993, pág. 65 y sigs.; ROVIRA SUERIO, M<sup>a</sup>. E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, 1999; HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Madrid, 1994; AZURMENDI, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997; CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1995.

2 CARRILLO, M., «El derecho a la propia imagen del art. 18-1 de la C.E.»..., cit., pág. 72.

3 Como se sabe, el Código civil francés no regula el derecho a la imagen, sino sólo a la intimidad en el art. 9. Un sector doctrinal, sin embargo, se muestra partidario del reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad. Así, CARBONNIER, J., *Droit civil. 1/Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales*, 21ª ed. refundida para *Les Personnes* y 17ª ed. refundida para *Les Incapacités*, Paris, 2000, pág. 148, CORNU, G., *Droit*

sentencia del Tribunal Constitucional)<sup>4</sup>, lo configuran o lo diluyen como un elemento del derecho a la intimidad<sup>5</sup>, de manera que un uso indebido o ilícito de la imagen ajena se traduce ineludiblemente como una lesión del derecho a la intimidad<sup>6</sup>, lo cual no deja de ser curioso porque posiblemente lo más alejado a la intimidad sea la imagen, la cual casi por definición es exteriorización, manifestación y reconocibilidad. Incluso ha habido autores, sobre todo italianos antiguos, que han negado que la imagen se pudiera configurar como un derecho subjetivo<sup>7</sup>.

A mayor abundamiento, el derecho a la propia imagen no aparece recogido de forma expresa en todas las constituciones<sup>8</sup> ni en general en el constitucionalismo europeo, incluido el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

---

*civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11ª ed., Paris, 2003, págs. 248 y 249; SERNA, M.: *L'image des personnes physiques et des biens*, Paris, 1997, pág. 89 y sigs.; TERRÉ F. Y FENOUILLET, D.: *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7ª ed., Paris, 2005, págs. 119 y 120; TEYSSIÉ, B.: *Droit civil. Les personnes*, 8ª ed., Paris, 2003, págs. 70 y sigs. En contra, se manifiestan BIGOT, CH.: «Nota a la Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 13 enero de 1998», D 1999, págs. 167 y sigs.; DREYER, E.: «Pitié pour le Code civil (Au sujet d'une proposition de loi 'visant à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression», PA 6 marzo 2004, págs. 3 y 4; SAINT-PAU, J.CH.: «L'article 9 du code civil: matrice des droits de la personnalité», D 1999, pp. 541-544.

4 Como la STC 170/87, de 30 de octubre, que parece diluir la propia imagen en la intimidad personal.

5 El artículo 35-3 y 5 Código civil de Québec considera la captación o utilización de la imagen de una persona como un atentado a la vida privada de la persona, si se encuentra en lugares privados o si dicha utilización obedece a un fin totalmente distinto a la información legítima del público.

6 En general, puede verse LINDON, R., *Les droits de la personnalité*, Paris, 1974; NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, México, 1979.

7 Así, por todos, COVIELLO, N., *Manuale de diritto civile italiano*, 3ª ed., Milán, 1924, pág. 26 o VENZI, Notas a las *Istituzioni de diritto civile italiano* de PACIFICI-MAZZONI, Turín, 1928, vol. II-I, pág. 26; PIOLA-CASELLI, E.: «Nota a la sentencia de la Corte de Apelación de Torino, de 3 de marzo de 1903», Foro it. 1904, I, c. 643.

8 Además del art. 18-1 C.E., también se regula en el art. 5 de la Constitución brasileña, en el 26 de la portuguesa y en el 2 de la peruana. No se reconoce expresamente en las constituciones francesa, italiana y alemana. Esta última establece en el art. 1-1 que «La dignidad del ser humano es intangible. Todos los poderes públicos tienen la obligación de respetarla y protegerla» y en el art. 2-1 que «cada persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no atente contra los derechos de los demás ni infrinja el orden constitucional o la Ley moral».

Europea de 7 de diciembre de 2000<sup>9</sup>, sino que, como se ha señalado<sup>10</sup>, queda protegido por el principio general de respeto a la persona humana o de respeto a la vida y bien cercano a la intimidad personal (art. 8 Convenio y art. 7 de la Carta). Ni siquiera en la doctrina ha sido configurado siempre como un derecho de la personalidad. Así, por ejemplo, GIERKE<sup>11</sup>, considerado como el creador de la categoría de los derechos de la personalidad, no lo menciona entre los mismos, salvo que se halle en el derecho al nombre (lo cual no es probable porque este derecho ha tenido una regulación positiva específica). Igualmente, CASTÁN<sup>12</sup> o SANTORO-PASSARELLI<sup>13</sup> lo configuran con un contenido negativo<sup>14</sup>; o el Código civil de Bolivia, que lo regula como un derecho de la personalidad en el art. 16 con base en la reputación o el decoro de la persona cuya imagen se comercia, publica, exhibe o expone, de manera que no lo configura como un derecho autónomo, sino dependiente de la reputación o decoro<sup>15</sup>. Incluso podría decirse (no ciertamente en nuestro ordenamiento, pero sí en el italiano *ex art. 10 Codice civile*<sup>16</sup> según

---

9 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01, DOCE 18 de diciembre de 2000)

10 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia imagen (A propósito de la STCo. 170/87, de 30 de octubre)», *Revista del Poder Judicial*, nº. 10, junio, 1988, pág. 76.

11 O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, 1895, pág. 702 y sigs. El citado autor establecía los siguientes derechos de la personalidad: vida, integridad física, libertad, honor, status social, nombre civil y comercial, marca, derecho de autor y derecho del inventor

12 CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos de la personalidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, págs. 44 y sigs.

13 Es evidente, dice SANTORO-PASSARELLI, que no hay un derecho de la persona, o de los hijos o del cónyuge o de los padres, a la imagen, sino sólo al cese del abuso de la misma, que se verifica por la publicación o la exposición de la imagen en los casos no admitidos por la ley o por el perjuicio al decoro o a la reputación de las persona, en cuyo caso se lesiona no la intimidad sino el honor de la persona, además del derecho a la indemnización de los daños si ha habido culpa. SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali...*, cit., pág. 52.

14 CASTÁN TOBEÑAS encuadra el derecho a la imagen entre los derechos de tipo moral, junto a los derechos a la libertad personal, al honor, al derecho de autor en su manifestación extramatrimonial y, en concreto, entre los que denomina derechos a la esfera secreta de la propia persona: correspondencia e imagen.

15 Según el citado precepto, cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada... pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo.

16 El citado artículo regula el *abuso de la imagen ajena*: siempre que la imagen de una persona...se exponga o publique en casos distintos en que la exposición o publicación sea permitida por la ley, o con perjuicio del decoro o de la reputación de la misma persona..., el juez podrá disponer, a petición del interesado, que cese el abuso, a salvo el resarcimiento de los daños.



MESSINEO<sup>17</sup>, DE CUPIS<sup>18</sup> o GALGANO<sup>19</sup>) que la imagen sólo queda protegida si se publica, pero no si solamente se capta, o si se daña la reputación o el decoro de la persona cuya imagen se publica<sup>20</sup>. De esta manera, como después se expondrá, cabría hablar de un uso inocuo de la imagen ajena.

Por otro lado, se debe tomar en consideración que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, no define los derechos de la personalidad que regula, ni el honor, ni la intimidad personal y familiar ni, claro está, la propia imagen.

---

El Código civil portugués regula el derecho a la imagen en el art. 79, entre los derechos de la personalidad (Libro I, título II, subtítulo I, Capítulo I, Sección II). El retrato de una persona, dice el párrafo primero del citado art. 79, no puede ser expuesto, reproducido o comercializado sin el consentimiento de la misma. El apartado segundo enumera los supuestos en que no es preciso el consentimiento del sujeto (notoriedad, cargo, exigencias de seguridad o de justicia, lugar público o finalidad científica, didáctica o cultural, etc). Finalmente, el apartado tercero prohíbe la reproducción, exposición o comercialización de la imagen ajena si de tales actos resulta perjuicio para el honor, la reputación o el decoro del titular de la imagen.

17 MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, III, *Personalidad, Familia, Derechos reales*, trad. Sentís Melero, Buenos Aires, 1971, pág. 20.

18 DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*, Milán, 1950, pág. 111.

19 GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. 1º, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª ed., Padua, 1990, p. 165.

20 En el derecho argentino, la regulación del derecho a la imagen se realiza en su posible colisión con el derecho de propiedad intelectual. Así, el art. 31 de la Ley 11.723 determina que «el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público». La regulación, por tanto, prohíbe la comercialización de la imagen o su puesta en comercio sin el consentimiento de la persona titular de dicha imagen, pero no parece prohibir su mera captación. Asimismo, del art. 1071 bis, Código Civil parece derivar que el derecho a la imagen queda embebido en el derecho a la intimidad, de manera que lo que se viola es precisamente este último derecho, al señalar que «el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación».

En cambio, sí determina el carácter irrenunciable, inalienable e imprescriptible<sup>21</sup>, así como la nulidad de la renuncia a la protección prevista en la ley, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el art. 2. Tales características deben relativizarse porque la indisponibilidad del derecho a la imagen (y de los otros derechos) se refiere, como señala expresamente la Exposición de Motivos de la propia LO, con carácter genérico a la protección civil que la ley establece, y no por tanto a actos de disposición concretos y determinados. Pero en tales casos es preciso, como dice el art. 2-2 LO 1/1982, que «el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso», en cuyo caso no hay intromisión ilegítima. No obstante, en principio tal consentimiento es revocable en cualquier momento, si bien, como determina el art. 2-3, «habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

Por tanto, partimos de una cuestión de determinación de la autonomía de un derecho (de la personalidad y fundamental) y de una indefinición legal del mismo que, sin embargo, es regulado con nombre jurídico propio y autónomo, no sólo en el art. 18-1 de la Constitución sino también en la Ley Orgánica que desarrolla el citado precepto constitucional y ha sido reiteradamente definido por las diversas sentencias del Tribunal Constitucional que se han ocupado del derecho a la propia imagen. Así, podemos decir que el derecho a la imagen goza, en nuestro ordenamiento jurídico de una triple autonomía: autonomía nominal, pues tiene *nomen iuris* propio, autonomía conceptual y de contenido, como deriva de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y autonomía legal, pues no sólo se recoge expresamente en el art. 18-1 C. E., sino que también se regula con la singularidad que le es propia (aunque a mi juicio con cierta insuficiencia) en la LO 1/1982, de 5 de mayo.

---

21 Tales características son reiteradas por la doctrina prácticamente desde el citado trabajo de CASTÁN TOBEÑAS (CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos...», *cit.*). El problema después es encontrar algún derecho de los llamados de la personalidad que reúna todos y cada uno de los requisitos mencionados, pues, partiendo de los que usualmente la doctrina configura como derechos de la personalidad, no todos se adquieren por el mero hecho del nacimiento, mientras que prácticamente todos conocen un ámbito de renunciabilidad y de disponibilidad: claramente el derecho a la imagen. Igualmente es difícil su caracterización como derechos subjetivos si son irrenunciables, imprescriptibles e inalienables.

## II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

### 1. Los ámbitos de poder positivo y negativo del derecho

Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que definen el derecho a la propia imagen. La imagen la define el Prof. MANUEL GITRAMA como la reproducción y representación de la figura humana en forma visible y reconocible<sup>22</sup>. La STS 29 de marzo de 1988 dice que aunque por imagen se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, a efectos de la Ley Orgánica la imagen es la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y que en tal sentido puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos.

El Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la imagen como «un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener dimensión pública».

Y añade: «La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde»<sup>23</sup>. Tales definiciones se suceden, de manera que se puede resumir:

1. El derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 C.E.) atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento bási-

---

22 GITRAMA GONZÁLEZ, M., Voz «Imagen, derecho a la propia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. IX, Barcelona, 1962, pág. 307.

23 SSTC 81/2001, de 26 de marzo, 14/2003, de 28 de enero y 127/2003, de 30 de junio. STS 9 de mayo de 1988 dice que por derecho a la imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción.

co de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual<sup>24</sup>.

2. El derecho a la propia imagen impide no sólo la obtención, sino también la publicación o reproducción por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permitan reconocer su identidad<sup>25</sup>.
3. La protección del derecho a la imagen *ex art. 7.5 LO 1/1982* se extiende incluso a los supuestos en que se capte la fotografía en un lugar público, sin consentimiento de la persona fotografiada<sup>26</sup>.

En la doctrina se ha determinado un concepto del derecho a la imagen que podemos denominar bifronte. Con base tanto en la doctrina científica y jurisprudencial, cuanto en el art. 7 LO 1/1982, la doctrina en general entiende que hay un concepto o ámbito positivo y un concepto o ámbito negativo del derecho a la imagen. El primero, como dice la STC 14/2003, de 28 enero, establece que el derecho a la propia imagen atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puedan tener difusión pública.

Pero el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad y, como tal, tiene una manifestación perfectamente negativa o prohibitiva. Así, como dice la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la imagen también «impide la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida».

Claramente lo pone de manifiesto la reciente STC 72/2007, de 16 de abril, la cual establece que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que lleva aparejado:

---

24 Por todas, vid., SSTC 231/1988 ; 99/1994 81/20001; 83/2002; y, por último, 72/2007.

25 En este sentido, SSTC 156/2001; 83/2002; 14/2003.

26 Vid., SSTS 6 de mayo y 14 de noviembre de 2002, 25 de octubre y 11 de noviembre de 2004 y 6 de mayo de 2005; respecto del Tribunal Constitucional, vid., SSTC 83/2002 y 300/2006, 23 de octubre.

- a) El derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública.
- b) El derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado<sup>27</sup>.

Este concepto negativo deriva claramente del art. 7-5 LO 1/1982, donde se establece que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de la Ley Orgánica:

La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8-2.

Igualmente, el apartado 6 del mismo precepto añade que también es intromisión ilegal «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

Ya antes, el citado prof. GITRAMA había afirmado que tal derecho surge ante la posibilidad de una incontestada publicidad o difusión de la fotografía de una persona –titular de aquel derecho– por los demás miembros de la sociedad<sup>28</sup>. Por tanto, en su acepción negativa, el derecho a la imagen, como la mayoría, si no todos, de los derechos de la personalidad, es un derecho impeditivo, de exclusión de la actividad ajena sin el consentimiento del titular. En la acepción positiva, en cambio, supone una especie de reserva exclusiva del control de la captación y reproducción, onerosa o gratuita, de la propia imagen.

Así, hay un concepto positivo y un concepto negativo del derecho a la propia imagen: la STS 9 de mayo de 1988 dice que por derecho a la imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción. En la doctrina, por último, De VERDA define el derecho a la propia imagen como el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura o, dicho de otro modo, la

---

<sup>27</sup> En el mismo sentido, la ya citada STC 81/2001, de 26 de marzo.

<sup>28</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, M., Voz «Imagen,...», cit., pág. 319.

facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no<sup>29</sup>.

Por tanto, se protege la imagen, la semblanza física del sujeto<sup>30</sup>. En cuanto tal, es un derecho propio de las personas físicas. MONTÉS PENADÉS señala con acierto que por medio del derecho a la imagen se tutela la imagen física, pero no la imagen espiritual o social, cuya distorsión, dice, afecta al honor y desde este derecho se protege<sup>31</sup>.

Igualmente, no se pueda extender a las personas jurídicas, no porque éstas no puedan gozar de una imagen (que, en cualquier caso, será metafórica), sino porque su imagen se protege mediante expedientes distintos al derecho de la personalidad, como es el nombre comercial, la marca, etc. Sin embargo, ha habido autores que han considerado la marca comercial como derecho de la personalidad, como por ejemplo el citado GIERKE.

En definitiva, la STC 14/2003, de 28 enero, tras anudar derecho a la propia imagen y libre desarrollo de la personalidad, señaló que ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual<sup>32</sup>... Así pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas<sup>33</sup>.

---

29 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cizur Menor (Navarra), 2007 (en prensa, pero capítulo VI, págs. 163 y sigs.).

30 Vid. ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las personas*, 3ª ed., Lima, 2001, pág. 245.

31 MONTÉS PENADÉS, V. L., «Los derechos fundamentales», en *Derecho civil. Parte General*, coords. López López y Montés Penadés, 3ª ed., Valencia, 1998, pág. 276.

32 SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 99/1994, de 11 de abril; 81/2001, de 26 de marzo ; 139/2001, de 18 de junio ; 156/2001, de 2 de junio; 83/2002, de 22 de abril.

33 SSTC 81/2001, de 26 de marzo; 139/2001, de 18 de junio; 83/2002, de 22 de abril.

## 2. El ámbito somático del derecho a la imagen

A poco que nos detengamos, veremos que el tan reiterado derecho a la propia imagen en las sentencias citadas es un derecho de configuración gráfica; un derecho cuyo objeto es la captación, reproducción y/o publicación de los rasgos físicos que conforman nuestra propia imagen, y que se manifiesta o ejercita en la permisión de tales actividades (acepción positiva) o en su prohibición o represión (acepción negativa).

Sin embargo, el derecho a la imagen también es, y posiblemente con carácter previo y fundamental, el derecho a conformar tales rasgos físicos. Se trata de un derecho a la imagen no en sentido gráfico (que capten o no la imagen), sino en sentido somático o estético: el derecho a definir, a determinar, a configurar y a modificar libremente la propia apariencia exterior. El derecho a la propia imagen es, ante todo, el derecho a determinarla, a individualizarla frente a los demás. Y este derecho es previo al poder de controlar (y de participar en las ganancias) el uso que se haga de la imagen, es decir, al derecho a fiscalizar la representación, captación, reproducción o publicación de nuestra imagen o, en negativo, a que no se haga sin nuestro consentimiento, salvo que se trate de algún supuesto exceptuado en el art. 8 LO 1/1982.

Efectivamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han insistido sólo en el segundo momento de manifestación del derecho a la imagen: en la facultad de permitir o de impedir la captación, reproducción y publicación de la imagen propia. Pero si el fundamento de este derecho descansa en la consagrada dignidad del ser humano y en su propia personalidad, no cabe duda alguna de que dichas dignidad y personalidad se manifiestan precisa y previamente en la determinación de la individualidad<sup>34</sup>.

La STC 156/2001, de 2 de julio, tras configurar el derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, determina expresamente que con la protección de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a que haya de aplicarse, sino también *una esfera personal, de libre determinación*; y que su contenido se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho: a éste corresponde decidir

---

<sup>34</sup> Precisamente, la uniformización de la imagen, la des-individualización o des-identificación de las personas fue una de las terribles causas que hizo preguntarse trágicamente a PRIMO LEVI *se questo è un uomo*

si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. Así, dice la citada sentencia, como posteriormente la STC 72/2007, de 16 de abril, que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.

El derecho a la imagen debe ser, en primer lugar y ante todo, un derecho a la imagen somática, es decir, corporal; a exteriorizar la imagen con la que el sujeto se identifique y se individualice. Un derecho a proyectar una imagen física de acuerdo con uno mismo, uniforme o desigual. No es aún un derecho de configuración gráfica, sino de configuración estética. El derecho a determinar si se deja crecer la barba o no, cuál sea la longitud de los cabellos, el color de los mismos, el derecho a vestir según plazca, con pendientes o sin ellos (y colocados donde uno considere)... Es decir, el derecho a la imagen es fundamentalmente el derecho a exteriorizar y hacer visible una determinada imagen que individualice al sujeto de acuerdo con su propia estética: una determinada manera de individualizarse físicamente. No es cuestión de mejor o peor gusto personal: el mal gusto en la imagen es también manifestación del derecho a la propia imagen. Y este derecho es, como dice el art. 2 LO 1/1982, irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Es el derecho a la no uniformidad física.

Alguien dirá que la protección civil de la propia imagen (y del honor y de la intimidad) queda delimitado por las leyes y por los usos sociales atendido el ámbito que, por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia, como dice el art. 2-1 LO. Pero, sin perjuicio de que dicho precepto se debe leer juntamente con el apartado segundo, con- vendremos inmediatamente que las leyes, en general (o sea las ordinarias) y mucho menos los usos sociales no pueden delimitar un derecho fundamental.

Como señaló MARC CARRILLO<sup>35</sup> se trata de criterios establecidos para la fijación del contenido de un derecho fundamental en el que predomina su

---

<sup>35</sup> CARRILLO, M., «El derecho a la propia imagen...», cit., págs. 82 y 83. La formulación, añade el Prof. Carrillo, es harto ambigua y no falta razón a quienes consideran que provoca inseguridad jurídica. Añade, no obstante, la L.O. 1/1982, que la protección del derecho a la propia



aspecto pasivo, o facultad de impedir la difusión, publicación y reproducción de la imagen.

Y en relación con los usos sociales, señala que como parámetro de referencia se trata de prácticas o hábitos tenidos en una sociedad determinada. Así, la STS 29 de marzo de 1988 ya señaló que el uso de la imagen esté determinado de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento.

Pero el uso social no puede imponer, por ejemplo, que la mujer deba usar falda o que el varón no pueda colocarse un pendiente o cuantos quiera (y donde quiera). El uso social no puede configurar un derecho fundamental con vulneración de otros derechos fundamentales o principios constitucionales.

Igualmente, a pesar de que la L. O. 1/1982 establezca que se deba atender «al ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia», como criterio relativizador de la protección legal, la conducta anterior de un individuo –por incoherente que pueda llegar a ser– no puede ser un elemento que condicione toda resolución posterior, como señaló MARC CARRILLO.

La propia sentencia citada apunta la idea, pero creo que no la desarrolla cabalmente:

...el aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo (81/2001, de 26 de marzo,) y por ello nuestro ordenamiento constitucional le dispensa esta especial protección. No obstante, *la protección constitucional de este derecho no alcanza su esfera patrimonial*, ya que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen, aunque son dignos de protección y en nuestro Ordenamiento se encuentran protegidos –en especial en la Ley Orgánica

---

imagen atenderá: *«al ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».*

Lo cual supone una remisión relativizadora del marco garantista de la ley, remisión que se dirige a la voluntad del individuo, en función de su trayectoria como sujeto titular del derecho. Ahora bien, por razones de seguridad jurídica la conducta anterior de un individuo –por incoherente que pueda llegar a ser– no puede ser un elemento que condicione toda resolución posterior.

1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen–, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el art. 18.1 C.E.<sup>36</sup>.

Así, PÉREZ DE LOS COBOS ya señaló que, desde esta perspectiva, el derecho a la propia imagen no puede concebirse únicamente como derecho de exclusión, ni su contenido como meramente negativo; no cabe reducir el derecho a la propia imagen a la protección de la utilización de ésta por terceros. El derecho a la propia imagen es derecho a conformar con libertad la apariencia física personal. Y en este sentido, resulta una plasmación singularizada de los principios declarados en el artículo 10-1 C.E.: la dignidad de la persona y la afirmación del libre desarrollo de la personalidad como «fundamento del orden político y de la paz social». La imagen, la semblanza individual, es uno de los modos del ser personal. La conformación de la misma, en lo que tiene de decisión personal sobre la apariencia física, es un reflejo, una manifestación de la personalidad.

De este modo, concluye el citado autor, la protección constitucional ante la utilización de la propia imagen por terceros resulta, así, consecuencia de la protección del derecho a conformarla. Porque se ostenta el derecho a conformar la apariencia física externa, ésta resulta protegida de la utilización o injerencia de terceros<sup>37</sup>.

Entonces ya no hay sólo una acepción positiva y otra negativa, ni una manifestación patrimonial y otra no patrimonial del derecho a la imagen, sino que también se debe tomar en consideración, y con carácter previo a las anteriores distinciones, dos manifestaciones del citado derecho:

En la primera, el derecho a la propia imagen es el derecho, previo y anterior y ligado a la personalidad y libertad más íntima de la persona, a conformar con libertad la apariencia externa de uno mismo. Cualquier intromisión en este aspecto vulneraría el amparo legal.

La segunda, una vez determinada la propia imagen, podría manifestarse, a su vez, tanto positivamente como negativamente en los términos antes dichos. Nótese que la primera manifestación acerca el derecho a la propia

---

36 Con anterioridad, vid. STC 81/2001, de 26 de marzo, comentada por AMAT LLARI, E., «El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la STC de 26 de marzo de 2001», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, nº. 2.

37 PÉREZ DE LOS COBOS, F., «Sobre el derecho a la propia imagen...», cit., pág. 75.

imagen a la libertad individual y, en concreto, a la libertad física de las personas, y puede tener un cariz menos patrimonial que la segunda manifestación.

### 3. El uso inocuo de la imagen de otro

Finalmente, cabría plantearse la posibilidad de un uso inocuo de la imagen ajena; es decir, la posible licitud de su captación por gusto meramente estético o como puro ejercicio de la libertad individual del que no deriva perjuicio alguno, ni económico ni moral, para el titular de la imagen. El derecho a la propia imagen se ejercita en un sistema de armonía con el resto de los derechos y, por tanto, sujeto a los límites que, en su ejercicio, conocen los derechos subjetivos. Entre tales límites, además de la colisión con otros derechos (en nuestro caso, claramente, derecho a la imagen y derecho o libertad de información y la libertad de expresión), no cabe duda de que el ejercicio del derecho a la propia imagen debe realizarse, de acuerdo con el art. 7 C.C., conforme a las exigencias de la buena fe, sin que quepa amparar el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. En otro caso, se convertiría el derecho a la propia imagen, y por extensión el resto de los llamados derechos de la personalidad, en una especie de *súper* derecho, otorgándoles una jerarquía normativa que no deriva de norma alguna (menos aún de naturaleza constitucional). El art. 20, 4, d) C.E. manifiesta precisamente uno de los límites en el ejercicio de los derechos: el conflicto con otros derechos.

De hecho, en otros ordenamientos jurídicos o por otros autores se mantiene la licitud de la mera captación de la imagen ajena. Así, según MESSINEO el derecho a la propia imagen pertenece a la persona en el sentido de que sólo ella puede exponerla, publicarla o ponerla en el comercio; y los terceros que cuenten con su consentimiento<sup>38</sup>. GALGANO entiende que el artículo 10 del Código civil italiano no impide la reproducción del retrato ajeno, con la fotografía o la pintura, si éstas no están destinadas a la exposición o publicación. Más aún: si la persona es captada en su intimidad, tampoco se vulnera su derecho a la propia imagen, sino que se trata de una intromisión ilegítima en su derecho a la *riservatezza*<sup>39</sup>. DE CUPIS, en cambio, entiende que tampoco en este supuesto se podrá oponer a la reproducción de la fotografía o de la pintura, sí a su publicación, porque no está prevista legalmente esta

---

38 MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercia...*, cit., pág. 20.

39 GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale...*, cit., pág. 165.

posibilidad<sup>40</sup>. Igualmente, además del art. 10 *Codice civile*, se podría citar, con ciertas reservas, el art. 79 Código civil portugués<sup>41</sup> o en el art. 16 Código civil boliviano. Dichos preceptos parece que permitan o que no prohíban la mera captación de la imagen de otro, sino su exposición o publicación o su comercialización, de manera que sería posible un uso inocuo de la misma<sup>42</sup>.

Pero estas afirmaciones, no parece que en nuestro ordenamiento jurídico tengan una cabida cómoda.

De un lado, el art. 7-5 LO 1/1982 determina que la mera captación de la imagen ajena ya es, en sí misma, una injerencia ilícita, salvo los supuestos del art. 8-2:

---

40 DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Milán, 1950, pág. 111.

41 El retrato de una persona, dice el párrafo primero del art. 79 del Código civil portugués, no puede ser expuesto, reproducido o comercializado sin el consentimiento de la misma. El apartado segundo del citado artículo establece los supuestos en que no es preciso el consentimiento del sujeto (notoriedad, cargo, exigencias de seguridad o de justicia, lugar público o finalidad científica, didáctica o cultural, etc). El apartado tercero y último prohíbe la reproducción, exposición o comercialización de la imagen ajena si de tales actos resulta perjuicio para el honor, la reputación o el decoro del titular de la imagen.

42 DE VERDA ofrece una explicación de inercia histórica a la regulación del *Codice civile* y de parte de la doctrina italiana. Así, dice el citado autor que el Código civil italiano de 1942 sigue una posición, que está lastrada por un arrastre histórico: sigue la solución dada por Ley de 22 de abril de 1941 (nº 633), sobre derechos de autor, heredera del Real Decreto Ley de 7 de noviembre de 1925 (nº 1950), que, a su vez, estuvo decisivamente influido por la vieja Ley alemana de 9 de enero de 1907, relativa al derecho de autor sobre las artes figurativas y el retrato («KUG»), todavía en vigor, cuyo § 22 «KUG» establece que las imágenes no pueden ser difundidas o expuestas públicamente, más que con la autorización de la persona representada.

Esta regulación, dice DE VERDA, fue en su día un avance decisivo en la protección del derecho a la imagen, pero lo cierto es que resulta insuficiente. Es, por ello, que ha sido completada por la jurisprudencia germana, la cual sostiene también la prohibición de reproducir la imagen sin el consentimiento la persona representada, mediante el recurso a la categoría del derecho general de la personalidad, lo que comparte un autorizado sector de la doctrina científica alemana. HUBMANN, H. y REHBINDER, M., *Urheber*, cit. p. 307, expresan su conformidad con la doctrina jurisprudencial, que encuadra el derecho a impedir la reproducción de la propia imagen, sin autorización previa, dentro del derecho general de la personalidad, porque la fijación de la imagen otorga un dominio sobre un bien de la personalidad ajeno.

RÜTHERS, B., *Allgemeiner Teil des BGB*, 11ª ed. continuada por A. STADLER, C.H., München, 1997, pág. 96, afirma que el hecho de que el § 22 «KUG» se refiera, exclusivamente, a la difusión o exposición pública de la imagen, pero no, a la creación misma de ésta, constituye una laguna legal, que debe ser salvada mediante el recurso a la categoría del derecho general de la personalidad. SIEBERT, W., *Persönlichkeitsrecht*, cit., pág. 11, sin embargo, realiza una interpretación extensiva del § 22 «KUG», afirmando que, no sólo la publicación, sino también la reproducción de la imagen de una persona, puede constituir una lesión de su personalidad, cuando se realice sin el consentimiento de ésta. Vid., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., págs. 187 y sigs.

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.

Asimismo, el art. 9-3 LO 1/1982 presume la existencia de perjuicio en los supuestos de injerencia ilegítima, extendiendo la indemnización al daño moral:

La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

De este modo, la E. de M. de la Ley Orgánica dice que en lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos.

En la jurisprudencia constitucional, por toda, las SSTC 81/2001, de 26 de marzo dice expresamente que se trata de un derecho dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde. Lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima.

En el mismo sentido, la STC 72/2007, de 16 de abril establece que en lo que aquí interesa destacar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada

por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.

Igualmente, en la doctrina científica, se define el derecho a la propia imagen como el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura o, dicho de otro modo, la facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no<sup>43</sup>.

En definitiva, la configuración doctrinal y jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, del derecho a la propia imagen, parece impedir incluso el uso inocuo de la imagen ajena. La imagen física, la semblanza externa de las personas se protege en sí misma: es el objeto de protección del derecho a la propia imagen. Sin el consentimiento de su titular, y salvo los supuestos excepcionales establecidos por la Ley, el derecho a la propia imagen impide la captación o reproducción de la imagen de otro, aunque dicha captación no obedezca a fin comercial alguno ni el sujeto pretenda la publicación de la misma. Así, las SSTC 99/1994, de 11 de abril y la citada 72/2007, de 16 de abril dicen expresamente que la determinación de los límites del derecho a la propia imagen «debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia y previa conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél».

A mi entender, dicha configuración del derecho a la propia imagen debería ser revisada porque supone una clara limitación a la libertad individual, a mi juicio, no suficientemente justificada<sup>44</sup>. De este modo, debería considerarse lícita la captación de la imagen ajena que no suponga perjuicio alguno para su titular, ni económico ni moral. Lo contrario, como he dicho, es colo-

---

43 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit. pág. 175.

44 Vid., FERNÁNDEZ SESAREGO, C., *Derecho a la identidad*, Buenos Aires, 1992.

car al derecho a la propia imagen en una situación de jerarquía normativa que no le corresponde, así como eliminar, como límites de su ejercicio, tanto la buena fe cuanto el abuso de derecho. En contra no cabe argumentar que la propia Ley Orgánica establece que la mera captación de la imagen ya es en sí misma una injerencia ilegítima y que además presume la existencia de perjuicio cuando la intromisión es ilegítima. La primera, porque es justamente el *thema demonstrandum*: precisamente porque la Ley lo establece es por lo que se discute, pues no parece, a mi entender, que la previsión legal, como limitación de la libertad personal, esté suficientemente fundamentada si no hay perjuicio. La segunda, es decir, la presunción de perjuicio, porque que se presume no significa que exista, de manera además que la presunción pueda servir de base a un posible abuso de derecho.

### III. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LAS RELACIONES JURÍDICAS CONTRACTUALES

Sin querer iniciar una *disputatio nominis* que no nos conduciría a ningún lugar, el derecho a la propia imagen se manifiesta común derecho bifurcado o escindido. Por un lado, se distingue tal derecho configurado como derecho fundamental y al que se le dispensa toda la protección constitucionalmente prevista (reserva de ley orgánica, respeto al contenido mínimo o esencial, protección mediante recurso de amparo<sup>45</sup>, etc.); y, por otro lado, se halla el derecho o derechos sobre la imagen, de ámbito civil, que tendría un contenido meramente patrimonial, como cualquier derecho de crédito. Aquélla manifestación se regula en el art. 18-1 C.E. y en la doctrina el Tribunal Constitucional que lo desarrolla y precisa. Ésta última se regula en la L. O. 1/1982 y, en cuanto sea compatible, las normas sobre contratos contenidas

---

45 La reciente modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, realizada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, crea cierta inseguridad sobre el recurso de amparo por la modificación del art. 49-1 LOTC en relación con el art. 50-1, en cuanto a la posibilidad de que puedan interponer el recurso de amparo los ciudadanos respecto de pretensiones no encaminadas a determinar en contenido y alcance de los derechos fundamentales, pues el art. 50-1 b) exige que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo del asunto en razón de su especial transcendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para a interpretación de la constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Vid. BACHMAIER WINTER, L., «La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo», en La Ley, 10 de septiembre de 2007, págs. 1 y sigs.

en el Código civil. La distinción deriva expresamente de la STC 81/2001, de 26 de marzo, en cuyo FJ 2, último párrafo, dice que en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, dice la citada sentencia, «esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas». Y añade: «La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y, por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18 C.E.». El derecho garantizado en el art. 18, por su carácter personalísimo, «limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo».

La distinción es importante porque, aunque siguiéramos considerándole un derecho de la personalidad, tendría un régimen jurídico propio, contractual en los términos de la L. O. 1/1982 y sujeto, por ejemplo, a los criterios de interpretación de los contratos. Y creo que se puede mantener dicha distinción incluso sin negar su naturaleza de derecho de la personalidad, aunque no sé qué valores se perderían si dijéramos que no es un derecho de la personalidad. Actualmente, la comercialización de la propia imagen es un derecho del sujeto que ejerce dentro del ámbito permitido por el ordenamiento jurídico. Y lo mismo se diría si se configura como una derecho de la personalidad, porque tales derechos, bajo ciertas condiciones y circunstancias, pueden ser objeto de tráfico jurídico en los términos que determina la citada L. O. 1/1982.

Si no se quiere entrar en polémicas nominalistas, podemos concluir que se trate o no de un derecho de la personalidad, goza de un doble régimen jurídico: el derivado de su configuración como derecho fundamental en el art. 18-1 C.E. y el régimen jurídico civil derivado de la L.O. 1/1982, el cual es un régimen propio y distinto de la protección constitucional y ceñido, en su contenido y estructura, a su utilización como objeto de tráfico jurídico: a su cesión, a su violación y a la indemnización del daño producido a su titular que no es necesariamente y esencialmente sólo un daño moral. De este modo, cuando el derecho a la propia imagen se sitúa en un ámbito contractual lo



hace con un régimen jurídico propio (como tantos bienes y contratos), derivado de su propia naturaleza de derecho fundamental y de la regulación contenida en la citada LO 1/1982. Mantener entonces su configuración como un derecho de la personalidad más allá del régimen jurídico que conforma el citado derecho no parece que tenga mayor utilidad que la de pretender escapar precisamente de dicho régimen jurídico positivo a través de una jurisprudencia de conceptos para derivar de dicha enunciación (que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad) afirmaciones correctoras de su regulación positiva y más propias de lo que Ferrara llamó la obscura conciencia jurídica. Obviamente no estoy diciendo que no se trate de un derecho de la personalidad, sino que al tener un régimen jurídico propio dicha discusión huelga y su inclusión en la pretendida categoría bien poco o nada aporta.

Como fuere, la propia imagen puede ser objeto de tráfico y su vulneración (la del derecho a la propia imagen) da lugar a la indemnización de los daños que se produzcan, tanto los económicos como los morales. Con otras palabras, la comercialización de la imagen o la imagen como objeto de tráfico está fuera de su configuración como derecho fundamental, aunque no deje de ser un derecho fundamental, lo que justifica un régimen jurídico propio.

Entonces aparece un problema de *Drittwirkung der Grundrechte* que, como señalaron CARRASCO y ZURILLA, es uno de los problemas actuales de los derechos de la personalidad<sup>46</sup>.

Aunque algunos autores han señalado la inexistencia en el texto constitucional de bases firmes para hacer de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales una construcción generalizable, la doctrina del Tribunal Constitucional no parece seguir esta vía. De hecho, el Tribunal ha reiterado que los derechos fundamentales y entre ellos los de la personalidad (si es que actualmente no son categorías coextensivas) son ámbitos personales de poder y libertad del sujeto y los ha configurado como derechos subjetivos. Así, con buen criterio, DE VERDA entiende que la protección constitucional de los derechos fundamentales y, por tanto, de los derechos de la personalidad que a su vez sean fundamentales, como el derecho a la propia imagen, vinculan no sólo a los poderes públicos, sino que también tiene eficacia *inter privatos*, por lo que constituyen un límite a los actos de autonomía privada. Por tanto, en general, la eficacia de los derechos fundamentales se extiende

---

46 CARRASCO PERERA, A., y ZURILLA CARIÑANA, M<sup>a</sup>. A., «Los derechos de la personalidad», en *Derecho civil* (director A. Carrasco Perera), 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 204, págs. 82 y sigs.

claramente a las relaciones entre particulares<sup>47</sup>. En cualquier caso, y aunque sean susceptibles de manifestaciones de diverso grado sobre todo cuando pugnan con el derecho de libertad, no cabe duda de que los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho a la propia imagen, son límites a la autonomía privada *ex art. 1.255 C.C.*<sup>48</sup>

Así, la STC 18/1984, de 7 de febrero señaló que los particulares no son sólo titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas frente a los poderes públicos, aunque sólo por un acto de estos gocen del recurso de amparo. Y la STC 171/1990, de 12 de noviembre también advertía indirectamente de la posibilidad de que los particulares vulneren derechos fundamentales de otros:

«...los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad...»

La STC 11/1992, de 27 de enero, además de identificar los derechos fundamentales con los derechos de la personalidad («de acuerdo con la naturaleza de derechos de la personalidad que tienen los fundamentales garantizados por la Constitución»), reitera el carácter subjetivo del derecho: «...sólo vienen legitimadas las personas directamente afectadas entendiendo como tales aquellas que sean titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado».

Igualmente sucede con la SSTC 28/1996, de 26 de febrero y 21/2000, de 31 de enero, las cuales se refieren a los derechos subjetivos de personalidad.

A partir de la STC 18/1984, de 7 de febrero, el Tribunal, aunque no de manera unívoca, parece pronunciarse a favor de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones particulares porque la vulneración del derecho fundamental no queda limitada por razón del sujeto autor de la lesión. Sin embargo, añade, se debe tomar en consideración el derecho fundamental de que se trate, porque determinados derechos sólo se tienen fren-

---

47 Así, entiende que los derechos fundamentales o, al menos, alguno de ellos como el derecho a la propia imagen vinculan no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares.

48 Cuestión distinta es que la vulneración de un derecho fundamental por un particular no sea susceptible de amparo directo toda vez que nuestro ordenamiento jurídico reserva el citado recurso contra los actos de los poderes públicos (art. 41-2 LOTC). En cualquier caso, sí será susceptible de amparo la sentencia que no reconozca la vulneración del derecho fundamental.

te a los poderes públicos (el del art. 24)<sup>49</sup>. En el mismo sentido, la STC 114/1995, de 6 de julio señaló que los efectos de los derechos fundamentales rara vez se circunscriben al estricto ámbito de contraposición entre el poder público y el individuo aislado..., sino que desde su mismo origen la noción de los derechos con su pretensión de efectividad supuso una alteración de las relaciones sociales, y no sólo del simple modo de ejercicio del poder político. No cabe desconocer, dice el Tribunal Constitucional, «que el reconocimiento por la jurisdicción ordinaria de un determinado alcance de la prohibición de discriminación por razón de sexo ha tenido directa repercusión sobre la pretensión que el ahora recurrente en amparo formuló en su día ante la jurisdicción civil».

Es asimismo significativa la STC 19/1985, de 13 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional configura los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución como componentes esenciales del orden público y que, en consecuencia, «han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con ese respeto».

La cuestión, respecto de los derechos reconocidos en el art. 18-1 C.E. es actualmente un tanto baladí porque además de la citada doctrina constitucional, la propia LO 1/1982 reconoce la eficacia en las relaciones privadas del derecho a la propia imagen. Así, el art. 1º dice que

El derecho fundamental a la propia imagen garantizado en el artículo 18 de la Constitución será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas de acuerdo con lo establecido en la presente Ley orgánica

La cuestión, por tanto, es clara: ¿se puede imponer una determinada uniformización o exigir contractualmente una determinada imagen? ¿Se puede imponer una determinada imagen? La cuestión se ha planteado fundamentalmente en sede de relaciones laborales.

Como ha señalado PÉREZ DE LOS COBOS<sup>50</sup>, probablemente, cuando el constituyente español incluyó en el catálogo de derechos fundamentales el

---

49 El art. 41-2 LOTC no debe ser interpretado, dice la citada sentencia, en el sentido de que la vulneración de los derechos fundamentales sólo puede ser provocada por los poderes públicos: «no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales en relación con los poderes públicos».

50 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia imagen...», cit., págs. 75 y sigs.

derecho a la propia imagen, ignoraba cualquier repercusión del mismo sobre el trabajo por cuenta ajena.

En el derecho a la propia imagen puede incidir las relaciones contractuales de su titular, bien porque la imagen sea precisamente el objeto del contrato, bien porque la relación contractual que se inaugura o que se pretende perfeccionar exija ofrecer una determinada imagen cuya determinación queda bajo el ámbito de dirección de la otra parte contractual. Aunque el conflicto o la vulneración del derecho a la propia imagen puede derivar de cualquier relación contractual, no cabe duda de que la laboral, el contrato de trabajo es el marco idóneo de colisión, bien por exigencias del empresario, bien por determinaciones administrativo-laborales de seguridad y salud o de higiene. En este ámbito parece que cobre pleno sentido la expresión de la Ley Orgánica 1/1982 cuando en el art. 2-1 establece que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales».

La cuestión se planteó en la STC 170/1987, de 30 de octubre, en la que el Tribunal Constitucional resuelve negativamente el recurso de amparo interpuesto contra sendas sentencias de la Magistratura de Trabajo de Las Palmas y de la Sala Sexta del Tribunal Supremo<sup>51</sup>. El hecho inicial fue la decisión de un camarero de dejarse crecer la barba, lo cual motivó su despido, previas dos suspensiones de empleo y sueldo, al negarse a obedecer las órdenes de los empresarios de afeitársela.

Entre otras invocaciones, el recurrente alegó la infracción del artículo 18 C.E. por cuanto la orden empresarial de afeitarse vulneraría el derecho a la intimidad y a la propia imagen.

---

51 Se trata de la STS 12 de febrero de 1986. Los hechos, extraídos del trabajo citado de Pérez de los Cobos, fueron los siguientes: El actor, primer barman del Hotel IFA, decidió dejarse barba en octubre de 1984. La oposición de la empresa, expresivamente manifestada con dos suspensiones de empleo y sueldo, no hicieron mella en el trabajador que persistió barbado. Por carta de 12-XI-86, la empresa le notificó el despido. Interpuesta demanda por el actor contra el despido que estimaba improcedente, la Magistratura de Trabajo de Las Palmas la rechaza y declara la procedencia del mismo por desobediencia reiterada del trabajador. La desobediencia reiterada es, efectivamente, la de rasurarse la barba y el fundamento jurídico de la orden empresarial el «uso y costumbre en el sector hostelería, al menos en la provincia y en los departamentos de restaurantes y bares para aquellos empleados que tengan contacto directo con clientes, que deben permanecer afeitados sin bigote ni barba». Recorrida en casación la sentencia de Magistratura, fue confirmada por la Sala Sexta del Tribunal Supremo en la citada STS 12 de febrero de 1986.

El Tribunal Constitucional estableció una interpretación restrictiva del derecho a la propia imagen, al estilo del art. 8 del Convenio, como una manifestación de la vida privada y, por tanto, de la intimidad. Así, dice que los derechos a la intimidad y a la propia imagen garantizados por el artículo 18-1 forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada.

El Tribunal reconoce la singular importancia de la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto.

La sentencia recoge la doctrina asentada por la STC 73/1983, de 2 de diciembre y proporciona una configuración estrictísima del derecho a la imagen, el cual no se viola cuando los deberes lo regula el ordenamiento jurídico y el problema trasciende de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales: «no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula». Curiosamente, en caso alguno se alude a la aplicabilidad de la LO 1/1982.

Reducido el derecho a la imagen a una manifestación del derecho a la intimidad, dice PÉREZ DE LOS COBOS, se concluye que, en el caso concreto, la violación no se ha producido. La cuestión pierde entidad constitucional y queda en mero problema de legalidad ordinaria. Los derechos fundamentales garantizados por el artículo 18-1 de la Constitución «no resultan afectados ni guardan relación con la cuestión resuelta».

En cambio, el Tribunal Central de Trabajo se ha pronunciado de manera distinta en su sentencia de 26 de febrero de 1986. El Tribunal, efectivamente, declaró que «toda restricción del área de decisión de la voluntad individual ha de tener una justificación que ampare la limitación de la libertad individual, y en este supuesto, la prohibición (de llevar barba) atenta contra derechos fundamentales».

Aunque el Estatuto de los Trabajadores no se refiera expresamente al derecho a la propia imagen de los trabajadores, el art. 4-2, e) reconoce explícitamente el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. Asimismo, no cabe duda alguna de que la Ley Orgánica 1/1982 se aplica a las relaciones *inter privatos* y, entre

éstas, a las laborales, aunque se trate de un regulación ambigua e insuficiente<sup>52</sup>.

Como fuere, en el ámbito contractual se debe distinguir e individualizar el supuesto en que el objeto del contrato es la propia imagen del sujeto. En este caso, se trata de una cesión de la imagen, para su explotación comercial o para otra finalidad, pero en cualquier caso, el objeto del contrato es la propia imagen<sup>53</sup>. Es el caso del modelo. Aquí hay una cesión contractual de la propia imagen que se regulará por el propio contrato y por la Ley Orgánica 1/1982. El cambio unilateral de la imagen no consentida por la otra parte (la que no presta la imagen) o la no asunción de la imagen pactada supondrá el incumplimiento de contrato o, si se prefiere, el ejercicio de la facultad de revocación prevista en la citada Ley Orgánica y en los términos en que ahí se prevé. En este sentido, señala GARCÍA ORTEGA<sup>54</sup> que cuando la actividad objeto del contrato sea de tal naturaleza que la imagen constituya el elemento central de la cualificación del trabajador (artistas, modelos, etc.), la misma es elemento con relevancia contractual y queda sometida al ámbito del poder del empresario.

Diversos del supuesto anterior son aquéllos en que el contrato incide en la imagen de una de las partes, en su derecho a la propia imagen<sup>55</sup>. Claramente, como ya he señalado, son algunos contratos de trabajo, los cuales confieren al empresario un poder de dirección que puede colisionar con el derecho a la propia imagen del trabajador, del mismo modo que pueden incidir en este derecho determinadas exigencias administrativo-laborales relati-

---

52 Vid. SALA FRANCO, T., «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AA.VV., *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, 1999, pág. 205; MOLINA GARCÍA, M., «El derecho del trabajador a su propia imagen (STC 99/1994, de 11 de abril)», en *Relaciones laborales*, nº. 2, 1995, págs. 618 y sigs.

53 CORDERO SAAVEDRA, L., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (101), 2000, págs. 249 y sigs.; vid., LAFUENTE CUBILLO, A. I., «Sobre el derecho a la propia imagen», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (71), 1995, págs. 467 y sigs.

54 GARCÍA ORTEGA, J., «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., capítulo IX, pág. 220.

55 Vid., BALLESTER PASTOR, I., «Facultad de control empresarial sobre los aspectos exteriores del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral», en *Tribuna Social* (169), 2005, págs. 29 y sigs.; AGRA VIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo», en *Estudios financieros. Revista de Trabajo y seguridad social*, nº. 275, 2006, págs. 3 y sigs.

vas a la prevención de riesgos, seguridad y salud o la manipulación de alimentos con nítidas exigencias de higiene<sup>56</sup>. En estos casos, el Tribunal Constitucional ha establecido que «la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 C.E.»<sup>57</sup>. De este modo, el empresario está facultado para exigir el uso de una ropa de trabajo siempre que no suponga un menoscabo a la dignidad personal del trabajador<sup>58</sup>.

En primer lugar, el conflicto puede aparecer en el momento de contratar. Parece claro que, en general, no se puede negar el contrato a una persona por su imagen, pero esta afirmación inicial se debe matizar. Por un lado, los actos de autonomía privada, como la celebración o no de un contrato y con quién y en qué condiciones, son actos no fiscalizables o, si se prefiere, difícilmente fiscalizables, pues no necesitan más motivación que la mera voluntad de no contratar o de no hacerlo con determinada persona. Esto no significa que no se pueda vulnerar el derecho a la propia imagen ni que, en concreto, no se trate de un acto discriminatorio que vulneraría en todo caso el art. 14 C. E., sino que la manifestación de los derechos fundamentales en este momento del contrato es una manifestación tímida. Por otro lado, en determinado tipo de relaciones jurídicas, como son precisamente las laborales, la afirmación se debe coherer con los poderes de dirección del empresario, así como con el tipo de trabajo o función que se debe realizar, pues «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales» (art. 2-1 L.O. 1/1982). Efectivamente, no es aceptable que, en ejercicio del derecho a la propia imagen, un cirujano se empeñe en operar sin la correspondiente y aséptica ropa o que los distintos jugadores de un equipo quieran usar la indumentaria que les plazca. Sin embargo, la exigencia de una determinada imagen no puede ser nunca exigencia arbitraria ni puede suponer un trato discriminatorio. Así, por ejem-

---

56 GARCÍA ORTEGA, J., «LA protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., capítulo IX, pág. 219.

57 STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3.

58 GARCÍA ORTEGA, J., «LA protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., capítulo IX, pág. 221.

plo, están claras las exigencias de higiene, determinadas uniformidades, etc. En otros casos, el poder de dirección del empresario cede necesariamente ante el derecho a la propia imagen del trabajador. Igualmente, la exigencia de un requisito estético no hace necesariamente inconstitucional o discriminatoria una determinada oferta de trabajo o su utilización como criterio de selección del trabajador, pues éste además de su propia imagen también es la imagen de la empresa. La exigencia estética es inconstitucional por discriminatoria cuando dicha exigencia es arbitraria o injustificada. Como señala SERRA CALLEJO<sup>59</sup>, sólo cuando la no contratación por razón de la imagen carezca de justificación objetiva, puede considerarse discriminación y la sufren las personas cuyo aspecto físico choca intensamente con los cánones de belleza que maneja la mayoría social.

En cualquier caso, la no contratación de un sujeto por razón de su imagen y la contratación de otro de menores méritos objetivos es un supuesto de discriminación atípica, difícilmente fiscalizable y que, en su caso, no abocaría en la contratación del sujeto discriminado por razón de su imagen, sino en la oportuna indemnización y, si fueran pertinentes, las sanciones administrativas que correspondan<sup>60</sup>.

La vulneración del derecho a la imagen también se puede producir durante la relación contractual. En la ejecución de determinados contratos de servicios y, en concreto, durante la vigencia del contrato de trabajo, el sujeto queda sometido al llamado poder de dirección del empresario. Parece claro que los derechos fundamentales de los trabajadores no pueden quedar limitados por el contrato de trabajo ni por el poder de dirección del empresario. El Tribunal Constitucional ha establecido un juicio de proporcionalidad con base en determinados criterios para valorar si un concreto ejercicio de dicho poder de dirección vulnera o no los derechos fundamentales de los trabajadores y, en concreto, el derecho a la imagen. Tales criterios son los conocidos tres juicios: el juicio de idoneidad de la medida, el de necesidad de la misma y el de su proporcionalidad en sentido estricto<sup>61</sup>. La idoneidad exige que la medi-

---

59 SERRA CALLEJO, J., «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (127), 1993, págs. 58 y sigs.

60 GARCÍA ORTEGA, J., «LA protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., capítulo IX, pág. 224.

61 Por todas, vid. STC 37/1998, de 17 de febrero.



da adoptada sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto; la necesidad supone que no exista ni quepa otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; la proporcionalidad en sentido estricto requiere que la medida sea ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto<sup>62</sup>.

Por otro lado, el contrato y, en concreto, el contrato de trabajo, puede legitimar una restricción del derecho a la propia imagen en su manifestación negativa. Es decir, puede justificar la captación de la imagen del trabajador sin que dicha actividad se pueda calificar como intromisión ilegítima. Así la captación de la imagen puede ser legítima por haberla consentido el propio titular o por derivarse de la naturaleza del contrato. Igualmente, la legitimación de la intromisión también puede derivar del hecho de tratarse de alguno de los supuestos contemplado en el art. 8 L. O. 1/1982. Por ejemplo, la STSJ Comunidad de Castilla y León 10 de enero de 2007 ha entendido que la captación fotográfica de la imagen de un trabajador en un acto público es prueba válida para justificar la imposición de medidas disciplinarias si de ello deriva el incumplimiento contractual por el trabajador<sup>63</sup>. En el primer caso, puede haber una revocación del consentimiento, como ya se ha indicado; pero dicha revocación deberá realizarse en los términos y con los efectos previstos en la citada Ley Orgánica 1/1982, de manera que deberá indemnizar no sólo los daños y perjuicios, sino también las expectativas justificadas. En otros casos,

---

62 Acerca de determinados conflictos, vid. STS 12 de febrero de 1986 que confirmó el despido de un camarero por desobediencia grave al negarse a afeitarse completamente la barba. Interpuesto el recurso de amparo, éste fue desestimado por la STC 170/1987, la cual entendió que el asunto carece de trascendencia constitucional, sino que se mantiene en el ámbito de la legalidad ordinaria. También, STSJ Comunidad Valenciana 29 de mayo de 1996 y STSJ Comunidad de Madrid 26 de marzo de 1992. Acerca del maquillaje y uniformidad de determinadas trabajadoras, STSJ de Canarias 20 de diciembre de 2001. En la doctrina, por último, vid., GARCÍA ORTEGA, J., «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., capítulo IX, pág. 226 y sigs. Finalmente, respecto de la utilización de mecanismos audiovisuales para el control de la actividad laboral con base en el art. 20-3 E.T., por último, THIBAUT ARANDA, J., *Control multimedia de la actividad laboral*, Valencia, 2006. También la Instrucción de la Agencia Española de Protección de Datos 1/2006, de 8 de noviembre, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través del sistema de cámaras o videocámaras.

63 En el caso, el trabajador estaba de baja por lumbalgia y apareció fotografiado en un determinado periódico llevando a hombros a un torero. El litigio se plantea porque el trabajador fue despedido por quebranto del deber contractual de buena fe.

la captación y publicación de la imagen del trabajador queda sujeta a los requisitos exigidos por el art. 8 L. O. 1/1982 (lugar público, proyección pública del sujeto, accesoriedad de la imagen, etc.)<sup>64</sup>.

La cuestión se vuelve a plantear en la STC núm. 84/2006, de 27 marzo, la cual tiene su origen en las órdenes dadas por la empresa RENFE por las que se obligaba a las trabajadoras de atención al público a utilizar como prenda del uniforme la falda, sin permitirles optar por utilizar el pantalón ni siquiera como prenda alternativa. Obviamente, en el recurso, además de la vulneración de los derechos fundamentales a no sufrir discriminación y a la intimidad, se invocó el derecho a la propia imagen<sup>65</sup>. En la instancia, la cuestión se resolvió de una manera que Machado (Antonio) no dudaría en calificar de «a la española»: la demanda se desestima porque todavía no se había elaborado el reglamento de uniformidad previsto en el convenio colectivo de Renfe<sup>66</sup>.

¡Se invoca la vulneración de un derecho fundamental y de la personalidad y todo el problema es que no se ha elaborado el reglamento oportuno!

---

64 Vid., así, el conocido caso del deshuesador de jamones resuelto por la comentada STC 99/1994, de 11 de abril, el cual se negó a realizar una muestra del producto ante los medios (también gráficos) de comunicación. La empresa justificó la orden en la destreza del trabajador en desosar jamones. Las instancias declararon procedente el despido por desobediencia, desestimando la demanda (STSJ de Extremadura 12 de febrero de 1990). El Tribunal Constitucional declara la nulidad del despido porque la orden empresarial vulneraba el derecho a la propia imagen del trabajador. Acerca de la sentencia, MONTROYA MELGAR, A., «Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen (sobre la STC99, 1994, de 11 de abril), en *Revista Española de Derecho del Trabajo* (75), 1996, págs. 166 y sigs.; MOLINA GARCÍA, M., «El derecho del trabajador a su propia imagen»..., cit., págs. 618 y sigs.

65 Los hechos y la demanda fueron los siguientes: El 30 de abril de 1999 el Sindicato SFF-CGT planteó demanda de conflicto colectivo ante la Dirección General de Trabajo contra Renfe y el Comité General de Empresa de esa entidad, dando lugar a los autos núm. 111/99 seguidos ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. El conflicto planteado afectaba a los trabajadores de Renfe de la unidad de negocio de Alta Velocidad Española (AVE), en número aproximado de mil, que atienden a los servicios de taquilla, información, tripulación de tren, salas Club AVE y acceso a trenes, y que están distribuidos en los centros de trabajo de Madrid, Ciudad Real, Córdoba y Sevilla. En la demanda se indicaba que el 30 de septiembre de 1992 la Dirección Comercial de AVE publicó el denominado «Manual de uniformidad del personal de atención al cliente de AVE», en el que, entre otras prendas de uniforme, se exige para el personal masculino el uso de pantalón y calcetines, y para el personal femenino el uso de falda con un largo de 2 centímetros por encima de la rodilla y medias, aduciendo que las trabajadoras han venido solicitando a la Dirección comercial de AVE que se les permita optar entre el uso de falda o pantalón, derecho de opción que la empresa se ha venido negando a reconocerles.

66 SAN (Sala de lo Social) 30 de septiembre de 1999.

«en tanto no se elabore el reglamento de uniformidad previsto en el convenio colectivo de Renfe, esta empresa puede obligar a sus empleadas a utilizar la falda como prenda de su uniforme en virtud de sus facultades organizativas previstas en los arts. 5 y 20 E.T., negando que tal decisión pueda infringir los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución».

El consiguiente recurso de casación también fue desestimado por STS (Sala de lo Social) 23 de enero de 2001<sup>67</sup>. En este caso, la Sala dijo que la determinación de la uniformidad en la vestimenta, en defecto de pacto individual o colectivo de los interesados, es competencia del empleador, salvo que la decisión patronal atente a la dignidad y al honor del trabajador.

Pero si el derecho a la propia imagen se fundamenta en la dignidad de la persona y se afirma que es una manifestación del desarrollo de su libre personalidad, entonces la determinación de la vestimenta no puede quedar a la mera voluntad del empleador porque, o cuenta con el consentimiento del trabajador o, si la impone, vulnera su derecho a la propia imagen y entonces atenta contra su dignidad y personalidad.

En el recurso ante el Tribunal Constitucional, en realidad no se cuestiona tanto el uso que en la relación de trabajo pueda hacerse de la imagen de las trabajadoras según las exigencias profesionales de su puesto, ni si el uso de la imagen sobrepasa o no las exigencias del puesto en cuestión, sino que se alega lesión que en el derecho fundamental a la imagen y en la dignidad de las trabajadoras se produce por la concreta decisión empresarial de negarles su derecho a optar por el uso del pantalón como prenda de su uniforme de trabajo.

El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo solicitado toda vez que entiende que la decisión empresarial cuestionada vulnera tanto el

---

<sup>67</sup> Así, señala que «no parece que las reglas adoptadas por Renfe respecto a la uniformidad referida a las trabajadoras del Tren de Alta Velocidad (AVE) sean atentatorias a los derechos fundamentales o dignidad del trabajador, siendo de resaltar que medidas singulares sobre el traje a utilizar en el desarrollo del trabajo se suelen adoptar con respecto al personal de ciertos sectores laborales, como hostelería, compañías de líneas aéreas, compañías de publicidad, etc. La cuestión suscitada, asumida en una relación laboral voluntaria y libremente concertada, pudiera encontrar otra vía de solución en el campo negocial, en cuya esfera se podría llegar a establecer un Reglamento de Uniformidad, conforme a la misión asignada a las Comisiones *ad hoc*, instauradas en los sucesivos Convenios Colectivos de RENFE».

derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) de las trabajadoras que prestan sus servicios en la unidad de negocio AVE. En cambio, curiosamente, el Ministerio Fiscal rechaza que exista lesión del derecho a la propia imagen.

Desgraciadamente el Tribunal Constitucional no ha podido pronunciarse acerca de la cuestión por cuanto se produjo la satisfacción extraprocésal de la pretensión al revocar RENFE las órdenes y permitir que las mujeres pudieran optar entre vestir falda o pantalón. La reivindicación planteada por el recurrente se satisfizo extrajudicialmente en virtud del acuerdo de 18 de mayo de 2004 entre el Ministerio de Fomento y el sindicato CCOO. Dicho acuerdo permitía utilizar a las trabajadoras de la unidad de negocio del AVE el pantalón como prenda de su uniforme.

Mas nótese que la satisfacción extraprocésal significa aquí la reparación del derecho fundamental que se invoca vulnerado, lo que puede significar el reconocimiento de dicha vulneración y, por tanto, el derecho a no someterse a uniformización en la vestimenta sino en determinadas circunstancias.

Por tanto, se puede concluir como sigue:

- 1º El derecho de las personas, de cualquier persona, a conformar su apariencia física es un derecho fundamental (y de la personalidad) y como tal irrenunciable en los términos de la L. O. 1/1982. Obviamente no es un derecho absoluto y puede ceder, por ejemplo, ante exigencias de higiene pública o de seguridad y salud o de prevención de riesgos, etc.
- 2º Tan sólo puede ser objeto de disposición por pacto individual expreso.
- 3º. En el ámbito laboral, el empresario no tiene facultades para imponer arbitrariamente una determinada imagen física a los trabajadores. Igualmente, la negativa de éstos a observar dicha apariencia física externa no puede ser causa de sanción y menos aún de despido
- 4º Desde la perspectiva laboral, dice PÉREZ DE LOS COBOS se configura como un derecho personalísimo. Se excluye, por tanto, la posibilidad de disponer del mismo a través de la negociación colectiva, más allá de las citadas exigencias de seguridad y salud, de higiene o de prevención de riesgos.

## IV. LA IMAGEN MÁS ALLÁ DE LA IMAGEN

### 1. Apariencia y reconocibilidad de la imagen

La jurisprudencia, como se ha reiterado, establece que el objeto del derecho a la imagen consiste en que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias exteriores o, como dice la STS 11 de abril de 1989, la facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y a evitar su reproducción. Pero previamente se halla el derecho o la facultad de configurarla: así, también es derecho a la propia imagen decidir la expresión o exteriorización de los aspectos físicos de la persona: derecho a la imagen es, en primer lugar, derecho a la apariencia física o externa; y, en segundo lugar, el derecho a consentir o no la reproducción o representación de dicha apariencia o figura.

Mas la imagen no se limita física o materialmente a la figura o representación o, si prefiere, el derecho a la imagen no se agota en la figura humana, sino en cualquier manifestación que permita su reconocibilidad. De hecho, alguna sentencia y el propio art. 7-6 LO 1/1982, enumera, junto con la imagen (se capte a través del medio por el que se capte), la voz y el nombre. Esto es así porque, al final, lo que se protege es la individualidad de cada una de las personas y dicha individualidad normalmente se corresponde con la imagen, pero también con la voz (como sucedía con el famoso y fallecido actor y cantante italo-americano, conocido precisamente como «the voice») o con el nombre y si no fuera porque es parte clara de la propia imagen, incluso diría con los gestos (que son imagen en movimiento).

En general, los autores y la doctrina jurisprudencial y constitucional refieren el derecho a la propia imagen a la exteriorización física del cuerpo, a la figura humana. Con palabras del Prof. GITRAMA, a la representación de la figura humana en forma visible y reconocible. La imagen es, así, la figura humana y lo que se protege, positiva y negativamente, es el derecho a determinar la representación gráfica de los rasgos físicos del sujeto<sup>68</sup>, aunque aquí

---

68 Por todas, la citada STC 156/2001, de 2 de julio: «el derecho a la propia imagen...atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto a determinar la información gráfica general... que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado».

he dicho que también se protege constitucionalmente la previa determinación de dichos rasgos físicos y de la apariencia externa.

Por tanto, el derecho a la imagen abarca, según la doctrina, cualquier representación, captación, reproducción o publicación de la figura humana: mediante fotografía, escultura, pintura, caricatura u otro procedimiento, con independencia de su finalidad y de su perdurabilidad. Queda excluido el retrato literario, por muy detallista y acertado que éste sea. El dómine Cabra no tendría acción contra Quevedo, ni el hombre que anduviera pegado a una nariz.

La doctrina y la jurisprudencia también llaman la atención, e insisten, acerca del elemento de la reconocibilidad del sujeto. Así, la STS 26 de marzo de 2003, entre otras muchas, entiende que el derecho a la propia imagen se refiere a la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible. Mas esta exigencia de reconocibilidad no deja de ser una perogrullada porque, si en la imagen captada y reproducida no se reconoce a sujeto alguno en su individualidad, no hay problema de derecho a la propia imagen, pero no por falta de imagen, sino por falta de *propio*, de sujeto que haya sufrido la intromisión ilegítima en *su* imagen y se halle legitimado activamente. Como fuere, el Tribunal Supremo ha reiterado que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen exige, efectivamente, que en ella se reconozca al titular de la misma (por todas, STS 19 de julio de 2004).

En esta sede es habitual citar la conocida SAT Zaragoza de 9 de junio de 1967 acerca del uso indebido de la imagen del Pregonero de las Fiestas del Pilar de Zaragoza<sup>69</sup>. En dicha sentencia se afirma, con razón, que la reproducción de la imagen ajena no debe ser necesariamente exacta, sino que basta con que sea objetivamente reconocible<sup>70</sup>. Sin embargo, desestimó la demanda porque, si bien el derecho a la imagen consiste en el derecho a reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, en forma reconocible y nadie, sin estar debidamente autorizado, puede propagar mediante ilustraciones la efigie de una persona aunque se muestre en público y el público

---

69 En los hechos, el actor, pregonero de las Fiestas del Pilar, demandó a una entidad bancaria que había publicado una guía de la ciudad, autorizada por el propio Ayuntamiento, en la que se contenía una fotografía presuntamente suya (del pregonero), vestido con el traje típico.

70 Acerca de la reconocibilidad, vid., IGARTURA, F., *La apropiación de la imagen y el nombre ajenos*, Madrid, 1991, págs. 22 y sigs. Vid. también AMAT LLARI, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992, *passim*.

lo conozca, en el caso concreto no fueron reconocibles ni las facciones ni la figura del demandante en la figura del pregonero fotografiado.

Obviamente, la imagen no es sólo la facial, sino que alcanza toda la extensión del cuerpo humano y sus rasgos. Así, la STS 17 de junio de 2004 consideró intromisión ilegítima la publicación, no consentida, de la fotografía de una mujer desnuda, cuya cara aparecía parcialmente tapada, pero que pudo ser identificada en el lugar en el que vivía por los rasgos anatómicos de la fotografiada, así como el anillo y el reloj que llevaba en su mano y brazo. La fotografía había sido hecha por su médico con el consentimiento de la mujer, el cual había fotografiado a varias mujeres con la excusa de necesitar sus imágenes «para aplicaciones de su actividad médica». La fotografía apareció, junto a la de otras mujeres, en una determinada revista, en la que ilustraban un reportaje sobre los abusos fotográficos cometidos por el facultativo. El Tribunal Supremo dice que la «imagen publicada, de la mujer desnuda, no puede tener más que un fin erótico» y que «con la realización del reportaje de las imágenes sin ropa, sin autorización de las mujeres afectadas, su reproducción en esa forma, supone, entonces, como acompañamiento a tal artículo, más bien, una simple excusa para sacar esos cuerpos desnudos».

En cambio, en la STS 9 de julio de 2004 se entendió que no había intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del demandante porque la persona que aparecía en la fotografía publicada no era identificable. Igual sucedió en la STS 4 de mayo de 2005 en la que el Tribunal Supremo sólo admite como criterio de identificación los rasgos físicos, que equipara a la propia imagen.

En definitiva, la doctrina del Tribunal Supremo se puede resumir como sigue:

1. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen exige que en ella se reconozca al titular.
2. El primer elemento configurador de la esfera personal es el aspecto físico del sujeto.
3. Dicha necesaria identificación del titular de los derechos puede lograrse no sólo por su aspecto físico, primer elemento configurador de la esfera personal, reproducido en las fotografías, sino también por él junto con otros datos complementarios y circunstanciales (STS 19 de julio de 2004).

4. La identidad del titular pueda deducirse de las circunstancias concurrentes (STS 4 de octubre de 1990).
5. Basta con que la identificación no deje lugar a dudas (SSTS 29 de noviembre de 1991 y 5 de abril de 1994).
6. La STS 30 de enero de 1998 exigió que las representaciones de la persona faciliten su reconocibilidad de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas. En cambio, la STS 18 de julio de 1998 excluyó la necesidad de una identificación con total claridad en cuanto a los rasgos y características que configuran la integridad de la fisonomía de la persona, de manera esencial e ineludible, y declaró bastante la medida que permita su reconocimiento.
7. En cualquier caso, debe ser la imagen física de una persona, sin que valga siquiera la del personaje creado o recreado por dicha persona si no facilitan de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad. Así, la STS 30 de enero de 1998, dice que «ha de entenderse por tal la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa y a efectos de la Ley Orgánica 1/1982, equivale a representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico –y con ello cualquier técnica adecuada– para obtener su reproducción. La interpretación no se agota en lo que se deja expuesto y en cuanto a que equivale a reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad.

## **2. La imagen que no se ve, pero se imagina**

Tradicionalmente la imagen protegida por el derecho a la propia imagen es la imagen (gráfica) de las personas. Pero la relación de éstas con las cosas provoca que se pueda cuestionar la interrelación entre la imagen de las cosas y la de las personas. Así, surge la cuestión acerca de si la imagen de las cosas alcanza a la de las personas; dicho con otras palabras: si se puede vulnerar el derecho a la propia imagen captando, reproduciendo y publicando la imagen de las cosas que sirven para identificar a determinadas personas o



que provoca una asociación de ideas (aquí, de imágenes) entre la cosa y la persona a la que indirectamente identifica.

La cuestión obviamente no trata de dilucidar si las cosas tienen derecho a su propia imagen, sino que estriba en saber si la utilización de determinadas cosas, que permiten identificar, aunque sea por relación de ideas e indirectamente la imagen del sujeto (su creador o su propietario o su usuario) supone una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, de manera que sólo se pueden utilizar con el consentimiento del sujeto. En el caso, claro está, no se utiliza la imagen, ni el nombre ni la voz, sino cosas que a la mayoría de las personas les conduce a representarse la imagen del sujeto en cuestión. La cuestión es más llamativa si se trata de una actividad publicitaria para la explotación comercial. ¿Hay entonces una apropiación y explotación del valor patrimonial de la imagen no consentida? Es la imagen que no se ve, pero se imagina.

El Tribunal Constitucional ha sido bastante claro desde un principio al deslindar la protección constitucional del derecho a la imagen como un derecho fundamental, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas y la regulación civil del mismo en los términos de la L. O. 1/1982. En el ámbito constitucional, como señaló la conocida STC 81/2001, de 26 de marzo<sup>71</sup>, se trata de un derecho dirigido a proteger la di-

---

71 En el supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia, una determinada entidad publicó, sin consentimiento ni autorización del recurrente, diversos anuncios publicitarios en algunos medios de comunicación en los que, evitando reproducir el nombre y el rostro de aquél, se utilizaban una serie de expresiones y representaciones gráficas, consistentes en un dibujo en blanco y negro de unas piernas cruzadas, vestidas con unos pantalones negros y calzando unas botas deportivas de color blanco, conjuntamente con una leyenda que decía: «La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies». El recurrente, conocido actor, había popularizado una peculiar forma de vestir en sus apariciones televisivas, que se reproduce en ese anuncio publicitario; y que, además, fue compositor e intérprete de una canción titulada «Me huelen los pies». Estos elementos, incorporados a la publicidad, permitían identificar la imagen del actor, que habría sido explotada comercialmente por la entidad demandada sin su consentimiento. Se sostiene asimismo que, contrariamente a lo declarado en la Sentencia del Tribunal Supremo, en el anuncio controvertido queda plenamente identificada la figura del recurrente sin necesidad de haber reproducido su cara o utilizar su nombre y que al tratarse de la utilización comercial de la imagen, el objeto de protección no es la imagen en su sentido estricto, sino la identidad personal puesto que en casos de personajes famosos no es necesario utilizar sus rasgos físicos identificadores para que esa persona pueda ser reconocida. Vid., AMAT LLARI, E., «El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la STC de 26 de marzo de 2001», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, nº. 2; CABEZUELO ARENAS, A. L., Comentario a la STC 81/2001, de 26 de marzo, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 57/2001 Octubre-Diciembre 2001, págs. 775 y sigs.; HIGUERAS, I., *Valor comercial de la imagen: aportaciones del «right of publicitu»*

mención moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde. Lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima.

Por eso, es doctrina del Tribunal Constitucional<sup>72</sup> que el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial in consentida de la imagen de una persona, e incluso en determinadas circunstancias la consentida, puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen<sup>73</sup>. La protección legal del derecho a la propia imagen, recogida en la LO 1/1982, reconoce y regula el derecho a la explotación comercial de la imagen, pero esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garan-

---

*estadounidense al derecho a la propia imagen*, Navarra, 2001; PLAZA DE DIEGO, M. A., «Utilización con finalidad comercial del derecho a la propia imagen», en *Revista Jurídica de Deporte y entretenimiento*, nº. 11, 2004, págs. 429 y sigs.; Vid. también la STS 30 de enero de 1998 y el voto particular del magistrado X. O'Callaghan, con comentario de MARTÍNEZ ESPÍN, P., en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 47, 21998, págs. 705 y sigs., y la STS 1 de abril de 2003, con comentario de CANO VILÁ, E., en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 64, 2004, págs. 99 y sigs.; Por último, MAZA GAZMURI, I. DE LA, «La explotación comercial no consentida de la imagen: el derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., capítulo VII, págs. 143 y sigs. y 159.

<sup>72</sup> SSTC 231/1988, 99/1994. PARDO FALCÓN, J., «La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen», en *Propiedad y derecho constitucional*, Madrid, 2005, págs. 347 y sigs.; MARTÍN MUÑOZ, A. J., «El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 242, 2001, págs. 1.711 y sigs.

<sup>73</sup> Vid., en general, AMAT LLARI, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992; id., «El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial...», cit.; BARNETT, STEPHEN R., «El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el Derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 237, 2000, págs. 1.225 y sigs.; PALOMAR OLMEDA, A., DESCALZO, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol*, Madrid, 2001.

tía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. En definitiva, la doctrina constitucional y especialmente la STC 81/2001, de 26 de marzo, distingue claramente entre un derecho constitucional o fundamental a la propia imagen (art. 18-1 C.E.), derivado de la dignidad humana y dirigida a proteger la dimensión moral de las personas y la explotación económica o comercial de la misma, regulada en la L. O. 1/1982 (en concreto, en el art. 7-6), la cual se configura como un derecho subjetivo de contenido esencialmente patrimonial y que se equipara al derecho de publicidad o *right of publicity* propio del derecho anglosajón, derivado del derecho a estar solo o a que dejen a uno en paz (*right to be let alone*), como manifestación del derecho a la privacidad o *right to privacy*<sup>74</sup>.

Por tanto, para que se pueda calificar como intromisión constitucionalmente ilegítima en la propia imagen debe tratarse de la reproducción de los rasgos físicos de una persona, sin que valgan la imagen de representaciones imaginarias o creativas (es decir, del personaje, no del actor que le da vida) ni representaciones ajenas al espacio de privacidad de su creador, de su propia imagen como individualidad y como persona y, en definitiva, a su dignidad personal.

De este modo, la utilización de cosas características de las personas, de cosas tan propias y peculiares que identifiquen a las personas o que evoquen la figura o la imagen de otra persona sin su consentimiento no significa violación del derecho a la imagen como derecho fundamental reconocido en el art. 18-1 C.E., aunque puede dar lugar a la infracción del derecho a la explotación económica de la propia imagen y, por tanto, a la indemnización de dicho daño y perjuicio. Aquí se trata, por tanto, de la protección de determinados valores económicos o comerciales de la imagen que afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios del derecho a la propia imagen como derecho fundamental o derecho de la personalidad. Su protección no se halla en el art. 18-1 C.E., que limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. Tales valores patrimoniales de la imagen no

---

74 Vid., además del clásico WARREN, S., BRANDEIS, L., «The right to privacy», en *Harvard Law Rev.* (193), 1890; PROSSER, W., «Privacy», en *California Law Rev.* (383), 1960, págs. 384; MC CARTHY, T., *The rights of publicity and privacy*, Nueva York, 1989, párrafos 1.1 y 2.1. Vid. MAZA GAZMURI, I. DE LA, «La explotación comercial no consentida de la imagen...», cit., págs. 143 y sigs.

forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen, sino que se protegen en la LO 1/1982 en la medida en que sean dignos de protección y se hallen efectivamente protegidos.

### 3. La voz, los tics y otros signos identificativos

Cada vez más se abre paso la idea de que la imagen no se limita a la manifestación gráfica de la figura humana sino que se extiende a otros elementos identificativos de la persona. De hecho, la cuestión se plantea fundamentalmente respecto de la voz y en un doble aspecto: si se configura la voz (y por extensión otros componentes que identifiquen a la persona) como una parte de la imagen o si la voz se considera objeto de un derecho autónomo y distinto al derecho sobre la propia imagen.

En nuestro caso, el problema se plantea además en términos de derechos positivo, porque, aunque el texto constitucional se refiere sólo al derecho a la propia imagen, el art. 7-6 LO 1/1982, determina como intromisión ilegítima la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Por tanto, en general, cuanto pueda identificar a la persona: nombre, voz e imagen. La cuestión entonces parece clara: ¿la imagen es sólo la imagen somática del individuo, su exteriorización corporal o alcanza a todo cuanto permita la identificación o reconocibilidad del sujeto?

En este caso, el derecho a la propia imagen sería una especie de un derecho más amplio que podríamos llamar derecho a la individualidad o a la identidad personal<sup>75</sup> e incluiría no sólo la imagen física sino también, por ejemplo, la sombra (cuyo alquiler, la de un burro, dio lugar a un famoso pleito teatral)<sup>76</sup>, determinados *tics* característicos del sujeto, la voz, el nombre<sup>77</sup>, los olores propios, etc. Si se prefiriere, podríamos distinguir un derecho a la propia

---

<sup>75</sup> Aunque no cabría confundirlo con el llamado por Fernández Sesarego «derecho a la identidad personal», FERNÁNDEZ SESAREGO, C., *Derecho a la identidad...*, cit., 1992.

<sup>76</sup> Sin pretender en absoluto reabrir la polémica acerca de la sombra del burro, la sombra que identifica a la persona (no cualquier otra sombra de su cuerpo) es parte de su derecho a la imagen.

<sup>77</sup> CASTÁN TOBEÑAS materializa el derecho a la individualidad a través de sus signos distintivos en el derecho al nombre. Aunque dice que son muchos los signos de identificación personal, entre todos destaca el nombre, el cual es el único que configura como un derecho de la personalidad (CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos...», cit., págs. 32 y 33). En el mismo sentido, DE CUPIS, A., *I diritti della personalità...*, cit., pág. 258.

imagen en general (no necesariamente física o gráfica) conformado por las cualidades definitorias de la persona, entre otras y, en primer lugar, por la imagen física, pero también por la voz, por el nombre, por determinados defectos o taras, tics, etc. En definitiva, todo cuanto nos permita individualizar idealmente o mentalmente a una persona desde el bigote de Marx (G.), a las barbas de Castro (F.) o a los tics de Monzó (Q.). Son las expresiones de nuestra individualidad que llamamos, en su conjunto, derecho a la propia imagen.

La extensión del derecho a la propia imagen a otras manifestaciones propias de la persona, se ha visto refrendada por la propia doctrina constitucional. La STC 117/1994, de 25 de abril decía que el derecho a la propia imagen, reconocido por el artículo 18-1 C. E. a la par de los del honor y la intimidad personal, «forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona». Igualmente, la STS 30 de enero de 1998, como hemos visto, dice que el concepto de imagen cabe extenderlo a otras representaciones de la persona (más allá de la figura o la apariencia física) que «faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas su reconocibilidad».

De hecho, de la LO 1/1982 podría concluirse sin quebranto que la voz y el nombre son, como mínimo, dos bienes o elementos a través de los cuales se puede vulnerar los derechos regulados en la Ley. La Exposición de Motivos dice claramente que el art. 7º recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia, en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de la Ley (la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen) que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro.

Una de tales intromisiones o injerencias es precisamente la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona, sin su consentimiento, para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Del texto se desprende entonces que el uso inconsentido y para los fines expuestos de la voz, el nombre o la imagen de la persona es una intromisión o injerencia en el ámbito de protección de la Ley.

La cuestión es importante porque el art. 18-1 C.E. sólo menciona expresamente la propia imagen y ésta queda definida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (pero no en el texto normativo) por los rasgos físicos del sujeto. Cabría una solución sencilla que entendiera que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental y un derecho de la personalidad, mientras que el derecho a la voz, al nombre y a otras cualidades definitorias del ser propio e inherentes a la persona no son derechos fundamentales, por no mencionarse en el art. 18-1 C.E., pero sí son derechos de la personalidad, por cuanto se regulan (su intromisión ilegítima) en la LO 1/1982. Pero aquí tendríamos un primer problema porque, por un lado, la citada Ley Orgánica se dicta en desarrollo precisamente del art. 18-1 C.E.<sup>78</sup>, y se desvirtuaría esta afirmación si la Ley fuera más allá de cuanto dice su propia Exposición de Motivos o su art. 1º; y, por otro lado, que no los mencione expresamente el art. 18-1 C.E. es precisamente el origen del problema: es tan evidente que si los citara de manera explícita no existiría el problema. Finalmente, la protección de tales derechos de la personalidad quedaría circunscrita a la otorgada por la Ley Orgánica, es decir, sólo sería injerencia ilegítima su utilización in consentida con finalidad comercial, publicitaria o análoga.

Cada vez es mayor el número de autores y de leyes civiles que consideran que la voz debe configurarse como un derecho de la personalidad y, además, como un derecho autónomo, distinto del derecho a la propia imagen, e identificador de la persona<sup>79</sup>.

Así, son pensables vulneraciones o actuaciones ilícitas que tienen por objeto la voz ajena o determinada voz ajena, como su reproducción sin el

---

78 En cambio, ROVIRA SUERIO parece entender que el derecho a la propia imagen del art. 18 C.E. y el homónimo derecho de la Ley Orgánica no son precisamente el mismo derecho precisamente porque el art. 7-6 LO 1/1982 se refiere a la voz y al nombre. Vid. ROVIRA SUERIO, M. E., *El derecho a la propia imagen. Especialices de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, 2000, págs. 14 y sigs.

79 Por todos, HUET-WEILLER, D., «La protection juridique de la voix humaine», en *RTDC*, 1982, págs. 512 y sigs.; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit.); LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., «El derecho personalísimo sobre la propia voz», en *La Ley*, 1990, págs. 845 a 854. Igualmente, cada vez se regula más en las normas civiles, como en el Código civil de Perú, cuyo art. 15 dice expresamente que «la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y por este orden». El art. 16-2 del Código civil de Bolivia otorga a la reproducción de la voz de las personas la misma protección que a la propia imagen; por tanto, sólo cuando se comercia, se publica o se reproduce lesionando la reputación o el decoro de la persona cuya voz se reproduce.

consentimiento de su titular (en el caso María Callas<sup>80</sup>) o su imitación, no con fines humorísticos, sino defraudatorios o dolosos, o su captación inconsciente (escuchas secretas) o, en fin, su utilización no consentida para fines comerciales o publicitarios. Pero para resolver todas estas cuestiones posiblemente no sea necesario configurar la voz como un derecho fundamental (si no lo es) ni siquiera como un derecho de la personalidad. Que sea un bien personalísimo, o que, cuando es objeto de contrato, la prestación sea normalmente *intuitu personae*, no parece razón suficiente para configurarlo como un derecho de la personalidad; tampoco parece que haya una vinculación de la voz con la dignidad humana o el desarrollo de la personalidad; ni siquiera con una posible individualización o identidad de la persona, más allá que cualquier otra característica de la persona (altura, color de los ojos, forma de hablar, sensibilidad estética, etc.).

Técnicamente, el problema de si es un derecho autónomo o un derecho que conforma el derecho a la propia imagen no es, al menos en nuestro país, el problema más importante porque, en cualquier caso, se acabará aplicando directamente el art. 7-6 LO 1/1982 (si es un derecho autónomo) y toda la Ley Orgánica 1/1982 si es un derecho que conforma el derecho a la propia imagen, sin necesidad de acudir al superado art. 1.902 C.C. La cuestión principal es determinar si la voz humana es o no objeto de derecho, es decir si es un bien apropiable; y sólo si la respuesta es positiva, se determinará si es un derecho fundamental y de la personalidad *per se*, limitando el derecho a la propia imagen sólo a la imagen física y gráfica, o es una manifestación del derecho a la propia imagen.

Al final, el problema, por tanto, es cómo se protege, si se protege, el uso de la voz propia en nuestro ordenamiento jurídico. O, con otras palabras, qué puede hacer el sujeto cuya voz es usada o es imitada por otro, más allá del posible delito de suplantación de personalidad. Si se configura como un derecho fundamental, introducido a través de la puerta del art. 10 C.E., gozará de la misma protección constitucional que cualquier derecho fundamental (incluida

---

80 María Callas hizo en privado unas pruebas de voz en un determinado teatro para comprobar si todavía reunía las cualidades mínimas que le permitieran seguir cantando. Dichas pruebas fueron grabadas sin su consentimiento y posteriormente emitidas por una cadena de televisión francesa. El Tribunal francés entiende que la voz es un atributo de la personalidad y que su grabación y difusión inconscientes eran ilícitas (Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 11 de julio de 1977, D. 1977, Jur., 700). Sobre el caso y otros también ilustrativos, Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., págs. 180 y sigs.

la reserva de ley orgánica, de la que por cierto no goza el derecho al nombre); en el segundo caso, goza de la protección que le dispensa el art. 7-6 LO 1/1982 y de la que en cada caso concreto le proporcione el ordenamiento jurídico (entre otros, por ejemplo, a través del art. 1.902 C.C.), sin que se pueda aplicar la LO 1/1982, más allá del citado art. 7-6.

En realidad no es un problema de identidad o de identificación. El derecho a la propia imagen en nuestro ordenamiento jurídico creo que se protege más allá de una pura cuestión de identificación. Si en el polo norte se colocaran carteles con la imagen de un desconocido, sin que nadie acertara a saber quién es (por eso es precisamente un desconocido), dicho sujeto tendría el mismo derecho (aunque posiblemente no la misma indemnización) que si los colocaran en una valla publicitaria en mitad de su barrio. El derecho a la imagen y su violación no dependen de que el sujeto sea conocido o reconocible (al fin y al cabo todos somos reconocibles), sino de su uso inconsentido. Posiblemente con la voz y otras manifestaciones definitorias del propio ser ocurra lo mismo. La diferencia es que la imagen se protege en sí misma y el derecho a la imagen es, en sí mismo, un derecho fundamental.

Entonces, el art. 7-6 LO 1/1982 presenta otro problema: si la enumeración de cualidades definitorias del ser propio e inherentes a la persona es cerrada o abierta: en la imagen física, está su sombra; en el nombre, el apodo y el seudónimo e incluso posiblemente el anonimato; pero faltan los tics, los olores, las frecuencias cardíacas y en el futuro qué se sabe... En definitiva, la cuestión es si cuanto sea imagen de una persona en cuanto proyección externa de la misma, no sólo la física, debe entenderse en el art. 18-1 C.E. y en el ámbito de protección de la LO 1/1982 y así, la voz sólo lo sería en cuanto fuera manifestación de la propia imagen y, en la L. O. (en su protección civil), cuando se usa para fines comerciales, de publicidad y análogos.

La otra solución es entender que la voz no está en el art. 18-1 C.E. (no es un derecho que conforme el derecho fundamental a la propia imagen ni es un derecho de la personalidad) y sólo está en la L. O. 1/1982 como posible manifestación de una injerencia ilícita en alguno de los derechos fundamentales que conforman el ámbito de protección de la Ley y en los supuestos que define el art. 7-6 LO, es decir, como medio que provoca la injerencia inconsentida.

Nótese que en el artículo 7-6 LO 1/1982 se limita al uso de la voz o del nombre con fines comerciales o de publicidad..., en cambio la imagen se protege en sí y por sí. El efecto más importante e inmediato es que los con-



tratos sobre la voz o sobre otras manifestaciones del ser humano no quedan sometidos a los estrechos márgenes contractuales que permite la L. O. 1/1982 para el honor, la intimidad y la propia imagen. Mas, que no se considere un derecho de la personalidad, no significa que carezca de protección jurídica puesto que es un bien personal que puede identificar a la persona (engañando a otras) y del que sólo se puede usar con el consentimiento del sujeto.

En la doctrina, como vemos, el problema se plantea fundamentalmente respecto de la voz, pues el derecho al nombre ha sido tradicionalmente reconocido como derecho de la personalidad, de hecho como uno de los pocos que ha tenido regulación positiva<sup>81</sup>. Lo más curioso del nombre es que ni identifica a la persona (en nuestro sistema es el Documento Nacional de Identidad) ni es excluyente (incluidos los apellidos y su orden) ni es indisponible (puesto que se puede cambiar). Entonces el derecho de la personalidad o fundamental sería el derecho a tener un nombre propio: todos tienen derecho a tener un nombre. Pero el resto de las cuestiones relativas al nombre quedaría fuera de dicho ámbito: así, quedaría fuera de dicho ámbito las cuestiones de inscripción del nombre en registros públicos o el uso negocial o contractual que se haga de dicho nombre, el cual, por cierto, puede ser modificado.

Posiblemente con la voz se puede mantener algo similar. El derecho a la propia voz sería el derecho a tener y mantener propia voz y que esta no sea eliminada ni modificada. No sé si se puede configurar como un derecho de la personalidad (reconozco que no soy muy dado a andar reconocimiento derechos de la personalidad) por el mero hecho de que sea identificativo de la persona; tampoco es *per se* un derecho fundamental, aunque podría configurarse como derecho (fundamental) mediático o instrumental de otros o

---

81 ENNECCERUS-NIPPERDEY se refieren a los derechos de la personalidad en sede de clases y grados de desenvolvimiento de los derechos privados. Se refieren a los derechos de las personas, que definen como el poder de la voluntad del hombre sobre su propia persona. Pero discuten, como otros, la existencia, el contenido y la extensión de tales derechos (ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil, Parte General*, T. I., vol. 1º ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, trad. 39ª ed. alemana por Pérez González y Alguer, 2ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1953). Como derecho subjetivo admiten sólo el derecho al nombre, dadas las disposiciones del BGB al respecto, las cuales otorgan acción civil por el uso ilícito del nombre por otros (ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil*,..., cit., pág. 301 Curiosamente, no hay nota de los traductores y anotadores). Igualmente, LARENZ comienza su estudio de la protección de la personalidad refiriéndose al nombre, cuya protección expresa se halla en el parágrafo 12 BGB, el cual contempla el derecho al uso del nombre. Este derecho lo configura como un bien de la personalidad porque es un bien inmaterial perteneciente a la persona misma. También señala que es el prototipo de los derechos de la personalidad en el derecho vigente y el único reconocido expresamente por el BGB (LARENZ, K., *Derecho civil. Parte General*, trad. de la 3ª ed. alemana (1975), Jaén, 1978, págs. 155 y 156).

que hace posible el ejercicio de otros derechos fundamentales (como las libertades de información, de expresión o de cátedra). Pero garantizado eso, la voz es un bien jurídico que puede ser objeto de tráfico con las peculiaridades propias de la voz, entendida aquí como cosa, no como objeto de un bien de la personalidad.

Por otro lado, no es difícil identificar las patologías jurídicas que tienen por objeto la voz. Éstas pueden ser las siguientes:

- a) Su captación in consentida.
- b) Su reproducción sin el consentimiento de su titular.
- c) Su imitación defraudatoria.
- d) Su utilización in consentida para fines comerciales o publicitarios.

Cualquiera de ellas tiene respuesta en el ordenamiento jurídico sin necesidad de configurarla como derecho de la personalidad y, en cualquier caso, queda el art. 7-6 LO 1/1982 el cual considera intromisión ilegítima:

La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Por tanto, cabe concluir que en nuestro sistema la voz no es un derecho fundamental (aunque sea un medio para ejercer derechos fundamentales) ni un derecho de la personalidad, (ni conformador del derecho a la imagen, ni autónomo), sino que su utilización in consentida para los fines que determina en el art. 7-6 se considera una intromisión ilegítima que, dependiendo del uso, podrá ser del honor, de la intimidad o de la imagen.

Así, podríamos decir que otros usos de la voz no están reprimidos *per se*, porque la voz no se protege en sí misma. Es decir, cabe un uso inocuo de la voz ajena, lo cual no parece que quepa para la imagen, que se protege en sí y por sí: en principio, es intromisión ilegítima la mera captación de la imagen, aunque no se publique.

Cuestión distinta es la explotación económica de la voz ajena, pero este problema es ajeno a su configuración como derecho fundamental o como derecho de la personalidad.

En nuestro país, el Prof. De VERDA<sup>82</sup> se ha ocupado en profundidad y con rigor de la cuestión de la voz y se manifiesta firme partidario de configu-

---

82 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)», en *La Ley*, 11 de julio de 2007, págs. 1 y sigs.

rar la voz como un derecho autónomo (el derecho a la propia voz) al que se aplicaría, por analogía el art. 8-2 LO 1/1982. Considera el citado autor que el fundamento para configurar la voz como un derecho de la personalidad autónomo se halla precisamente en el art. 7-6 LO 1/1982, el cual considera ilegítimas, como ya se ha indicado, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga<sup>83</sup>. Así, entiende DE VERDA que lo que sucede no es tanto que la voz o el nombre sean también imagen, sino que «la tutela civil de los derechos de la personalidad, no sólo se extiende a la «imagen», sino igualmente a otros atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen. La intromisión ilegítima en ellos dará lugar al correspondiente resarcimiento del daño moral, porque es éste un efecto expresamente previsto por el legislador civil, pero en ningún caso podrá dar lugar a un recurso de amparo, porque en nuestra Constitución falta un expreso reconocimiento de un derecho fundamental al propio nombre o a la propia voz». ESPINOZA<sup>84</sup> entiende que la imagen se reduce jurídicamente a la semblanza física del individuo, mientras que la voz es una «nota característica de la identidad de la persona».

De este modo, como señala HUET-WEILLER se considera que lo contrario supone tanto desnaturalizar el derecho a la propia imagen como crear un artificio que distingue una imagen visual y una imagen sonora<sup>85</sup>. En definitiva, la voz debe ser protegida en cuanto derecho de la personalidad por cuanto, según los autores citados, constituye un elemento de identificación de la persona distinto de la imagen<sup>86</sup>.

---

83 En cambio, ROVIRA SUEIRO, M. E., *El derecho a la propia imagen...*, cit., págs. 14-17, entiende que la norma, aunque desvirtúa el concepto de propia imagen, lo amplía de manera que su objeto es la imagen física y la voz.

84 ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las personas*, 3.<sup>a</sup> ed., Lima, 2001, pág. 253.

85 HUET-WEILLER, D., «La protection juridique de la voix humaine»..., cit., págs. 512 y sigs.; BECOURT, D., «Nota a la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975», SJ/G 1978, Jur., II, núm. 19002. y DE VERDA, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)», en *La Ley*, 11 de julio de 2007, págs. 1 y sigs.

86 En la doctrina española, DE VERDA, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz...», cit., págs. 1 y sigs.; en la doctrina italiana, el clásico DE CUPIS, A., *I diritti della personalità...*, cit., pág. 120, sostiene el derecho de las personas de prohibir

Este derecho a la propia voz impediría la atribución de una voz distinta a la propia de la persona, además de facultarle para que permita que se reproduzca su voz sin modificaciones o para prohibir dicha reproducción. Igualmente, el sujeto sería titular de un derecho de disponer de su voz y, permitir su reproducción tanto a título gratuito como a título oneroso.

Se trata, en definitiva, de conformar el derecho a la propia voz como un verdadero derecho de la personalidad, que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como un atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable<sup>87</sup>. De este modo, al no estar la voz pro-

---

o permitir que se reproduzca su voz, porque en ella está impresa su personalidad individual; BIANCA, M., *Diritto civile*, cit., mantiene que constituye una manifestación de la persona que exige ser tutelada en razón de la exigencia general de protección de la intimidad personal. En la doctrina francesa, consideran que la voz debe tratarse como un bien de la personalidad autónomo y distinto al derecho a la propia imagen, CORNU, G., *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11.<sup>a</sup> ed., París, 2003, pág. 296, MAZEAUD, H., L., MAZEAUD, J., y CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, tomo I, volumen 2, *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 8.<sup>a</sup> ed. por F. Laroche-Gisserot, París, 1997, págs. 78 y sigs., además del citado HUET-WEILLER, D., «La protection juridique», cit., págs. 511 y sigs. Vid. también, citadas por DE VERDA (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit.), Sentencias del Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975 (D 1977 Jur., 211), de 11 de julio de 1977 (D 1977, Jur., 700) y de 19 de marzo de 1981 (D 1983, Jur., 147), Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 29 de junio de 1998 (JCP 1998-022460), y Sentencia de la Corte de Apelación de Pau, de 22 de enero de 2001 (JCP 2001-139823). En la alemana, HUBMANN, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Colonia, Graz, 1967, págs. 309-3, el cual lo incluye en el derecho general de la personalidad; y LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.<sup>a</sup> ed. continuada por M. WOLF, C.H., Munich, 1997, pág. 156, pág. 156, igualmente considera el derecho a la propia voz como expresión del derecho general de la personalidad. Igualmente, como se ha señalado, el art. 15 del Código civil de Perú de 1984, distingue entre el derecho a la imagen y el derecho a la voz: «La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden».

87 DE VERDA, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz...», cit., pág. 3. El citado autor es partidario de la aplicación analógica del art. 8-2 LO 1/1982 al entender que estamos ante un «derecho que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como un atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable».

Sin embargo, el derecho a la propia voz, al igual que el derecho a la propia imagen, debe ser coordinado con las exigencias derivadas de las libertades de información y de expresión; y, a mi juicio, esta coordinación puede realizarse mediante una aplicación analógica del art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de lo que resulta lo siguiente:

tegida en sí misma como un derecho de la personalidad o como un derecho fundamental, no es preciso invocar la aplicación analógica del art. 8-2 LO 1/1982 puesto que ni los contemplados en el precepto citado ni otras tantas conductas se pueden configurar como intromisiones ilegítimas en el derecho a la voz. La aplicación analógica del art. 8-2 LO 1/1982 sólo tiene sentido si la voz, más allá de un bien patrimonial se considera un derecho o bien de la personalidad.

#### **4. La propia imagen de la imagen de los dobles**

Por último aparece el problema de los dobles, es decir, de las personas que guardan enorme parecido físico hasta el punto de producir la confusión en la mayoría de las personas. No son los imitadores, son los sosias. Es innecesario decirlo, pero obviamente el llamado doble, el sosia no famoso, tiene también un derecho fundamental y de la personalidad a su propia imagen, por lo que en el ámbito constitucional no parece que se pueda producir problema alguno entre los derecho a la propia imagen de los sujetos, ambos (si son dos) titulares del derecho a su propia imagen y sendos derechos igualmente protegidos en el ámbito constitucional.

La cuestión, como es fácil advertir, aparece cuando el «no conocido» quiere «aprovecharse» económicamente de la imagen del «conocido». De entrada creo que se debe decir que se trata de una cuestión de legislación ordinaria donde el problema más importante es la confusión que fundamentalmente con finalidad publicitaria o comercial se provoca de propósito. Por tanto, debemos dejar fuera de la cuestión:

---

a) No es necesario el consentimiento del titular del derecho para la captación, reproducción o publicación de su voz «cuando se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública» y la voz «se capta durante un acto público o en un lugar abierto al público».

b) De modo semejante a lo que acontece respecto de la caricatura, deben ser toleradas las imitaciones de la voz de personajes públicos, realizadas por artistas mediante parodias, en las que no se induzca a ningún tipo de confusión sobre quien habla, siempre que no lesionen su derecho al honor, ni tengan un carácter puramente comercial o crematístico.

c) Será posible la utilización de la voz de una persona en una información radiofónica o televisiva, sobre un suceso o acontecimiento público, cuando aquélla «aparezca como meramente accesoria» de ésta».

- a) La violación del derecho a la propia imagen en el ámbito constitucional pues el sujeto, el doble, presta su propia imagen.
- b) La intromisión ilegítima en la propia imagen a que se refiere el art. 7 L. O., pues el sosia dispone de su propia imagen
- c) Los supuestos en que el doble se presenta como doble, es decir, como sosia, en los que se aprovecha el parecido precisamente manifestándolo o exagerándolo.

El problema se plantea entonces cuando hay colisión de derechos. Pero aquí se debe advertir de que el derecho a la propia imagen es susceptible de varias manifestaciones y que, por tanto, cuando hablamos de colisión de derechos debemos precisar que la colisión es de derechos en una misma manifestación de los mismos.

Así, si se trata del derecho a la propia imagen en el ámbito constitucional no hay colisión de derechos pues todos y cada uno tiene derecho a su propia imagen y tal derecho goza del mismo contenido (positivo y negativo) y protección<sup>88</sup>. Ni siquiera podrá haber intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del otro (aunque pueda haber responsabilidad penal), no hay realmente colisión de derechos.

En segundo lugar, tampoco hay colisión entre el derecho a la imagen como derecho fundamental y el derecho a la explotación económica de la imagen. El derecho fundamental siempre prevalecerá sobre el derecho patrimonial. Es decir, el conocido no puede impedir que la imagen del desconocido sea captada, reproducida y publicada alegando que le provoca un perjuicio patrimonial. El derecho constitucional del no-conocido a consentir la reproducción de su imagen prevalece sobre el derecho a la explotación económica de la imagen del conocido.

En tercer lugar, tampoco hay colisión cuando la actuación del sosia se realiza en términos de vinculación contractual (el doble de las películas). Aquí, la relación es de simbiosis económica.

En cuarto lugar, tampoco hay colisión cuando se trate de parodias, donde el sujeto no tiene parecido natural sino que se caracteriza de la persona a

---

<sup>88</sup> SCALISI, A., *Il diritto alla riservatezza. Il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*, Milano, 2002, pág. 87, afirma que ambos son titulares de un derecho a la imagen, que goza de igual relevancia y protección jurídica.

la que imita. Además, la parodia no lleva necesariamente una imitación de la imagen física del sujeto<sup>89</sup>.

En quinto lugar, DE VERDA<sup>90</sup> entiende que también es lícito el uso de dobles de personajes públicos en parodias (siempre que quien los vea no tenga duda de que no es la persona que aparenta), pero no con fines crematísticos. Aunque la opinión me parece acertada, no sé por qué los fines crematísticos hacen necesariamente ilícito el supuesto.

En el supuesto del uso de dobles con fines publicitarios, DE VERDA<sup>91</sup> opina que hay colisión entre el derecho del doble a consentir el uso de su imagen y el derecho de la persona pública a que no se comercie con la suya. Y entiende que el derecho este último debe prevalecer cuando la imagen del doble sea un puro reclamo publicitario de bajo coste económico, para asociar la figura de la persona a quien se asemeja con un producto, y, así, promover su venta. Pero subordina la ilegitimidad de la intromisión en la imagen a que quien contempla al doble no pueda percatarse de que efectivamente lo es. En cambio, la confusión no tendrá lugar cuando el medio en el que aparezca la imagen del doble advierta claramente que no se trata de la persona pública a quien se asemeja.

A mi entender, la cuestión es, por tanto, puramente económica, más allá de la violación de cualquier derecho fundamental o de la personalidad a la propia imagen. Se trata de un supuesto de parasitismo jurídico-económico. La cuestión es, entonces, si el no-conocido puede aprovechar económicamente su parecido con el conocido. De entrada se debe decir que el hecho de guardar parecido con otra persona, sea ésta famosa o no, en nada limita la capacidad de actuación personal y económica del sujeto. A mi entender la única causa sería el engaño publicitario o comercial que es posiblemente el supuesto del art. 7-6 LO 1/1982 cuando se refiere a la imagen de otra persona. Fuera

---

89 DE VERDA, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz...», cit., pág. 2, entiende que en estos casos de imitaciones realizadas por artistas con fines humorísticos, a través de caracterizaciones, con las que logran sugerir al público una identificación con personajes públicos, han de ser incluidas dentro del ámbito de aplicación del art. 8.2 b) de la Ley Orgánica 1/1982, porque pueden ser consideradas como caricaturas en un sentido amplio.

90 DE VERDA, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz...», cit., pág. 3. En el mismo sentido, SERNA, M., *L'image des personnes physiques et des biens*, París, 1997, pág. 101.

91 DE VERDA, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz...», cit., pág. 3.

de tal supuesto, habría que justificar que una persona perdiera capacidad de obrar y viera limitados sus derechos (incluso fundamentales, como el de libertad o el de propia imagen) a favor de otra persona por algo tan relativo y pasajero como el ser más o menos conocido. Es cierto que una imagen puede tener y tiene más valor de mercado que otra, pero ello no puede impedir la actuación en el mercado del sujeto cuya imagen no tenga valor económico o incluso que su único valor económico sea precisamente su parecido con otra persona. Al final, en su caso, se tratará de una cuestión de competencia (des)leal y de publicidad engañosa (por ejemplo, el uso de sosias con fines publicitarios o comerciales sin advertir claramente que son dobles)<sup>92</sup>.

Por otro lado, también se debe tomar en consideración que la cuestión puede ser igualmente la contraria: que el sosia conocido utilice la imagen del sosia desconocido, sin el consentimiento de éste. Aquí el problema sí es de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de este último, el cual podrá solicitar la protección que el ordenamiento jurídico dispensa tanto a través de la Constitución, como a través de la L. O. 1/1982.

## **5. La imagen de las cosas**

### *A) La propiedad de la imagen de la cosas*

La imagen y el derecho que la protege se asocian tradicionalmente a las personas y, en concreto, a la imagen física de éstas. Pero las cosas del mundo exterior también tienen una imagen, una figura o un perfil y entonces cabe preguntarse de quién es la imagen de las cosas cuando dicha imagen se puede configurar como un bien jurídico, es decir, cuando es apropiable. La cuestión es, por tanto, la relación entre la imagen y la propiedad de las cosas o, si se prefiere, si la imagen de las cosas pertenece a su propietario.

Así, cabría plantearse, en primer lugar, si las cosas tienen una imagen que pertenece al propietario de las mismas, es decir, si el poder jurídico que otorga el derecho de propiedad abarca la imagen de la cosa. Claramente, la facultad propietaria alcanza la configuración externa de la cosa objeto de propiedad (salvo limitaciones legales, contractuales o administrativas) y, por

---

<sup>92</sup> Así, la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 17 de octubre de 1984 consideró ilícita la utilización de un sosia de G. Depardieu para anunciar una marca de chocolates (D. 1985, somm., pág. 324).



tanto, el propietario es propietario de la imagen de las cosas en el sentido de que su configuración queda bajo su poder jurídico; lo que ya no queda nada claro es que dicho poder del propietario alcance, como propia, la imagen de la cosa de manera que el propietario puede permitir o prohibir la captación, reproducción y/o publicación de la imagen de la cosa.

La cuestión no es nueva. Ya GITRAMA señaló que el propietario de una casa o de una finca paisajísticamente bella no puede reservar para sí exclusivamente los valores estéticos exteriores de aquélla. Así, concluye que no cabe admitir un derecho a la imagen de las cosas propias como extensión del derecho a la propia imagen personal<sup>93</sup>. De este modo, dice GITRAMA, los límites a la libertad de fotografiar las cosas ajenas se fundan ya en el derecho de autor sobre las obras de arte, ya en la inviolabilidad del domicilio o el derecho de propiedad material de otro sobre la cosa, ya en el secreto epistolar o profesional: pero nunca en un derecho a la imagen de las cosas propias<sup>94</sup>.

Respecto de la relación entre propiedad privada y derecho a la imagen, el art. 35 LPI, en relación con las obras situadas en vías públicas dice en su apartado segundo que las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales. Por tanto, ya no es que formen o no parte del derecho a la imagen de sus propietarios o creadores, sino que, en cualquier caso, no se trata de una imagen cuya exclusividad queda protegida jurídicamente. Ni el propietario ni el creador pueden impedir legítimamente que el inmueble sea pintado, dibujado o fotografiado, aunque se relacione directamente con la imagen del dueño o creador. Cuestión distinta es que mediante tales intromisiones se atente a la intimidad del autor, creador o poseedor del bien.

Pero cabría preguntarse si el supuesto y la solución son el mismo en el caso de explotación económica de la imagen del inmueble. Es decir, el problema se puede plantear, más allá del derecho a la propia imagen, cuando la imagen del inmueble tiene un valor comercial que además está siendo explotado por terceros (publicidad donde aparece el inmueble característico, tarjetas postales, etc.). Posiblemente aquí sea prudente determinar el origen del valor comercial o publicitario de la imagen del inmueble. Dicho valor puede

---

93 GITRAMA, M., «Imagen»..., cit., pág. 308.

94 GITRAMA, M., «Imagen»..., cit., pág. 309.

venir dado por muchas causas, por las características arquitectónicas del mismo, por su determinada estética, por haber sido escenario de un hecho histórico, por ser habitado por determinada persona, etc.

Si el valor patrimonial de la imagen del inmueble deriva de su vinculación o identificación con determinada persona (propietario, poseedor), posiblemente nos hallemos en el supuesto ya expuesto de los valores que derivan de la imagen (y de cuanto ayuda a conformarla) pero que no conforman, sin embargo, el derecho fundamental y de la personalidad a la propia imagen, en los términos que expuso la STC 81/2001, de 26 de marzo. En otro caso, a mi entender, el valor comercial de la imagen obviamente es parte del derecho de propiedad y a su titular corresponde su explotación económica. Pero este es un problema distinto a la vulneración o no de la propia imagen.

En España la SAP Barcelona (secc. 15ª) de 28 de marzo de 2006 una resuelve el problema similar aunque en este caso se trató de un tema de propiedad intelectual. Los hechos fueron los siguientes:

La demandante es la única titular de los derechos de propiedad industrial e intelectual del templo de la Sagrada Familia por haberlos adquirido. Esta adquisición procede de la designa efectuada por Gaudí a sus herederos de confianza, los cuales indicaron que la última voluntad del testador fue que el producto de la totalidad de sus bienes fuera destinado a costear las obras del templo. La actora alega haberse constituido como Fundación canónica el día 20 de julio de 1895 y tiene por finalidad y objeto la construcción y conservación y restauración del Templo de la Sagrada Familia. La Fundación es legítima heredera de los bienes y titular de sus derechos de propiedad intelectual. Como actos infractores de sus derechos de propiedad intelectual señala la demandante que los demandados han producido y comercializado un CD Rom denominado La Sagrada Familia Terminada, y un CD Rom denominado La Sagrada Familia Terminada by Toni Meca y el libro Sabías que... Gaudí? más dos posters que reproducen las fachadas del templo. Igualmente existe la web [http://www. TM Dreams.com](http://www.TMDreams.com) de la sociedad TM Dreams Distribution SL que efectúa la distribución. El CD Room infringe sus derechos de propiedad intelectual por haber incluido obras protegidas sin haber solicitado autorización alguna (la única autorización que se admite para ello se concedió a Fundación Telefónica) para ello con relación a la obra preexistente de Gaudí, los arquitectos continuadores, las esculturas de Ángel Daniel y Eugenio y que fueron extraídas de 286 documentos entregados por la actora a los demandados para la exclusiva utilización en una película de largometraje. Se infrin-

gen por ello los derechos de explotación de la obra como los derechos de transformación, de reproducción, de distribución y de comunicación pública. También se infringen los derechos morales de autor con tales actos por no haberse respetado la integridad de la obra. Por último también señala la infracción de su marca denominativa y gráfica, Sagrada Familia.

La Audiencia da la razón al demandante:

El artículo 35-2 LPI se conceptúa como un límite al derecho de autor pero dicho límite no ampara en modo alguno ni la transformación del exterior ni incluye en su protección al interior del edificio. El precepto se enmarca dentro de los límites de los derechos de propiedad intelectual... que se justifican por la concurrencia de determinados fines dignos de protección como puede ser el interés público.... la teleología del precepto va encaminada a excluir de la tutela las obras sitas en la vía pública, y este concepto no se aviene con el interior del templo. El interior de un templo, considerado éste como obra arquitectónica susceptible de tutela por la LPI..., no puede considerarse, a los efectos del precepto, cualquier otra vía pública. Tampoco el artículo permite que las obras expuestas en la vía pública puedan ser, aunque solo afecten al exterior, transformadas o alteradas o modificadas al libre albedrío de un tercero, manteniéndose estos supuestos fuera del alcance de dicha limitación la cual, en su propio tenor literal, sólo abarca actos de reproducción, distribución o comunicación de la obra original, tal cual se presenta en la realidad.

Según el artículo 17 LPI, los derechos patrimoniales que integran el derecho de autor comprenden, fundamentalmente, el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de la obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser utilizados sin la autorización legal del autor o de su causahabiente.

Por tanto, el art. 35 LPI permite la captación de la imagen de los bienes (si no se vulnera otro derecho como el honor o la intimidad), pero no su uso con fines publicitarios ni su comercialización

En Francia se ha planteado la cuestión a partir de la sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de marzo de 1999. La reclamación venía motivada por la explotación publicitaria y comercial de un edificio. En el supuesto de hecho, una determinada empresa comercializó la imagen fotografiada de un inmueble (el Café Gondrée) cuya fachada había adquirido fama durante y por causa de la Segunda Guerra Mundial. En la actualidad, dicho edificio es

propiedad de otra empresa que lo explota como hotel y que también se dedica a la comercialización y venta de fotografías y otros recuerdos de la fachada. El Tribunal dio la razón a la empresa propietaria del inmueble y señaló que la explotación comercial del mismo (incluida en este caso su imagen) corresponde al propietario: «*l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire*»<sup>95</sup>. Pero el criterio lo modaliza la sentencia de la *Cour de Cassation* 5 de julio de 2005 en la que prosperó la tesis de que el propietario de una cosa no puede oponerse a la utilización del cliché por un tercero, salvo que le cause trastornos fuera de los considerados normales a su propietario<sup>96</sup>.

En este sentido, ya había señalado KAYSER que el propietario de un bien no un tiene derecho a la imagen de dicho bien. El principio de libertad indivi-

---

95 Sobre la cuestión, KAYSER, P., «L'image des biens», en Recueil Dalloz, 1995, pág. 291; RAVANAS, J., «L'image d'un bien saisi par le droit», en Recueil Dalloz, 2000, pág. 19; KENDÉRIAN, F., L'image des biens: nouveau droit subjectif ou faux débat?, en Recueil Dalloz, 2002, pág. 1.161; ID., «Le fondement de la protection de l'image des biens: propriété ou responsabilité?», en Recueil Dalloz, 2004, pág. 1.470; ZENATI, F., «Du droit de reproduire les biens», en Recueil Dalloz, 2004, pág. 962; En el derecho francés, como se sabe, la protección de la propia imagen se hace, o bien desde la perspectiva del derecho a disfrutar de la vida privada, reconocido en el art. 9 de su Código Civil (article 9: (L.17/07/1970) – *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, si il y a urgence, être ordonnées en référé*), o bien dentro del haz de facultades comprendidas dentro del derecho de propiedad, en cuyo caso, se entendería que el derecho sobre la imagen de los bienes no es más que una de esas manifestaciones, como queda reconocido en su art. 544 (*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*). En España, vid. REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J., «Imagen y bienes», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica...*, cit., capítulo VIII.

KENDÉRIAN da cuenta de una proposición de Ley de 16 de julio de 2003, que no prosperó, en la que se quería regular el derecho a la imagen con autonomía propia, de manera independiente del derecho a la intimidad y conciliarlo con la libertad de expresión («*visant à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression*»). Dicha propuesta también preveía incluir el derecho a la imagen sobre los bienes, introduciendo un apartado en el art. 544-1 del Code Civil en cuya virtud «*chacun a droit au respect de l'image des biens dont il est propriétaire. Toutefois, la responsabilité de l'utilisateur de l'image du bien d'autrui ne saurait être engagée en l'absence de trouble causé par cette utilisation au propriétaire de ce bien*». La doctrina criticó el texto por su manifiesta ambigüedad, calificándolo como una amalgama entre derecho subjetivo y responsabilidad civil. Vid. KENDÉRIAN F., «Le fondement de la protection de l'image...»cit., pág. 1.470.

96 Recueil Dalloz, 2005, p. 2178. La cuestión versó acerca de la utilización de la fotografía de un inmueble por una sociedad editora sin autorización del propietario del inmueble (la autorización no había sido solicitada).

dual permite que cualquier persona realice y publique la imagen del bien que quiera lícitamente, siempre que respete la intimidad (*la vie privée*) y que no vulnere el derecho del propietario del bien<sup>97</sup>. Como fuere, en Francia la utilización de la imagen de cosas ajenas, en general se limita en los siguientes casos:

1. Si afectaba a la vida privada de propietario, pues entonces se violaba su derecho a la intimidad (art. 9 Code), o a otro derecho de la personalidad del mismo.
2. Si se interfiere o se vulnera el derecho de propiedad (el uso o disfrute de la cosa) del propietario de la cosa cuya imagen se utiliza (es el caso del *Café Gondrée* o el de la casa de *Plougrescant* y otros<sup>98</sup>).

En definitiva, la imagen de las cosas no conforma el derecho de propiedad de su dueño. Por tanto, dicha imagen se puede captar y reproducir lícitamente siempre que se respeten el derecho al honor y el derecho a la intimidad del propietario así como su derecho de propiedad privada, por tanto, como dice el art. 35 LPI, cuando la cosa esté en la vía pública y la imagen se capte asimismo desde la vía pública o desde un bien en el que el sujeto se halle lícitamente<sup>99</sup>. Así, por ejemplo, no se puede entrar ilícitamente en una propiedad para fotografiarla. Sin embargo, sí que conforma el derecho de propiedad la facultad de explotar económicamente el bien y, por tanto, también

---

97 KAYSER, P., «L'image des biens»..., cit., pág. 291.

98 El caso fue resuelto por la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París de 26 de septiembre de 1993, que condenó al Comité de Turismo de Bretaña y al fotógrafo por la publicación de una fotografía de una casa en *Plougrescant* sin la autorización de su propietario. Vid. también la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de Burdeos de 19 de abril de 1988: en los hechos, se fotografió y publicó la imagen de una terraza privada sin consentimiento del propietario. Vid. también la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París de 23 de junio de 1999 acerca del tres mástiles Belem, que prohíbe la comercialización de la imagen del citado buque-escuela sin la autorización de su propietario; la sentencia de la Corte de Casación de 25 de enero de 2000 acerca de la imagen, comercializada mediante tarjetas postales, de una gabarra que era el domicilio de una persona; o la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París de 18 de febrero de 2002 que también versa acerca de la reproducción fotográfica de la imagen de un inmueble. En todos los casos, había un fin comercial que colisionaba o podía colisionar con la explotación económica exclusiva y excluyente del propietario.

99 MARTÍN SALAMANCA S., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.), Cizur Menor (Navarra), 2007, ad art. 35, págs. 287 y sigs.

la explotación económica de su imagen. La propiedad de un bien otorga a su titular el derecho exclusivo a su explotación económica en todas las formas posibles, incluidas las reproducciones de la imagen del mismo, la cual se configura como una de sus utilidades<sup>100</sup>. Pero ésta ya no es una cuestión del derecho a la propia imagen ni del derecho a la imagen de las cosas propias, sino de derecho de propiedad<sup>101</sup>.

### *B) Propiedad intelectual y derecho a la imagen*

En relación con la propiedad intelectual, se puede decir que el autor sobre la obra no tiene un derecho de imagen, sino, perdón por la obviedad, un de-

---

100 En este sentido, ZENATI, F., «Du droit de reproduire les biens»..., cit., pág. 962.

101 Recientemente ha vuelto sobre la cuestión LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, F. P., «El derecho a la imagen en las cosas propias», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º. 2, 2007, págs. 215 y sigs. Dice Leiva que en Argentina se reconoce desde hace mucho tiempo «el derecho personalísimo a la propia imagen, que conlleva el derecho a que su titular se oponga al uso que haga de la misma» (pág. 216). Pero curiosamente no cita precepto alguno ni sentencia alguna en que basar la anterior afirmación. Hasta donde alcanzo, en el Código civil argentino no se reconoce tal derecho ni se contiene una regulación sistemática de los derechos de la personalidad, sino normas concretas donde se apoya la doctrina, como los arts. 498 y 1196, que se refieren a derechos «inherentes a la persona», la nota al art. 2312, donde se dice que «hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc.», el art. 953 que determina la nulidad de los actos que la libertad de acciones o de conciencia, o el art. 531 que prohíbe expresamente determinadas condiciones que afectan de manera directa a la libertad de las personas (no cambiar de residencia, mudar o no de religión, casarse con determinada persona o no casarse, etc.).

La Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969 no regula tampoco el derecho a la imagen; sin embargo, reconoce el derecho a la vida (art. 4), a la integridad física (art. 5), a la libertad personal (art. 6), a la honra, dignidad e intimidad (art. 11, incs. 1 y 2) y al nombre (art. 18).

Un régimen mínimo del derecho a la imagen, en relación con la propiedad intelectual, se puede hallar en la Ley 11.723, cuyo art. 31 establece que «el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público».

Por lo demás, el trabajo es un trasunto de la doctrina francesa acerca de el alcance del derecho de propiedad (arts. 2506 y sigs. C.C. argentino) a la imagen de las cosas objeto de tal derecho en el sentido indicado en el texto.

recho de propiedad intelectual, es decir, los derechos y facultades que le concede la (ley de) propiedad intelectual. La obra no es parte de su derecho a la propia imagen, aunque se identifique con ella o, en general, se identifiquen mutuamente<sup>102</sup>. Por tanto, respecto de la obra, no tiene las facultades que derivarían de un derecho a la imagen, sino las facultades que, como autor, le otorga la Ley de Propiedad Intelectual<sup>103</sup>. En nuestro caso, el ejemplo más claro sería la realización de fotografías o retratos o dibujos de otras personas, entendiendo que se trate de intromisiones legítimas. El autor de las fotografías tendrá el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de la obra en los términos que le permita la Ley de Propiedad Intelectual y le consienta la LO 1/1982, de 5 de mayo.

Por tanto, respecto de la relación entre derecho a la propia imagen y derecho de propiedad intelectual, es claro que se trata de derechos distintos: el derecho a la imagen pertenece a la persona fotografiada o retratada o, en general, a aquella cuya imagen se capte; los derechos de propiedad intelectual pertenecen al autor de obra. Pero esta diferencia nítida no significa que no haya zonas de concurrencia y de conflicto entre ambos derechos. La idea primera es que, en principio, nadie tiene un derecho sobre el otro, ni el titular de la imagen sobre la obra, ni el autor de la obra sobre la imagen del otro, sino que a cada titular corresponden los derechos y facultades que le otorgan las respectivas normas. Así, CASAS VALLÉS y SOL MONTUÑO<sup>104</sup> lo pusieron

---

102 Vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario a la STSJ de Navarra de 4 de noviembre de 1996, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, nº 43, 1997, págs. 311 y sigs.; MONFORT FERRERO, M<sup>a</sup>. J., SAIZ GARCÍA, C., Derechos de la personalidad y propiedad industrial. ausencia de intromisión ilegítima, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, nº 53, 2000, págs. 699 y sigs.

103 Como se sabe, el art. 2 determina el contenido de la propiedad intelectual: La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

El art. 17 regula el derecho exclusivo de explotación y sus modalidades, de manera que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la Ley. Vid., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.)..., cit., págs. 93 y sigs. y *ad art. 17*, págs. 147 y sigs.

104 CASAS VALLÉS, R. y SOL MONTUÑO, M., «Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo (Nota a una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona)», *Revista del Poder Judicial* nº 30, Junio 1993, págs. 127 y sigs.

Los hechos que dan lugar a la sentencia son los siguientes: una modelo de publicidad contrató los servicios de un fotógrafo para confeccionar un llamado álbum profesional de fotografías (en el

claramente de manifiesto al señalar que imagen y propiedad intelectual son derechos diferentes, cada uno con su régimen jurídico y, en particular, con sus propios modos de adquisición y explotación. Ni el autor ostenta facultades sobre la imagen ni el retratado sobre la propiedad intelectual. Ambos derechos conviven, limitándose recíprocamente pero sin eliminarse. Mas esto en ocasiones se olvida, llegándose a oponerlos como si fuera necesario optar entre uno y otro.

Al final, la cuestión que subyace es la relación entre el derecho a la imagen y el derecho de propiedad intelectual.

De entrada debemos dejar a un lado los supuestos de accesoriedad de la imagen porque en tales casos las cuestiones son otras<sup>105</sup>.

El problema entonces se centra cuando se trata de un retrato o una fotografía encargada. En nuestro ordenamiento, a falta de previsión legal<sup>106</sup>,

---

argot, un *book*). Realizado el servicio el fotógrafo retuvo los negativos de las fotografías, lo cual parece ser un uso habitual en este tipo de contratos.

La Audiencia consideró que la modelo no había otorgado consentimiento alguno al fotógrafo para que éste pudiera utilizar las fotografías a pesar de saber que retenía en su poder los negativos.

Más tarde el fotógrafo cedió a una editorial, a cambio de precio, una de las fotografías. La editorial la utilizó como portada de un libro de corta tirada y menor venta. Curiosamente, como recuerdan CASAS VALLÉS y SOL MUNTAÑOLA, el libro se titulaba «*Deixeu-me en pau*». Finalmente, la modelo publicitaria ejerció acción civil por intromisión ilegítima en su derecho a la imagen contra el fotógrafo, el diseñador de la portada (el cual, por cierto, fue absuelto), y la editorial. El Tribunal condenó la fotografía y a la editorial.

105 El ejemplo se puede extraer de la STS 22 de febrero de 2007. El objeto del recurso se circunscribe a determinar si el derecho a la imagen del actor ha sufrido vulneración en su derecho a la imagen como consecuencia de haber aparecido su imagen, tomada cuando se hallaba en la vía pública, en un vídeo que, con fines exclusivamente de prueba en un proceso judicial, fue realizado por detectives privados que hacían el seguimiento a un tercero. El vídeo sólo fue visionado por el Tribunal y las partes del proceso, sin que se hubiera difundido para el conocimiento general, ni contuviera ningún elemento de desdoro para el interesado. En sede de casación, dice la sentencia, habría bastado la aplicación de la causa de exclusión de accesoriedad del art. 8.2, c) LO 1/1982, en relación con la amplia doctrina de esta Sala que toma en cuenta el carácter accesorio de la imagen de una persona, respecto del texto escrito o el contexto de la fotografía o fotograma, existiendo accesoriedad cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el afectado. Vid., SSTS 19 de octubre de 1992, 28 de diciembre de 1996, 27 de marzo de 1999, 14 de marzo de 2003, 17 de marzo de 2004 y 15 de julio de 1995.

106 El problema, dicen CASAS y SOL (CASAS VALLÉS, R. y SOL MUNTAÑOLA, M, «Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo...», cit., págs. 127 y sigs.), no es objeto de norma específica en la Ley de Propiedad Intelectual, a diferencia de lo que sucede en otros países, cuyas leyes lo contemplan, atribuyendo diversos derechos al retratado. Así, citan el art. 98 de la Ley italiana, el artículo 60 de la Ley alemana, el artículo 168 del Código de Derecho de autor portugués de 1985 y el artículo 4 (3) de la Ley sobre Derecho de Autor del Reino Unido de 26 de julio de 1984.



se debe concluir que aunque se actúe previo encargo, el derecho a la imagen no altera en lo más mínimo la titularidad de la propiedad intelectual, aunque afecte a su ejercicio<sup>107</sup>.

El retratado, por el mero hecho de serlo, no adquiere ningún derecho de propiedad intelectual sobre la obra<sup>108</sup>. Pero tampoco el autor de la obra, por el mero hecho de la titularidad de la propiedad intelectual puede explotar *ad libitum* e indiscriminadamente la imagen captada y reproducida. Para ello precisará el consentimiento del titular del derecho a la imagen en el marco de la LO 1/1982, aunque no se trate de un uso comercial, publicitario o análogo, so pena de incurrir en una intromisión ilegítima. Además, dicho consentimiento no se limita a la captación de la imagen, sino que debe alcanzar a su reproducción y publicación (si el autor quiere publicarla), así como al medio o medios en que quede plasmada la imagen. Para alcanzar esta conclusión es indiferente que el fotografiado o retratado o pintado haya pagado al autor de la obra o, al revés, que alguno de éstos haya contratado y pagado los servicios de aquél. La diferencia puede hallarse en el hecho de que cuando el autor de la obra paga al modelo quizás se puede entender que hay un consentimiento tácito para el uso y la explotación de la imagen<sup>109</sup>, sobre todo si esa es la actividad comercial o profesional del autor de la obra.

En definitiva, creo que se puede concluir como sigue:

---

107 Respecto del régimen jurídico de la fotografía, vid., por último BONDÍA ROMÁS, F., «El derecho sobre las fotografías y sus limitaciones», en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pág. 1.065 y sigs.

108 Así, dicen CASAS y SOL (CASAS VALLÉS, R. y SOL MUNTAÑOLA, M., «Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo...», cit., págs. 127 y sigs.): Para ello sería precisa una expresa cesión o bien que el retratado fuese, al propio tiempo, comitente, en cuyo caso podría servirse de la fotografía en la medida necesaria para los fines previstos en el encargo. El efigiado violaría la propiedad intelectual del fotógrafo si pretendiese explotar el retrato más allá de esos límites. Podrá destinarlo a su uso personal (p. ej., exhibirlo en su casa) o al que las partes contemplaron al tiempo del encargo (p. ej., incluirlo como ilustración en una biografía). Podrá asimismo –si es propietario– exponerlo públicamente (art. 56.2 LPI) y hacer uso del derecho de copia privada (art. 31.2 LPI). Pero nada más. El retratado puede consentir que se utilice su imagen, pero no disponer de derechos que –como los de explotación– tienen otro titular. Una cosa es el derecho de veto y otra el de reproducción. Si, en el caso resuelto por la sentencia, hubiese sido la retratada quien facilitó la fotografía para la portada, la editorial, al servirse de ella, no habría violado el derecho a la imagen, pero sí la propiedad intelectual del fotógrafo, siempre que éste no hubiera dado también su consentimiento. modalidades de explotación de la obra.

109 CASAS VALLÉS, R. y SOL MUNTAÑOLA, M., «Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo...», cit., págs. 131 y sigs.

- 1.<sup>a</sup> El derecho a la propia imagen no impide el nacimiento y adquisición de los derechos propios de la propiedad intelectual, ni éstos limitan en absoluto el derecho a la propia imagen, sino en los términos del consentimiento de su titular y de las excepciones legalmente previstas.
- 2.<sup>a</sup> Sin embargo, el derecho a la propia imagen condiciona y modaliza el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente el de explotación y comercialización de la obra.
- 3.<sup>a</sup> La obra por encargo en que aparece la imagen no atribuye al comitente derechos de explotación, aunque sí las facultades necesarias para los fines contemplados en el encargo<sup>110</sup>.
- 4.<sup>a</sup> El autor es el titular de los derechos de explotación de la obra, como deriva nítidamente de la Ley de Propiedad Intelectual, pero precisa el consentimiento del titular de la imagen para cualquier tipo de uso o utilización que haga de ésta.
- 5.<sup>a</sup> Como titular de los derechos de propiedad intelectual, el autor los podrá ceder y transmitir por el título y causa que estime conveniente, pero dicha transmisión no afecta a los derechos sobre la propia imagen del titular de la misma. Si hubiere consentimiento para su uso y explotación, también podrán ser cedidos salvo cláusula apórita concreta en contrario, pero precisarán un acto distinto al de cesión de los derechos de propiedad intelectual. Con otras palabras, la cesión de éstos no significa la cesión de la facultad de explotación del derecho a la imagen
- 6.<sup>a</sup> Si el autor de la obra realiza una contraprestación a favor del sujeto cuya imagen se capta y reproduce, es decir, si la intromisión además de legítima es onerosa, puede entenderse que el sujeto presta tácitamente consentimiento, si no para la explotación indiscriminada de la imagen, sí al menos para aquellos actos cuya realización son propios de la actividad mercantil o profesional del autor. Obviamente, salvo estipulación contraria o distinta en el contrato, y con sujeción al régimen del consentimiento y la revocación regulados en la LO 1/1982.

---

110 CASAS VALLÉS, R. y SOL MUNTAÑOLA, M, «Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo...», cit., págs. 142 y sigs.

7.<sup>a</sup> Como dicen CASAS VALLÉS y SOL<sup>111</sup>, la suerte del negativo, por sí misma, no afecta a la imagen ni a la propiedad intelectual: no por entregarlo cede el fotógrafo los derechos de explotación, ni por conservarlo está autorizado a servirse de la imagen.

## V. INFORMACIÓN, EXPRESIÓN Y PROPIA IMAGEN

### 1. La propia imagen en los juicios (propios y ajenos)

En el ámbito del proceso, tradicionalmente se distingue dos tipos de publicidad: la publicidad interna, que se configura como el derecho de las partes a acceder a todas las actuaciones judiciales y que se vincula con el derecho de defensa y tiende a evitar la indefensión; y la publicidad externa, que es la propia publicidad procesal y se vincula a determinados derechos fundamentales: el derecho a proceso público *ex art.* 24-2 C.E. y el de información libre y veraz del art. 20-1, d) C.E. A su vez, esta publicidad externa puede ser inmediata o mediata. Aquella se refiere a las personas que pueden presenciar los actos procesales; ésta es la que posibilita la información de las actuaciones judiciales a la generalidad de las personas a través de los medios de comunicación.

La publicidad de los juicios, por tanto, exige la garantía de la posibilidad de una publicidad no sólo externa, sino también mediata, y tanto de la prensa escrita como de la prensa gráfica. De este modo, una de las manifestaciones del conflicto libertad de información y derecho a la propia imagen es la imagen de los sujetos que intervienen en un proceso judicial: la imagen de las personas en los juicios. En este caso, además, se debe tomar en consideración que junto con el art. 20-1 d) C.E. se implica, como he señalado, el art. 24-2 C.E., en relación con el art. 120, en cuanto al derecho a tener un juicio público.

La cuestión se ha planteado recientemente en el Auto de 19 de marzo de 2007 del Presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria, ratificado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. En el citado Auto se establece que, en un determinado juicio, no podrán «captarse ni

---

111 CASAS VALLÉS, R. y SOL MUNTAÑOLA, M, «Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo...», cit., págs. 140 y sigs.

difundirse primeros planos del rostro del acusado, ni de los miembros del jurado, ni imágenes de cualquier elemento físico de los mismos que permita su identificación» y «tampoco de los peritos y testigos que no lo consientan expresamente». El Auto, por tanto, limita la función de los periodistas gráficos, sacrificándola parcialmente en favor del derecho a la propia imagen de los sujetos citados.

El derecho a la libertad de información y el derecho a un juicio público o a ser oído públicamente son derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional<sup>112</sup> como en el ordenamiento jurídico interno<sup>113</sup>.

Efectivamente, como ha reiterado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la información y el derecho a la información es un pilar esencial en la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho, a la vez que es fundamento de otras tantas libertades intelectuales como la de pensamiento, la de opinión o la de expresión. Igualmente, el derecho a recibir información libre y veraz es claramente un elemento clave para el libre desarrollo de la personalidad<sup>114</sup>.

---

112 Sin carácter exhaustivo, se puede citar el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la ONU, de 1948; el art. 6-1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966; o las SSTEDH 8 de diciembre de 1983 (caso Axen) y 22 de febrero de 1984 (caso Sutter). Recientemente, la cuestión del derecho a un proceso público con todas las garantías se ha planteado en la STEDH 12 de junio de 2007 (caso Colectivo Nacional de información y de oposición a la fábrica Melox-Collectif stop Melox y Mox contra Francia): el art. 6 del Convenio, dice el Tribunal, comprende el principio de igualdad de armas procesales.

113 Igualmente, sin ánimo exhaustivo, se pueden citar los arts. 20, 24 y 120 C.E.; art. 232 LOPJ; arts. 649 y 680 LECrim. En el orden procesal civil, la norma básica es el art.138 LEC/2000 el cual establece la norma que las vistas se practicarán en audiencia pública; el art.754 LEC establece que en los asuntos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores podrá excluirse la publicidad mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, cuando las circunstancias lo aconsejen y aunque no concurran los presupuestos del art. 138.

Asimismo, se debe tomar en consideración la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3, de 7 de abril de 2005, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación; Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal del menor; Ley Orgánica 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales; y Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, cuyo art. 43 establece que para la decisión de celebración a puerta cerrada, el Magistrado-Presidente, oídas las partes, decidirá lo que estime pertinente, previa consulta al Jurado.

114 En este sentido, pueden verse las SSTC 54/2004, de 15 de abril, 158/2003, de 15 de septiembre o 6/1981, 16 de marzo. Como ya he señalado, la jurisprudencia del TEDH ha calificado a los medios de comunicación social como los perros guardianes de los derechos y libertades de las personas (vid., además de las sentencias ya citadas, la STEDH 29 de marzo de 2001, caso Thomas contra Luxemburgo)

Asimismo, la publicidad del proceso se configura en nuestro sistema como un derecho fundamental, cuyas restricciones sólo se pueden basar en su colisión y consiguiente protección de otro derecho asimismo fundamental y conforme al señalado principio o juicio de ponderación casuística. Así, el art. 24-2 C.E. establece el derecho de todos a un proceso público; el art. 120-1 C.E. dice que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento; finalmente, el art. 120-3 C.E. determina que las sentencias se pronunciarán en audiencia pública.

El derecho a un juicio público, por tanto, tiene una clara naturaleza constitucional, igual que el derecho a la información, y se manifiesta como garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. De este modo, manifiesta la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3, de 7 de abril de 2005, ya citada, (en adelante, Instrucción 3/2005), que el derecho a recibir información veraz en relación con los asuntos judiciales confluye con el principio de publicidad estatuido por el principio 120-1 C.E., irradiando efectos en una doble dirección: como derecho de las partes a que el juicio se celebre ante el público y como derecho del público a contemplar cómo se administra la justicia<sup>115</sup>. La cuestión se reitera en la Recomendación, 2003, 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre informaciones en medios de comunicación sobre procedimientos penales, aprobada el 10 de julio de 2003. La citada Recomendación establece que el público debe poder recibir información sobre las actividades de las autoridades judiciales a través de los medios de comunicación, de manera que los periodistas puedan informar libremente sin más obstáculos que los señalados en la propia Recomendación, es decir, siempre que no suponga un riesgo de indebida influencia en las víctimas, en las partes, en los testigos o en los jueces.

Así, en nuestro sistema, en desarrollo de los arts. 24 y 120 C.E., el principio es el de audiencia pública, como determina el art. 138 LEC/2000. Mas el citado principio conoce las oportunas excepciones: en primer lugar, el art. 232 LOPJ permite la celebración a puerta cerrada para «la protección de los derechos y libertades»; en segundo lugar, el art. 680 LECrim sólo lo permite

---

<sup>115</sup> Instrucción número 3, de 7 de abril de 2005, sobre las relaciones del Ministerio fiscal con los medios de comunicación, apartado 1.2, en *Boletín de Información, Circulares, instrucciones y consultas de la Fiscalía General del Estado* (2005), año LX, suplemento al núm. 2008, de 1 de marzo de 2006, Madrid, 2006, pág. 175. En el mismo sentido, STC 96/1987, de 10 de julio y STEDH 26 de junio de 1984, caso Campell y Fell contra el Reino Unido.

si lo exigen «razones de moralidad o de orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia». En cualquier caso, la decisión del Tribunal se deberá consignar en Auto motivado. En el ámbito civil, el citado art. 138 LEC/2000, tras establecer que las actuaciones de prueba, las vistas y las compareencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública, permite la celebración a puerta cerrada de tales actuaciones «cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia». Pero antes de acordar la celebración a puerta cerrada de cualquier actuación, el tribunal debe oír a las partes que estuvieran presentes en el acto. La resolución adopta la forma de auto y contra ella no se admite recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva. Finalmente, el art. 754 LEC/2000 determina que en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley.

Las SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, refuerzan la posición favorable a la admisión de la prensa gráfica o, en general, audiovisual, en los juicios. Las audiencias públicas, dice la citada sentencia, son una fuente pública de información y dar noticia de las mismas conforma el derecho de los periodistas a comunicar información, tanto escrita como a través de los medios técnicos de captación óptica y difusión visual. La garantía constitucional del art. 20-1 d) C.E. se extiende a cualquier medio de comunicación y de difusión.

Por tanto, el juicio o las sesiones del juicio a puerta cerrada son una excepción en nuestro sistema, salvo la previsión expresa del art. 754 LEC/2000.

Igualmente, el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece límites al acceso a las salas de audiencia, «en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrá-

tica, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o, en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

El conflicto de derechos, pues, es claro: por un lado, el derecho a un juicio público y el derecho a la información y, por el otro, los derechos y libertades también fundamentales que el ejercicio de aquéllos derechos puede vulnerar y, señaladamente, el derecho a la propia imagen. Obviamente, la cuestión ha llegado al Tribunal Constitucional, el cual se ha pronunciado, manteniendo la misma doctrina, en las SSTC 56/2004, 57/2004 y 159/2005.

En la STC 56/2004, el Tribunal establece que

«... ha de entenderse que este régimen de prohibición general con reserva de autorización es incompatible con la normativa reguladora del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información actualmente vigente, que establece, conforme a lo que ya se ha expuesto, precisamente, una habilitación general con reserva de prohibición. A la ley está reservada la regulación de las excepciones a la publicidad... que son, al mismo tiempo, para las actuaciones que se pueden celebrar en régimen de audiencia pública, límites de la libertad de información. Mientras el legislador, de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación, no limite con carácter general esta forma de ejercicio de la libertad de información, su prohibición o limitación en cada caso forman parte de la competencia que la LOPJ y las distintas leyes procesales atribuyen a los Jueces y Tribunales para decidir sobre la limitación o exclusión de la publicidad de los juicios, competencia esta que ha de ser también ejercida conforme al principio de proporcionalidad. En este sentido, podría, por ejemplo, admitirse la utilización de estos medios de captación y difusión de imágenes sólo antes, después y en las pausas de un juicio oral, según las circunstancias del caso; o aplicarse la solución que se conoce como pool; o imponerse la obligación de tratar a posteriori las imágenes obtenidas para digitalizar determinados ámbitos de las mismas, de forma tal que no sean reconocibles determinados rostros, etc.»<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> En el mismo sentido, la STC 57/2004. El Acuerdo de 25 de septiembre de 1995 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo modificó las «Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo» y dio una nueva redacción a la norma sexta relativa al «acceso al Palacio de los medios

Por tanto, se asienta el principio de audiencia pública y libre ejercicio del derecho a la información: la norma básica es el libre acceso de todos los profesionales, incluso los periodistas gráficos. Este principio sólo puede ser limitado por el tribunal determinado mediante resolución razonada y tras valorar en cada caso concreto el conflicto de derechos y la necesidad de protección de éstos. Por tanto, la limitación o prohibición sólo puede hacerse de forma expresa, por el propio órgano judicial, en cada caso concreto y ponderando los derechos fundamentales que pudieran ser vulnerados y la trascendencia pública de la información (que en el proceso penal se debe presumir).

Esta doctrina es, en definitiva, la que se reitera en las posteriores SSTC 57/2004 (que resuelve el recurso de amparo interpuesto por los periodistas contra los mismos Acuerdos y sentencias) y 159/2005.

La cuestión la ha planteado recientemente NAVARRO MARCHANTE, el cual traza el conflicto de los derechos afectados en las grabaciones y transmisiones audiovisuales de los juicios y, en concreto, la captación de la imagen y/o de la voz de los sujetos que intervienen en el juicio, además de la posible vulneración de su honor o de su intimidad<sup>117</sup>.

La cuestión, pues, se centra en la grabación, en ejercicio del derecho a la información libre y veraz, de la imagen de las personas que intervienen las vistas orales de los juicios. Así, se excluye claramente la captación de la

---

de comunicación social». El apartado tercero de dicha norma, tras la nueva redacción, disponía: «No se permitirá el acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palacio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y otros actos gubernativos solemnes».

La Comisión Permanente de la Asociación de Escritores y Periodistas Independientes y algunos periodistas presentaron, contra el citado Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, los oportunos recursos administrativos ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Mediante Acuerdo de 7 de febrero de 1996, el Pleno del Consejo General resolvió el recurso estimándolo parcialmente con base en la falta de competencia de la Sala de Gobierno pero no por la vulneración del derecho a la información («...en la medida en que tal cláusula no respeta las facultades jurisdiccionales de las Salas para autorizar en cada caso el acceso de medios audiovisuales a las vistas, quedando vigente en el aspecto gubernativo que afecta al régimen general de acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo»).

Los recurrentes impugnaron el citado Acuerdo interponiendo sendos recursos contencioso-administrativos que el Tribunal Supremo desestimó en STS, 3ª, 9 de julio de 1999. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho a la información, resuelto por SSTC 56/2004 y 57/2004.

117 NAVARRO MARCHANTE, VICENTE J., «Las imágenes de los juicios: aproximación a la realidad en España», en InDret 3/2007, págs. 1 y sigs.



imagen de tales personas por particulares o, en cualquier caso, la captación de imágenes que no supongan ejercicio del derecho a la información pues tal conducta supondría una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, salvo consentimiento expreso de los sujetos o que concurra alguna circunstancia que excluya el carácter ilegítimo de la intromisión.

NAVARRO MARCHANTE analiza el conflicto de derechos (información gráfica-imagen), resuelto en principio a favor del derecho a la información, con cada uno de los sujetos que interviene en el proceso (en su caso penal, por ser subjetivamente más complejo que el civil)<sup>118</sup>. En cualquier caso, aquí se parte inexorablemente de la L. O. 1/1982, cuyo art. 7 contiene un elenco de conductas que se califican como intromisiones ilegítimas y cuyo art. 8-1 establece que, con carácter general, no se reputarán intromisiones ilegítimas las autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Igualmente, el art. 8-2, a) determina que, en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Mas en cualquier caso, se debe tomar en consideración que razones fundadas de seguridad pueden exigir el anonimato del sujeto, de manera que las excepciones contempladas en el art. 8-2 a) y b) de la L. O. 1/1982 no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

#### A) *Los acusados*

Según la Instrucción de la Fiscalía 3/2005, su asistencia al juicio es una carga procesal y deben ponderarse los intereses concurrentes, de manera que en ocasiones ha de ceder el derecho a la propia imagen frente al derecho a la información». En la ponderación se debe tomar en consideración si el acusado es un personaje de relevancia pública, en conexión con la naturaleza de los hechos imputados, pues el derecho a la propia imagen no se protege con

---

<sup>118</sup> NAVARRO MARCHANTE, VICENTE J., «Las imágenes de los juicios: aproximación a la realidad en España»..., cit., págs. 15 y sigs.

la misma intensidad a una persona pública que a una persona privada, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. Por tanto, el Ministerio Fiscal se inclina por aplicar los criterios generales sobre la colisión entre el derecho a la información y el derecho a la imagen: no hay vulneración ilegítima del derecho a la imagen del acusado si la información es de interés público, de interés general para la formación de la opinión pública libre, es decir cuando se refiere a una persona pública o se trata de una información de interés general por su contenido. A contrario, se debe entender, como indica la Instrucción de la Fiscalía, que «en los procesos que en sí mismos no tengan interés noticiable relevante imponer al acusado la obligación de ser grabado supondría una intolerable pena adicional»<sup>119</sup>.

#### B) *Los abogados y procuradores*

La citada Instrucción 3/2005 de la Fiscalía los equipara a los funcionarios, pues son personas que ejercen profesión de proyección pública, aunque se trate de particulares. Nos hallaríamos en el supuesto previsto en el art. 8-2 a) L. O. 1/1982, que excluye el carácter ilegítimo de la intromisión si la imagen es captada, reproducida o publicada por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

#### C) *Los funcionarios*

Al igual que los anteriores, el derecho a la imagen de los funcionarios no impide su captación, reproducción y publicación en el citado supuesto del art. 8-2 a) LO 1/1982. Dada la regla general de la publicidad, los funcionarios que intervengan en la vista no pueden alegar el derecho a la propia imagen para oponerse a figurar en la retransmisión<sup>120</sup>. El citado artículo alcanza

---

119 Vid., GUTIÉRREZ SANZ, M<sup>a</sup>. R., «Denuncia sobre vulneración del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen al utilizar grabación de imagen y voz del acusado sin autorización judicial previa (TS 2<sup>a</sup>, S 977/1999, de 17 de junio)», *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, n.º. 5, 2000, págs. 637 y sigs.

120 En este sentido, el apartado VIII Instrucción de la Fiscalía 3/2005. En la doctrina, vid., ALIAGA CASANOVA, A. C., «La prensa, los secretarios judiciales y los gabinetes de comunicación», en *Noticias Jurídicas Bosch*, enero, 2007, pág. 7; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Audiencia públicas y cobertura informativa», en *Poder Judicial*, número especial XVII, Madrid, 1999, pág. 278.

a Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, médicos forenses y peritos que ostenten la cualidad de funcionarios.

*D) Los testigos y los peritos particulares*

Si no ostentan la condición de funcionarios ni cargo público, los peritos y testigos son personas particulares que mantienen incólume su derecho a la propia imagen. De este modo, cualquier intromisión en su derecho a la imagen será ilegítima, salvo que hayan consentido expresamente (art. 2-2 L. O. 1/1982) o que en la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público la imagen del testigo o perito particular aparezca como meramente accesorio, en los términos del art. 8-2, c) L. O. 1/1982. Además, habrá que tomar en consideración las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales para preservar sus datos personales, así como la prohibición de toma de imágenes por cualquier procedimiento, conforme establece la L. O. 19/1994.

Según O'CALLAGHAN, el derecho a la imagen de dichos sujetos también implica en tales casos que no se proporcione ni los nombres ni los datos ni se permita obtener y divulgar su fotografía<sup>121</sup>.

*E) Los miembros del jurado*

Como señalan GÓMEZ BERMÚDEZ y BENI UZÁBAL, «la coincidencia de los magistrados es total y no se permite en ningún caso la captación de las imágenes de éstos (por lo que se) inhabilita todo un ala de la sala para tomar señal»<sup>122</sup>. En este caso, dice NAVARRO MARCHANTE, parece más justificado que en ningún otro la prohibición de captación de la imagen: se trata de ciudadanos particulares (bajo la protección de la LO 1/1982 como tales particulares), no profesionales, que actúan cumpliendo una prestación personal obligatoria, que no tienen porqué estar acostumbrados a soportar notoriedad pú-

---

121 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Audiencia públicas y cobertura informativa»..., cit., pág. 279. En contra se ha manifestado SÁNCHEZ DE DIEGO, el cual entiende que «el interés informativo de la noticia, sobre todo si trata de un testimonio relevante, puede de alguna forma prevalecer sobre el derecho a la intimidad y a la propia imagen del testigo o perito». Vid., SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., «El secreto judicial», en *Derecho de la Información*, Barcelona, 2003, pág. 387.

122 GÓMEZ BERMÚDEZ, J., y BENI UZÁBAL, E., *Levantando el velo. Manual de Periodismo Judicial*, Madrid, 2006, pág. 269.

blica y que pueden verse inmersos en asuntos que también pueden afectar su seguridad personal<sup>123</sup>.

#### F) *El público asistente*

Como señala O'CALLAGHAN «el proceso, regido por el principio de publicidad, es un suceso o acaecimiento público y...la imagen de alguien del público es meramente accesoria en el contexto del proceso»<sup>124</sup>. Nos hallamos, pues, en el supuesto del art. 8-2 c) L. O. 1/1982, y el derecho a la propia imagen de las personas asistentes no puede impedir las tomas que las cámaras puedan hacer del público asistente para ilustrar y contextualizar la noticia, pues en tales casos la imagen es meramente accesoria, mientras que el proceso, que se rige por el principio de seguridad, es un suceso o acaecimiento público.

#### G) *El condenado*

Respecto del derecho de los presos<sup>125</sup>, dice GILI SALDAÑA que existe un cierto consenso en la jurisprudencia en que dichas personas, a pesar de ostentar tal condición, conservan el derecho a que se respete su honor, intimidad y propia imagen<sup>126</sup>. Así, entre los casos más recientes, cabe destacar la STS 7 de julio de 2004. Según el TS, «*aunque se trate de un personaje público y en cierto sentido notorio por sus actuaciones políticas profesionales y privadas que fueron enjuiciadas como delictivas y se encuentre privado de libertad, ello no anula por completo la parcela privada de su intimidad personal y familiar que garantiza el artículo 18 de la Constitución a todas las personas de modo general (...)*»<sup>127</sup>.

---

123 NAVARRO MARCHANTE, VICENTE J., «Las imágenes de los juicios: aproximación a la realidad en España»..., cit., pág. 20.

124 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Audiencia públicas y cobertura informativa»..., cit., pág. 279.

125 En general, acerca de las limitaciones penitenciarias de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la intimidad personal de los presos, vid. STC 89/2006, de 27 de marzo, la cual exige reserva de ley y su sometimiento, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

126 GILI SALDAÑA, M<sup>a</sup> À., «Publicación de la fotografía de un recluso...», cit., InDret 1/2005, pág. 5.

127 En la sentencia se resuelven los siguientes hechos: el programa «Hora 25» de la «Cadena Ser» divulgó lo siguiente: Un preso encarcelado desde hace meses ha pedido a la dirección del

Igualmente, cabe citar la STS 8 de julio de 2004 donde se enjuicia si se vulnera, entre otros, el derecho a la imagen de una persona reclusa por la publicación de su fotografía mientras comía un bocadillo en la cárcel. La sentencia ha sido comentada, entre otros, por GILI SALDAÑA, la cual dice que la fotografía cuestionada era una fotografía «robada», por lo que «El País» carecía del consentimiento del sujeto para su publicación. No obstante lo anterior, ello no eliminaría el indudable interés público del ingreso en prisión de un conocido personaje público tras haber sido acusado de cometer varios delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad. Por ello, el caso analizado constituiría una clara excepción a la regla general que exige el consentimiento. Así, tampoco es de extrañar, dice la citada autora, la solución a la que llega el Tribunal Supremo, sobre todo si se tiene en cuenta la repercusión social que tuvo la noticia en su momento: entraría dentro de toda lógica la desestimación de la demanda presentada por un conocido y adinerado preso contra «El País» por presunta vulneración de su derecho a la propia imagen, tras conocerse las acusaciones por delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad. Más aún si se tiene en cuenta la posterior condena de 5 años y medio de prisión que recayó sobre el financiero catalán por los delitos de apropiación indebida y falsedad relativos a la operación «Wardbase»<sup>128</sup>.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Murray contra Reino Unido, STEDH 28 de octubre de 1994, ha estimado que la toma de fotografía de una persona detenida en un centro militar constituye una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

En definitiva, el condenado y preso también conserva su derecho a la propia imagen, la cual sólo se podrá captar, reproducir y publicar con su con-

---

centro en que se encuentra que le permitan mantener un vis a vis. No con el objetivo que pudiéramos pensar, sino con otro bien distinto: quiere congelar su semen. ¿Saben quién es el preso? Pues es Luis María. Esta noticia radiofónica fue publicada, asimismo, por «Canal Plus», «El País» y «Diario 16». Luis María demandó a la «Sociedad Española Radiodifusión» (Cadena Ser), Narciso, Jesús Carlos, Fermín, «Diario El País, S.A.», «Sociedad de Televisión Canal Plus España», Arturo, «Información y Prensa, S.A.» y el Ministerio Fiscal. Si bien el JPI nº 49 de Madrid (16.5.1997) desestimó la demanda, tanto la AP de Madrid (Sec. 13ª, 26.1.2000) como el TS la estimaron en parte, tras declarar la primacía del derecho a la intimidad, dada la inexistencia de una relación directa entre la conducta sancionada en la vía penal y la noticia publicada. Vid. GILI SALDAÑA, Mª Á., «Publicación de la fotografía de un recluso...», cit., *InDret* 1/2005.

128 GILI SALDAÑA, Mª Á., «Publicación de la fotografía de un recluso...», cit., *InDret* 1/2005, págs. 7 y 8.

sentimiento expreso o cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el art. 8 L. O. 1/1982 y, en concreto, cuando se trate de un asunto de interés público o general o se trate de persona que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

### *G) Los menores*

Cuando se trata de menores, las medidas protectoras del derecho a la propia imagen de los mismos tienen su máximo alcance. En este caso, las limitaciones al derecho a la información son radicales, como manifiesta la previsión del art. 20-4 C.E., que coloca la protección de la juventud y la infancia como límite específico al derecho a la información. Igualmente, en el ámbito internacional se debe señalar las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la justicia a menores<sup>129</sup>, así como el art. 14-1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 o el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

En la jurisprudencia, cabe destacar la STEDH, caso niños de Liverpool contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999, donde se condena al Reino Unido por permitir el proceso público de unos menores situados en un lugar de la sala de justicia visible por un público adverso y por los medios de comunicación. En nuestro país, puede verse la STC 36/1991, de 14 de febrero, que en el juicio de ponderación, optó por limitar el derecho a la información en un proceso de menores.

Por último, se debe tomar en consideración la regulación que establece la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, la cual contiene claras restricciones para los medios de comunicación. Así, el art. 35-2 permite claramente la exclusión del principio de publicidad o consiguiente limitación o restricción del derecho a la información y prohíbe expresamente que los medios de comunicación capten y/o difundan imágenes del menor o propaguen datos que permitan su identificación.

Por tanto, en cualquier caso, como señala la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado, se debe salvaguardar la identidad del menor y

---

<sup>129</sup> Resolución 40/33, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985.

debe quedar excluida «la publicidad externa mediata del acto de la audiencia mediante la grabación de audio o video»<sup>130</sup>. En tales casos, el derecho a la información (gráfica) cede a favor de la necesidad de proteger el interés del menor<sup>131</sup>.

## 2. Caricaturas, parodias y fotomontajes

El derecho a la propia imagen alcanza a la representación exterior de la persona, como decía GITRAMA, en sus rasgos fundamentales, siempre que el efígrado sea reconocible. De este modo, añadía el citado autor, el derecho a la imagen abarca la caricatura, que implica una imagen de la persona caricaturizada<sup>132</sup>.

El apartado b) del citado art. 8-2 determina que el derecho a la propia imagen no impedirá la utilización de la caricatura de dichas personas, es decir, de las personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, de acuerdo con el uso social.

Aquí parece claro que el conflicto se manifiesta entre el derecho a la propia imagen y la libertad expresión, una de cuyas manifestaciones gráficas más conspicuas es precisamente la caricatura: la norma no permite la caricatura de personas sin proyección pública, sino exclusivamente de aquellas personas en que sí concurra esta condición pública. Por eso, ha señalado la doctrina que no puede perderse de vista que la autorización legal para usar la caricatura se fundamenta en la libertad de expresión, derecho fundamental que, como observa la STS 9 de julio de 2004, «posibilita, tanto la crítica política y social como el desarrollo de la personalidad, jugando un papel fundamental en la formación de la opinión pública, entendida como la suma de los plurales y diversos puntos de vista que existen y se exteriorizan en una so-

---

130 Así, dice la citada Instrucción 3/2005 que la difusión a través de los medios de comunicación de la imagen o identidad del menor infractor trae consigo el riesgo cierto del etiquetaje del mismo como delincuente, con los devastadores efectos derivados de la estigmatización y con la correlativa puesta en peligro del objetivo de la reinserción. Instrucción..., cit., pág. 191. Igualmente, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, sobre criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, declara la obligación del Fiscal de convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor.

131 Vid. también la Instrucción 1/2007, de 15 de enero de la Fiscalía General del Estado, comentada por ALBERT PÉREZ, S., «Actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores», *Sepin Familia*, nº. 66, mayo, 2007, págs. 30 y sigs

132 GITRAMA, M., «Imagen»..., cit. pág. 305.

ciudad sobre cualquier tema». Igualmente, es preciso que la cuestión trate sobre un tema de interés general, como reitera la STEDH de 17 de diciembre de 2004 (Asunto Cumpana y Mazare contra Rumanía)<sup>133</sup>.

De entrada, se debe señalar que la caricatura se limita a las personas que ejerzan cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública. Por tanto, el resto de personas conservan incólume su derecho a la imagen, la cual puede ser vulnerada no sólo a través de fotografía, vídeo, retrato, dibujo o pintura, sino también mediante la caricatura. Obviamente, por las razones que expusimos, el sujeto debe ser reconocible en la caricatura.

Igualmente, la norma circunscribe la utilización de la caricatura no sólo a los personajes públicos, sino «de acuerdo con el uso social», con lo que la norma introduce un criterio relativo de difícil determinación, pero que posiblemente permite incluir entre las caricaturas, las marionetas, los muñecotes e incluso *els ninots*.

Finalmente, también se debe señalar que la caricatura, como manifestación jocosa o humorística de la libertad de expresión conoce unos límites más amplios de la pura libertad de expresión (si cabe hacer esta distinción, pues si es libertad de expresión contribuirá a determinar tales límites). Mas esta mayor amplitud de límites no significa que no los tenga y, en concreto y por la propia naturaleza y finalidad sarcástica o mordaz de la caricatura, dicho ejercicio de la libertad de expresión puede transformarse en una clara vulneración del derecho al honor o a la intimidad, sin infringir, sin embargo, el derecho a la propia imagen (siempre que se haya realizado de acuerdo con el uso social). Así, la STS 17 de mayo de 1990 declaró que el humor gráfico debe ser objeto de mayor permisividad y la STS 14 de abril de 2000 señaló que «por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o, dicho de otra forma, el

---

<sup>133</sup> El interés general de la información, incluida la gráfica y las caricaturas, es una constante en las SSTEDH cuando hay colisión entre libertad de información y los derechos reconocido en el art. 8 del Convenio (entre ellos, indirectamente, el derecho a la propia imagen): Si bien la prensa no debe traspasar ciertos límites, referentes concretamente a la protección de la reputación y a los derechos de los demás, le corresponde, sin embargo, comunicar dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre las cuestiones políticas y otros temas de interés general. Además de las citadas, vid., STEDH, de 24 de febrero de 1997 (caso De Haes y Gijssels contra Bélgica).



acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así lo demuestra normativamente el propio art. 8.2 b) al exigir que la utilización de la caricatura se adecue al uso social; y así lo demuestra, también, la doctrina del Tribunal Constitucional al apreciar intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o cómic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado *animus iocandi* se utiliza precisamente como instrumento del escarnio.

De este modo, por ejemplo, la caricatura de un sujeto cuyos bolsillos se hallan desbordados por billetes de banco en sí misma no vulneraría *per sé* el derecho a la propia imagen ni el derecho al honor; pero sí lo haría, sin embargo, el comentario apuesto al pie de la misma que dijera «no robo más porque me faltan bolsillos» o «debí comprar un traje con más bolsillos».

Finalmente, cabe también destacar que la legitimación de la caricatura como manifestación de libertad de expresión, pues en otro caso, precisaría el consentimiento del titular de la imagen o la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 8-1 LO 1/1982, repudia cualquier manifestación crematística o explotación comercial de la misma. Claramente lo dice DE VERDA: no legitima el uso de la caricatura cuando su utilización responde a un interés esencialmente crematístico, centrado en la explotación mercantil de la notoriedad de un personaje público<sup>134</sup>. Por tanto, si la caricatura no es manifestación inequívoca del ejercicio de la libertad de expresión, la intromisión en la imagen ajena carece de legitimación.

A raíz de la reciente STS 7 de marzo de 2006<sup>135</sup>, se ha cuestionado qué se debe entender por caricatura. Los hechos fueron los siguientes:

En el semanario «Noticias del Mundo», correspondiente al día 1 de mayo de 1995, apareció en la portada, en un recuadro de la parte superior derecha, la fotografía de la actora con el texto «La doble de Chabeli se desnuda». En la página tercera ocupando prácticamente toda la plana aparecía un reportaje con el titular, en letras de gran tamaño: «LA DOBLE DE CHABELI SE DESNUDA», «GRAN EXCLUSIVA». Debajo, había una composición fotográfica conjugando perfectamente la cabeza de la actora y el cuerpo desnudo de una mujer has-

---

134 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz...», cit., pág. 4.

135 Comentada por DE VERDA Y BELMONTE, J. R., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º. 74, mayo-agosto 2007, págs. 629 y sigs.

ta la parte superior de los muslos, cubierta con solo un taparrabos y exhibiendo unos pechos protuberantes. Debajo de esta fotografía hay otro recuadro en forma de cupón recortable, con la Leyenda: «Usted decide: Ponga una X donde considere: Creo que los pechos de la autentica Paloma no pueden ser tan bonitos como los de su doble, Emilia.– Creo que los pechos de Paloma deben ser mas bonitos que los de su doble». Junto a cada una de las opciones hay un cuadrito en blanco para marcar la opción, y todo el recuadro está enmarcado con una línea de puntos con el símbolo de una tijera en un lado, y la Leyenda: «Recorte por la línea de puntos y envíelo a Noticias del Mundo...».

El Tribunal parte del concepto de caricatura que ofrece el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española y dice que, en principio, es «dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguna persona». Mas en la actualidad dicha definición resulta insuficiente por cuanto excluiría las composiciones o montajes fotográficos tendentes también a deformar las facciones y el aspecto físico de las personas, a través de la fotografía digital o de determinados programas informáticos. Por tanto, en principio, no son descartables en absoluto las caricaturas realizadas mediante composiciones fotográficas.

Así, FERRARA (L.) define la caricatura como una reproducción figurativa del aspecto humano, donde sobresale la exageración humorística de los rasgos de la persona representada<sup>136</sup>. Pero la definición más completa es, sin duda, la ofrecida por el Prof. DE VERDA, según el cual, la caricatura «es una representación gráfica, no necesariamente un dibujo, o, en general, artística, en la que de modo exagerado se deforma la imagen de una persona en clave humorística y con carácter crítico, en uso de la libertad de expresión reconocida en el art. 20-1 a) C.E.»<sup>137</sup>. Por tanto, si no hay reproducción deformada o desfigurada de la figura humana, no hay caricatura.

Esta circunstancia fue la *ratio decidendi* de la citada STS 7 de marzo de 2006 para entender que, en el caso, no había caricatura: no el hecho de que se tratara de un fotomontaje o una fotocomposición<sup>138</sup>, sino el hecho de

---

136 FERRARA, L., *Il diritto sulla propria immagine*, Roma, 1942, pág. 355

137 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)», en *La Ley*, 11 de julio de 2007, págs. 1 y sigs.

138 La propia sentencia lo dice expresamente: «Aceptado, pues, que una caricatura puede consistir en un fotomontaje o composición fotográfica».

que no había deformación de la figura humana, que el acoplamiento entre cabeza y resto del cuerpo era tan completo que parecían pertenecer (busto y bustos) a un mismo cuerpo. Así, a la pregunta acerca de si se trataba de una caricatura el Tribunal da una respuesta negativa:

porque en el fotomontaje publicado el rostro era el de la demandante sin deformación alguna, es decir, sus facciones, el elemento por el que más identificable es una persona, y el cuerpo semidesnudo era el de otra mujer, por ende tampoco deformado ni ridiculizado sino, lejos de ello, conjuntado con el rostro de la demandante de un modo tan perfecto que los dos elementos de la composición parecían pertenecer a una misma persona.

Además, tampoco se hace respetando el uso social porque el fotomontaje publicado no es más que una manipulación de la imagen de una persona conocida para excitar la curiosidad malsana de los potenciales lectores de la revista, puesto que se aprovechaba el rostro de aquélla para, en definitiva, ofrecerla públicamente de un modo habitualmente preservado por la demandante a la curiosidad ajena; en suma, de un modo que no está de acuerdo con el uso social (art. 8.2.b., y también art. 2.1, ambos de la LO 1/82).



# **LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y LA DEFENSA DE LA MEMORIA DEL FALLECIDO**

JOSÉ JAVIER HUALDE SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/EHU

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: 1. La justificación del tema. 2. Su regulación en la L.O. 1/82. 3. Las repercusiones de la STC 231/1998, de 2 de diciembre. 4. Las sentencias del Tribunal Constitucional 43/2004, de 23 de marzo y 51/2008, de 14 de abril. II. LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES: 1. Naturaleza o fundamento de la legitimación. 2. Los legitimados para el ejercicio de las acciones: 2.1 La persona designada en testamento. 2.2. El cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos. 2.3. El Ministerio Fiscal. III. LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LOS DERECHO DE LA PERSONALIDAD: 1. Introducción. 2. El ejercicio de las acciones no interpuestas por el titular del derecho lesionado. 3. Continuación de las acciones interpuestas por el titular del derecho lesionado. 4. La indemnización y su destino. IV. LA DEFENSA DE LA MEMORIA DEL FALLECIDO: 1. Los medios de tutela de la memoria. 2. La indemnización y sus destinatarios.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. La justificación del tema

Pasados más de veinticinco años de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contamos ya con una amplísima bibliografía y una muy numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que dejan poco margen al tratamiento novedoso de algún tema relacionado con ella. Sin embargo, creo que una Ponencia dirigida, fundamentalmente, a los miembros de la Asociación de Profesores de Derecho Civil ha de procurar intentarlo, porque me parece que el encargo y la ocasión merecen un tema sobre el que aún se puedan suscitarse nuevas reflexiones. Esa es la razón por la que, como se me ha concedido total libertad para la elección, he optado por el estudio del tratamiento que en la L.O. 1/82 se da a la protección de los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona, que en nuestro derecho tiene una regulación original con respecto a los ordenamientos de nuestro entorno y sobre el que la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, sentada en sus sentencias 43/2004, de 23 de marzo y 51/2008, de 14 de abril, invita a repensar.

### 2. Su regulación en la L.O. 1/82

Como es conocido, los arts. 4, 5, 6 y 9.4 de la L.O. 1/82, regulan lo que en su Exposición de Motivos (*párrafo noveno*) se identifica como «el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado» y «las consecuencias del mismo en orden a la protección de estos derechos» que, añade, «se determinan según el momento en que la lesión se produjo». Siguiendo la prioridad marcada en esta Exposición de Motivos («Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho...»), se comienza por la regulación del ejercicio de las acciones en orden a la tutela de la memoria de la persona fallecida. De este modo, en el art. 4<sup>1</sup>, se enumera a quienes están legitimados para recabarla (la persona

---

<sup>1</sup> Art. 4 1. *El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta a tal efecto haya designado en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.*

física o jurídica designada por ésta en su testamento, en su defecto, su cónyuge, sus descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo de su fallecimiento, y, a falta de todos ellos, el Ministerio Fiscal). En cualquier caso, la tutela de la memoria está limitada temporalmente, pues se extingue en el momento en que muera la última de las personas legitimadas o a los ochenta años desde el fallecimiento de la persona cuya memoria se tutela, si la legitimación corresponde a una persona jurídica designada en testamento o al Ministerio Fiscal. La posible existencia de una pluralidad de legitimados se regula en el art.5<sup>2</sup>, y se establece que la legitimación corresponderá a cualquiera de los designados cuando por voluntad del fallecido sean varios y cuando, en ausencia de designación voluntaria, la pluralidad de legitimados resulte de la determinación legal.

En segundo lugar, siguiendo siempre el orden marcado por la Exposición de Motivos, se ocupa la Ley de la incidencia de la muerte de la persona respecto de las intromisiones padecidas en vida, diferenciando dos posibles situaciones: a) que el fallecido no hubiera ejercitado las acciones reconocidas en la Ley, supuesto en el que éstas subsistirán si no pudo (si pudo hacerlo y no lo hizo puede presumirse «que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones a sus derechos no merecieron esa consideración para el perjudicado») ejercitarlas personalmente o, en su caso, por su representante legal; y, b) que el fallecido ya hubiera ejercitado la acción correspondiente, en cuyo caso la acción ya entablada sí será transmisible «porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización». Pero es de observar que, en ambos supuestos, nada se explica sobre quiénes serían los legitimados para ejercitar las acciones y, en el segundo a quién se transmitirá la acción. En consonancia con esta *postura* de la Exposición de Motivos, estas

---

*2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.*

*3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones e protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.*

*2 Art. 5 1. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.*

*2. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.*

cuestiones se resuelven en el texto articulado mediante una mera remisión, en el art. 6<sup>3</sup>, al régimen de la legitimación para la defensa de la memoria de la persona fallecida.

La regulación de estos supuestos se completa con el art. 9.4<sup>4</sup>, que dispone acerca de la indemnización: a) la que se conceda por el daño moral cuando se lesione la memoria del fallecido, tiene como destinatarios a los parientes legitimados para su defensa (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos) y, en su defecto, a sus causahabientes (quienes sean éstos habrá que interpretarlo), a cada uno en la proporción en que en la sentencia se estime que han sido *afectados*; b) cuando se lesionan los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen en vida de la persona pero le sobreviene la muerte después de entablada la acción o sin haber podido ejercitarla, la indemnización que se conceda para reparar el daño se considera comprendida en la herencia de la persona cuyo derecho resultó lesionado.

En definitiva, unidos por la legitimación, se regulan supuestos de hecho que, aunque tienen en común la muerte del titular de los derechos, son estructuralmente diferentes. Porque una cosa es atender a los supuestos en los que la muerte sobrevenga al titular del derecho de la personalidad sin que haya concluido el procedimiento iniciado por el interesado o sin haber podido ejercitar la acción de reparación de su derecho lesionado en vida y, otra, sustancialmente distinta, considerar que ha de salvaguardarse la memoria o la buena reputación de las personas ya fallecidas y, para ello, organizar su defensa<sup>5</sup>.

---

3 Art. 6 1. *Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4.*

2. *Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.*

4 Art. 9.4 *El importe de la indemnización por el daño moral en el caso el artículo 4, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2 y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.*

5 Probablemente el origen de esta regulación haya de buscarse en la traslación a la protección civil de los derechos de la personalidad de la protección penal de las ofensas contra el honor de los difuntos, contenida en la legislación penal vigente en el momento de la redacción de la L.O.1/82. En efecto, el art. 466 del CP de 1944, permitía ejecutar la acción de calumnia e injuria a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia trascendiere a ellos y, en todo caso, al heredero. La mayoría de la doctrina penalista entendió que los difuntos no podían ser sujetos pasivos del delito e interpretando la utilización de la



Sin duda alguna esta opción del legislador plantea diversos problemas, como el de que en todos los supuestos no necesariamente han de coincidir las personas legitimadas para el ejercicio de la acción con los destinatarios de la indemnización y el de la posible concurrencia en su ejercicio de varios de los legitimados. Problemas que se ven agravados por la falta de coordinación de esta regulación con la legislación procesal, como quedará de manifiesto a lo largo de su tratamiento en este trabajo. No obstante, su aspecto más trascendente se refiere al reconocimiento de protección de los derechos de la personalidad, después del fallecimiento de la persona titular de los mismos, en definitiva a una supervivencia de la personalidad del fallecido, entendida ésta como bien jurídicamente relevante y digno de tutela más allá de la muerte de la persona y cuya defensa se confía a determinadas personas. Es en este aspecto en el que se puede predicar la originalidad, antes señalada, de nuestra legislación, pues en el derecho comparado, independientemente de que desde el siglo pasado esta solución fuera sostenida doctrinalmente, como no existe base normativa semejante en la que sustentarla, la afirmación común es que al fallecimiento de la persona se extinguen los derechos de la

---

expresión «agraviado difunto» y no la de «difunto agraviado», concluía que la conducta tipificada en la norma era la ofensa a una persona viva que después fallece. En definitiva, se admitía la sucesión procesal en la acción ejercitada por el ofendido, añadiéndose a este supuesto la posibilidad de que las personas legitimadas pudieran también querellarse cuando el ofendido hubiera fallecido antes de iniciar el proceso penal. Sin embargo, hubo jurisprudencia que extendió el ámbito del precepto a los casos de ofensas a personas ya fallecidas, por entender protegido por el legislador también el honor del difunto (STS, 2ª, de 3 de febrero de 1984, y, posteriormente, la STS, 2ª, de 16 de marzo de 1990, en la que, a pesar de afirmarse que en el Código penal derogado el bien jurídico protegido eran los familiares y no el fallecido, se hace continua referencia a que se ha producido en el caso una lesión del honor del fallecido; sentencia que sería recurrida en amparo que fue desestimado por la STC 123/1993, de 19 de abril), como recogía (y recoge todavía, legitimando para ello al cónyuge y parientes cercanos y excluyendo a los herederos) el Código penal italiano en su art. 597, párrafo 2º: «Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, o se si tratta di offesa alla memoria di un defunto, possono proporre querela i prossimi congiunti (c.p.307 n.4), l'adottante e l'adottato. In tali casi, e altresì in quello in cui la persona offesa muoia dopo avere proposto la querela la facoltà indicata nel capoverso dell'articolo precedente, spetta ai prossimi congiunti, all'adottante e all'adottato». Sobre esta cuestión, cfr. C. GARCÍA PÉREZ, *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos*, Valencia, 2001, págs. 102 y ss. (que sostiene que en nuestro derecho histórico ya se recogía la defensa del honor de los fallecidos en la Ley XIII, Tít. IX, P. VII), y Mª. E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto», *Revista de Derecho Patrimonial*, 15, 2005-2, págs. 81 y ss., con abundante cita de doctrina penalista. El Código penal vigente, por su parte, ha suprimido la tutela penal del honor de los difuntos.

personalidad y no existe protección específica de la dignidad de la persona más allá de su muerte.

### 3. Las repercusiones de la STC 231/1988, de 2 de diciembre

Sin embargo, este aspecto sustancial de nuestra legislación pronto se vio arrumbado por la doctrina emanada de la STC 231/1988, de 2 de diciembre<sup>6</sup>, dictada como consecuencia del amparo solicitado por la viuda de un famoso torero, ante la negativa del Tribunal Supremo a estimar que hubiera existido violación de la imagen de éste por la comercialización de un vídeo sobre su cogida y tratamiento en la enfermería de la plaza de toros en la que resultó mortalmente herido. En esta sentencia, en la que al final (y es un dato que conviene no olvidar) el razonamiento del Tribunal Constitucional se formuló en torno a la explotación comercial de la imagen de una persona fallecida<sup>7</sup> y al derecho a disponer de dicha imagen, tras recordar el carácter de los derechos de la personalidad como derechos personalísimos y ligados a la misma

---

6 Como se recordará, esta Sentencia acordó el amparo solicitado por la viuda del torero Francisco Rivera, frente a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1986. La sociedad «Prographic», tras la muerte del torero, como consecuencia de la cogida mortal que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco, comercializó un vídeo conteniendo imágenes de su vida privada y profesional entre las que se incluían las de la faena en la que resultó cogido, su traslado e ingreso en la enfermería de la plaza y su conversación en ella con un sanitario y otras personas presentes. Su viuda, al amparo del art. 4.2 L.O. 1/1982, interpuso demanda por intromisión ilegítima en los derechos a la imagen y a la intimidad de su marido (por comercializar su imagen sin consentimiento de la familia y por la naturaleza íntima de las imágenes grabadas en la enfermería), solicitando se condenara a la demandada a abonarle a ella y a los demás herederos 40 millones de pesetas en concepto de indemnización de los daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid estimó parcialmente la demanda, reduciendo a la mitad la indemnización, decisión confirmada por la Sala 2ª de la Audiencia Territorial de Madrid. El recurso de casación de la demandada fue admitido por el Tribunal Supremo, que anuló la sentencia de instancia por considerar, esencialmente, que las imágenes del vídeo descritas anteriormente no tenían carácter íntimo y formaban parte del espectáculo. Imprescindibles comentarios críticos a esta Sentencia son los de F. IGARTUA ARREGUI, «Comentario a la STS de 28 de octubre de 1986», *CCJC*, nº 12, 1986, marginal 323, y Mª. A. PARRA LUCAN, «Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad», *ADC*, 1987, págs. 987 y ss.

7 «En este aspecto el derecho a la imagen que se invoca (y al que la demandante concede especial importancia) es, en realidad, el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida, y de su eventual explotación económica protegible, según la Ley 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental, aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales» (FJ 3º).

existencia del individuo<sup>8</sup>, se sentó la doctrina de que al fallecimiento del titular de los derechos de la personalidad (extinguida su personalidad según dispone el art. 32 CC) «desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado que con la muerte deviene inexistente» y que «si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) a favor de terceros distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo». No obstante, el recurso de amparo promovido por la viuda del fallecido prosperó, pues en amparo se invocó también la infracción del derecho a la intimidad familiar y el derecho a la intimidad de la viuda recurrente cuya violación estimó el Tribunal al entender que «el derecho a la intimidad personal y familiar, se extiende no solo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la Constitución protegen».

No es ya momento, ni este es lugar, para el análisis crítico de las diversas cuestiones que se suscitan al hilo de esta sentencia<sup>9</sup>. Por lo que a nues-

---

8 «Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo. Ciertamente, el ordenamiento jurídico español, reconoce en algunas ocasiones, diversas dimensiones o manifestaciones de estos derechos que, desvinculándose ya de la persona del afectado, pueden ejercitarse por terceras personas. Así, el art. 9.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, enumera las medidas integrantes de la tutela judicial de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, entre las que incluye la eventual condena a indemnizar los perjuicios causados; y el art. 4 de la misma Ley prevé la posibilidad de que el ejercicio de las correspondientes acciones de protección civil de los mencionados derechos corresponda a los designados en testamento por el afectado, o a los familiares de éste» (FJ 3º).

9 Pueden verse reflejadas en los atinados y, sobre alguna materia, premonitorios comentarios de M<sup>a</sup>. A. PARRA LUCÁN, «De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad», *ADC*, 1989-I, págs. 209 a 223, y de F. IGARTUA ARREGUI, «La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona», *La Ley*, 1999-1, págs. 1066 a 1080.

tro tema interesa, tomada estrictamente su doctrina, podía interpretarse de manera tal que se pudiera concluir que la defensa de la memoria del fallecido prevista en la L.O. 1/82, no «está encaminada a garantizar un residuo de los derechos de la personalidad, asegurando a título póstumo la defensa de una personalidad que no puede actuar por sí misma», sino «mas bien la transmisión de un derecho de contenido patrimonial: la explotación comercial de los derechos de la personalidad de una persona fallecida o, si ello no es posible, la indemnización que en su caso pudiera corresponder»<sup>10</sup>. Aunque siempre cabía la posibilidad de relativizar semejante conclusión preguntándose si la decisión del Tribunal Constitucional sobre la pervivencia de los derechos del difunto hubiera sido la misma si la cuestión no se hubiera considerado desde el ángulo exclusivamente patrimonial del derecho a la imagen<sup>11</sup>.

Pero lo cierto es que a partir de esta doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, y sin tener en cuenta la especificidad del supuesto de hecho que la motivó, se entendió comúnmente que los derechos de la personalidad de las personas fallecidas quedaban relegados a su protección en las vías jurisdiccionales ordinarias<sup>12</sup>, privados, en todo caso, de su carácter de

---

10 M<sup>a</sup>. A. PARRA LUCÁN, «De nuevo sobre...»cit., pág. 219, que muestra su disconformidad con esta interpretación, pues entiende que, fallecido el titular de los derechos de la personalidad, las personas señaladas en el art. 4 L.O. 1/82 pueden cuestionar la legitimidad de la utilización de su imagen (recordemos que era el derecho a la imagen del difunto el cuestionado en el caso) sin que ello suponga reclamación del derecho a disponer de la misma y de su eventual explotación económica, como lo prueba, en su opinión, que incluso si la acción se ejercita por la persona designada en testamento no participará de la eventual indemnización.

11 Pregunta que se formulaba F. IGARTUA ARREGUI, «La protección de los aspectos...», cit. pág. 1078 y a la que daba la siguiente respuesta: «Supongo que sí, pero me temo que, tal vez, en este caso primero se pensó en cerrar el paso al amparo sobre cuestiones patrimoniales y no se reparó en que con ello también se esperaba una posible protección por el Tribunal Constitucional de los aspectos morales de la personalidad, de la imagen en este caso. Espero estar equivocado, de todas formas, pero la no distinción entre aspectos patrimoniales y personales en el derecho a la imagen, me lleva a aquel temor».

12 Así lo reconoció la jurisprudencia y expresamente la STS 1152/1994, de 21 de diciembre (otra vez en un asunto sobre imagen de persona fallecida) al afirmar: «El derecho a la propia imagen de quien ha muerto no cabe alcance protección en vía de amparo constitucional lo que no empece para poder ser protegido en la vía judicial por ser cuestión de legalidad ordinaria con lo que no se excluyen los derechos que puedan asistir a los descendientes y que la Ley 1/1982 regula, otorgándose al efecto la legitimación necesaria y titularidad de las correspondientes acciones». Doctrina reproducida por la SAP de Asturias 99/2006, Secc. 7<sup>a</sup>, de 24 de febrero, para aceptar la legitimación de los padres en acción ejercitada por intromisión ilegítima en la imagen de su hijo fallecido. En el mismo sentido puede verse la SAP de Madrid 158/2006, Secc. 20<sup>a</sup>, de 24 de marzo, en la que ejercitada la acción por la viuda e hijo del barón Tyssen por intromisión ilegítima en el honor del marido y padre fallecido y de la propia viuda por los reportajes publicados en una deter-

derechos fundamentales, y su protección debilitada o rebajada al no contar con la vía del recurso de amparo para intentar su protección. Ciertamente es que estas dos últimas afirmaciones han de ser matizadas para que puedan considerarse absolutamente correctas.

Por lo que respecta a la admisibilidad del recurso de amparo, en el supuesto de una intromisión en los derechos de la personalidad de una persona fallecida, la STC 214/1991, de 11 de noviembre<sup>13</sup>, abrió la vía para que pueda interpretarse la posibilidad de su interposición por cualquier persona que invoque no ya la cualidad de legitimado, de acuerdo con la L.O. 1/1982, sino simplemente un *interés legítimo* para obtener el restablecimiento del derecho de que se trate, interés que sin dificultad se puede reconocer a las personas legitimadas para la defensa de la memoria del difunto<sup>14</sup>. No obstante, aunque se entienda expedita la posibilidad del recurso de amparo, siempre quedará el obstáculo fundamental de su objeto al no tener los derechos de la personalidad del difunto la cualidad de derechos fundamentales (el recurso carecerá manifiestamente de contenido constitucional), de acuerdo con la contundente declaración de que con la muerte de la persona se extinguen estos derechos, contenida en la STC 231/1988.<sup>15</sup> Precisamente, a esta cualidad han de referirse las siguientes matizaciones, que calificábamos como necesarias, con respecto a las conclusiones a extraer de su doctrina: en esta sentencia del Tribunal Constitucional, se aplicó y desarrolló por vez primera el derecho a la *intimidad familiar*, de manera que, abierta esta puerta, han sido varias

---

minada revista, se declara la intromisión en el honor del fallecido y se conceden, aparte de otras medidas, una indemnización de 120.000 euros a la viuda e hijo por la intromisión en el honor del marido y padre fallecido y otra de la misma cantidad por la intromisión en el honor de la demandante.

13 En esta sentencia se admitió la legitimación para recurrir en amparo la STS de 5 de diciembre de 1989 a una ciudadana judía, que había estado internada en un campo de exterminio en el que murió gaseada toda su familia, en defensa del *honor del pueblo judío*, atacado por las declaraciones efectuadas a una revista por el ex jefe de las Waffen S.S., Leon Degrelle, en las que negaba el exterminio y atribuía su invención al propio pueblo judío. El Tribunal Constitucional aceptó su legitimación, aun reconociendo que no era la titular del derecho afectado, puesto que de acuerdo con lo previsto en el art. 126 1.b de la Constitución, *nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la «víctima» o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un «interés legítimo»*.

14 Desarrollan ampliamente esta posibilidad M<sup>a</sup>. E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido no patrimonial...», cit., págs. 74 a 79 y M<sup>a</sup> E. BODAS DAGA, *La defensa «post mortem» de los derechos de la personalidad*, Barcelona, 2007, págs. 215 a 222.

15 A. L. CABEZUELO ARENAS, «Breves notas sobre la protección *post mortem* de honor, intimidad e imagen», La Ley 1999-1, pág. 1578.

las ocasiones en las que el Tribunal ha debido pronunciarse sobre intromisiones en los derechos de la personalidad de personas fallecidas; en todos los supuestos el motivo ha sido el recurso de amparo interpuesto por profesionales de la información y medios de comunicación frente a sentencias que habían apreciado la violación del derecho a la *intimidad familiar* de los familiares de personas fallecidas, sobre las que estos profesionales y medios habían publicado determinadas noticias consideradas difamatorias que, siguiendo la doctrina constitucional sobre el contenido de este derecho, no pueden detener sus efectos en el sujeto pasivo de la difamación, sino expandirse de tal modo que alcanzan a personas de su ámbito familiar; en todas ellas, en fin, el Tribunal Constitucional ha colocado en el mismo rango, en el ejercicio de ponderación de los derechos, el derecho a la libertad de expresión y de información y los derechos de la personalidad de la persona fallecida<sup>16</sup>.

#### **4. Las sentencias del Tribunal Constitucional 43/2004, de 23 de marzo y 51/2008, de 14 de abril**

Como señalaba al principio de esta exposición, la doctrina contenida en estas dos sentencias supone un cambio radical en la consideración de los derechos de la personalidad de las personas fallecidas<sup>17</sup>. Y es que su alcan-

---

16 Paradigmáticas a este respecto son las SSTC 171 y 172 de 12 de noviembre de 1990 (sobre las informaciones publicadas sobre la vida privada del piloto del avión accidentado el 19 de febrero de 1985, en el monte Oiz, en su aproximación al aeropuerto de Sondika); la STC 123/1993, de 19 de abril, denegatoria del amparo solicitado por un periodista sevillano condenado por injurias graves (STS, 2ª, de 16 de marzo de 1990) con motivo de sus informaciones sobre el asesinato de un conocido abogado sevillano; la STC 193/1993, de 31 de mayo, estimatoria del recurso de amparo interpuesto por un medio de comunicación escrita que había sido condenado por intromisión ilegítima *en el honor del finado al publicar las circunstancias de su muerte, ocasionando con ello graves daños morales* (STS de 27 de febrero de 1990) al publicar en un titular que se había detenido a los asesinos de una persona *que intentó violarles*, mientras que el contenido de la noticia y la nota de prensa que le servía de fuente expresaban que dicha persona intentó violentar físicamente a uno de sus homicidas; y la sentencia 190/1996, de 25 de noviembre, denegatoria del recurso de amparo interpuesto por un medio de comunicación escrita frente a la STS de 24 de junio de 1994, en la que expresamente se afirma que *la L.O. 1/1982, establece que la memoria de una persona fallecida puede limitar el derecho a la comunicación de una información veraz*.

17 A propósito de la STC 43/2004, dice P. GRIMALT SERVERA, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, 2007, págs. 42 y 43: «Ahora bien, la contudencia de la STC 231/1988, de 2 de diciembre, se ve algo «emborronada» (entrecomillado en el original), como mínimo por la STC 43/2004, de 23 de marzo. En efecto, en la STC 43/2004, de 23 de marzo, se discute la lesión del honor de una persona fallecida en el año

ce es tal que permite una revisión en la interpretación de la naturaleza o fundamento de la actuación de las personas legitimadas (persona designada, familiares y Ministerio Fiscal), que necesariamente conduce a un nuevo entendimiento tanto de la regulación positiva del ejercicio de las acciones cuando la muerte sobreviene al titular de los derechos de la personalidad, cuanto de la defensa de la memoria de la persona fallecida. Dicho de otra manera, creo que permite una relectura de la regulación de esta materia en la L.O. 1/82, volviendo a sus orígenes y sin el pesado lastre que para ella supuso la temprana STC 231/1988, de 2 de diciembre, dictada, como hemos visto, en relación al derecho de mayor contenido patrimonial como es el derecho a la propia imagen.

La STC 43/2004, de 23 de marzo, tiene su origen en la defensa que emprenden los hijos del honor de su padre, fallecido en 1969, vulnerado, a su entender, por los comentarios y textos de un reportaje emitido por la televisión catalana (el 27 de noviembre de 1994) sobre su participación como testigo en un Consejo de Guerra celebrado en Burgos en 1973, que concluyó con la condena a muerte y posterior ejecución del político catalán Manuel Carrasco i Formiguera<sup>18</sup>. Por su parte, la STC 51/2008, de 4 de abril, es la

---

1969. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no otorga el amparo a los recurrentes (los hijos del difunto), el Tribunal Constitucional no desestima el recurso porque se solicite la tutela del honor de una persona fallecida, sino porque prevalece la libertad científica del historiador [art. 20.1.b) de la Constitución]».

18 El 27 de noviembre de 1994, el primer canal de la televisión pública catalana emitió un documental titulado «Sumaríssim 477», sobre el Consejo de Guerra celebrado en Burgos en agosto de 1937, contra el político catalán Manuel Carrasco i Formiguera a resultas del cual fue condenado a muerte y ejecutado el 9 de abril de 1938. En dicho documental, una voz en *off* afirmaba que la condena del Sr. Carrasco se fundamentó exclusivamente en el testimonio de ocho catalanes residentes en Burgos que se presentaron voluntariamente, entre ellos el del abogado Carlos Trías Bertrán, y se afirmaba que los testigos no tuvieron compasión y que a estos testigos la defensa los denominó testigos fantasma, resentidos y propagadores de rumores. Al final del documental un texto sobrescrito decía: «Todos los testigos de cargo que declararon contra Carrasco ocuparon altos cargos en la Administración y la prensa franquista». Los hijos de Carlos Trías Bertrán, fallecido en 1969, formularon demanda civil sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen contra Dolors Genovés Morales, la autora del reportaje, «Televisión de Catalunya, S.A, y «Corporació Catalana de Radio i Televisió», solicitando la declaración de la existencia de una intromisión ilegítima contra el honor de su fallecido padre y reclamaron una indemnización, a determinar en ejecución de sentencia, así como la publicación de la sentencia y la supresión de ciertas frases e imágenes del reportaje. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Barcelona de 20 de diciembre de 1996 estimó íntegramente la demanda y declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del Sr. Carlos Trías Bertrán, condenó a los demandados a publicar a su costa la sentencia condenatoria, a suprimir en todas las copias del documental el texto leído por la voz en *off* y el texto sobrescrito, y a pagar una indemnización de 5 pesetas y las

culminación del pleito entablado por la viuda de una persona fallecida once años antes de la publicación en 1996 de un libro del conocido escritor Manuel Vicent, en el que se contenía un fragmento<sup>19</sup> que, en su opinión, constituía una intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad de su difunto marido<sup>20</sup>. En ambas sentencias, el Tribunal Constitucional desestima el amparo

---

costas del proceso. Esta sentencia fue confirmada por la SAP Barcelona, Secc. 16ª, de 17 de noviembre de 1997. Contra esta sentencia, los demandados formularon recurso de casación que fue estimado por STS de 8 de marzo de 1999. El Tribunal Supremo, estimó que los hechos tenían relevancia pública y que la veracidad de los mismos era indiscutible y que a los Tribunales no les compete la función de enjuiciar la Historia, sino la de aplicar el Derecho. En suma, para el Tribunal Supremo, no hubo intromisión ilegítima en el honor del Sr. Carlos Triás Bertrán, puesto que el reportaje era un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de información, se narraban hechos históricos que debían de tenerse por ciertos y con relevancia pública, veraces y con juicios de valor comprendidos dentro de la libertad científica del historiador. Contra esta sentencia recurren en amparo los hijos del Sr. Carlos Triás Bertrán, alegando como violados por ella el derecho al honor de su padre fallecido (art. 18 CE), los derechos a expresar libremente opiniones ideas y pensamientos [art. 20.1 a) LOTC], el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE] y el derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE). Cfr. Sobre los hechos y desarrollo del pleito hasta la Sentencia del Tribunal Supremo, P. SALVADOR CODERCH, S. RAMOS GONZÁLEZ, A. LUNA YERGA y C. GÓMEZ LAGÜERRE, «Libertad de expresión y conflictos civiles», *Libertad de expresión y conflicto institucional* (Capítulo V), Coordinado por P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar, Madrid, Civitas, 2002, págs. 117 a 127.

19 Textualmente decía: «Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón Moliner, hijo de María Moliner, un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era Catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo». En una posterior edición de la obra (2002) por la editorial Suma de Letras, S.L, se sustituyó el nombre del cónyuge de la demandante por el Fidel Lapiedra y se suprimió la referencia a María Moliner.

20 El JPI nº 40 de Madrid en sentencia de 10 de septiembre de 1997 desestimó la demanda por entender que tal pasaje no contenía entidad suficiente para ser considerado una intromisión ilegítima en el honor y la intimidad personal y familiar del afectado, por contenerse en una novela que relata hechos ficticios con los que se pretendía representar a una determinada generación. En ese contexto, se consideró que dicho fragmento no ocasionaba un resultado difamatorio, pues, además de contener alguna frase elogiosa, carecía de cualquier efecto de desmerecimiento público y, por ende, no deterioraba la dignidad ajena. Recurrída en apelación, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 22 de septiembre de 2000, revocó la de primera instancia y estimó la demanda. La Audiencia consideró que las expresiones contenidas en ese párrafo del libro eran innecesarias para el cumplimiento de su objetivo de exponer de forma novelada las vivencias de una serie de personas durante la transición política española y suponían un evidente menosprecio en la consideración social de la persona aludida, no amparado ni por la libertad de expresión ni por el lenguaje coloquial o el ambiente relajado en el que se encontraban los personajes del libro. En consecuencia, al estimar que debían considerarse constitutivas de una intromi-



solicitado puesto que, en la ponderación de derechos fundamentales se considera que frente al honor de las personas fallecidas ha de prevalecer, en la primera de ellas<sup>21</sup>, la libertad científica, centrada en el caso en el debate histórico<sup>22</sup>, que, se afirma, goza de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, y, en la segunda, la libertad de producción y creación científica a la que, *la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria, le otorgan un*

---

sión ilegítima en el honor del fallecido condenó al autor y a la editorial a indemnizar a la demandante, en cuantía a determinar en ejecución de sentencia, a suprimir del libro las referencias a su marido, a publicar el fallo de la Sentencia en el diario «EL País», y a abonar las costas de la primera instancia. Interpuesto recurso de casación por los condenados, la STS, 822/2004, de 12 de julio, casó y anuló la Sentencia de la Audiencia, confirmando en su lugar la dictada en primera instancia. Para el Tribunal Supremo no estamos ante un caso de colisión entre el derecho al honor y a la libertad de expresión, sino de calificación, esto es, de apreciación de si las expresiones del fragmento de libro suponen o no una descalificación o demérito o vejación de la persona aludida, de tal entidad que pudieran considerarse como una intromisión ilegítima en su honor (FJ 2º). La Sentencia, estima que no puede llegarse a semejante conclusión porque en dicho fragmento del texto lo que más destaca es el carácter de líder del personaje y su forma brillante y que la descripción de sus fobias y sus juegos eróticos no pueden ser considerados objetivamente como atentatorios al honor (FJ 2º). A juicio del Tribunal Supremo, el párrafo litigioso forma parte del relato novelado de unos hechos ficticios, en el que no se emplean expresiones que puedan ser calificadas de insultantes, injuriosas o vejatorias, y que no compete al Tribunal «hacer una crítica literaria y entrar en el tema de la concreción, exactitud, buen gusto y consideración de una obra literaria que, en su momento, fue bien aceptada por público y crítica» (FJ 2º). La Sentencia destaca que el párrafo cuestionado se inserta en un libro que «no relata acontecimientos históricos, sino hechos de carácter exclusivamente ficticio, de tal manera que el lector es consciente en todo momento que se trata de una novela debida exclusivamente al ingenio del redactor», en la que «la incorporación de personajes reales y la valoración que de ellos se realiza no deja de ser un mero juicio personal u opinión subjetiva del autor que no pueden tener carácter definitorio de sus respectivas personalidades». En concreto, para el Tribunal Supremo en la descripción que el párrafo del libro contiene sobre el marido de la demandante, «lejos de tratar de tratar de humillar o escarnecer al Sr. Moliner, el autor desde el conocimiento de la superior apreciación intelectual del afectado (capacidad de liderazgo, brillantez, catedrático) señala algunos aspectos señaladamente contradictorios con dichas cualidades (sus fobias y determinados comportamientos) producto sin duda de la época juvenil que se relata, sin utilizar en ningún caso expresiones o manifestaciones que puedan calificarse de injuriosas o denigrantes» (FJ 3º).

21 La STS 688/2004, de 29 de junio, pone fin al pleito que, por los mismos hechos, habían iniciado los hijos de otra de las personas mencionadas en el reportaje. Su demanda, al igual que la de los hijos del Sr. Trías Bertrán, también había prosperado en primera instancia y había sido confirmada en apelación. El Tribunal Supremo aplica la caso la doctrina de la STC 43/2004, y, en consecuencia, anula y deja sin efecto la correspondiente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

22 Sobre este aspecto giran las consideraciones sobre esta sentencia de P. ROBLES LATORRE, «Hechos, Opiniones e Historia (Comentario a la STC 43/2004, de 23 de marzo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005, págs. 319 a 338.

*contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión.*

Pero, sin perjuicio de la importancia de las consideraciones de estas sentencias sobre la libertad científica que ampara tanto a la creación literaria cuanto a la actividad de los historiadores, no es ésta la doctrina constitucional que nos interesa a los efectos de los derechos de la personalidad de las personas fallecidas. Respecto de éstos, lo importante es que de ambas decisiones resulta que pueden darse por aceptadas las siguientes conclusiones:

- 1º. Que al fallecimiento de la persona no se extingue la personalidad en el sentido constitucional del término. Ésta subsiste, lo que significa que se protege constitucionalmente la dignidad de las personas fallecidas, aunque se vaya diluyendo con el paso del tiempo, pues con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. La consecuencia es que no puede postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas por lo que no puede oponerse como límite, con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos, al ejercicio de las libertades reconocidas en el art. 20 CE<sup>23</sup>;

---

23 STC 43/2004 (FJ 7º): «Pues bien, es posible colegir que la libertad científica –en lo que ahora interesa, el debate histórico– disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que éstas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquélla, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información –pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20.1 a) y d) CE– se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos. Por lo demás, sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática». STC 51/2008 (FJ 6º): «Con la muerte de

- 2º. Que a la muerte de la persona sus derechos de la personalidad no se transmiten a las personas legitimadas para su defensa ante la jurisdicción ordinaria y en amparo<sup>24</sup>; y,
- 3º. Que las personas señaladas en el art. 4 de la L.O. 1/82 para el ejercicio de las acciones a la muerte del titular de los derechos, están legitimadas para demandar en amparo la defensa de la personalidad pretérita, en definitiva, de la dignidad subsistente que es un derecho fundamental y del que las personas legitimadas no son titulares<sup>25</sup>.

---

las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas. En este sentido cabe recordar cómo en la ya mencionada STC 43/2004, de 23 de marzo, relativa a un reportaje en el que se aludía a la participación de un familiar de los recurrentes en el Consejo de Guerra que condenó a muerte a un conocido político de la Segunda República, este Tribunal no negó la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero también reconoció que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE».

24 En la STC 51/2008 se analiza, como cuestión previa a la ponderación entre el honor del fallecido y la libertad de producción y creación artística, el problema de la titularidad del derecho al honor alegado por la demandante de amparo, para concluir que «En el presente caso la legitimación para recurrir y la titularidad del derecho fundamental invocado no coinciden en una misma persona, sino que la recurrente pretende salvaguardar el honor de su marido fallecido once años antes de la publicación del pasaje litigioso» (FJ 6º).

25 En ninguna de las dos sentencias se cuestiona el Tribunal la falta de legitimación de los hijos y viuda, respectivamente, para demandar en amparo el restablecimiento del honor del padre y marido fallecidos. En la STC 43/2004, en el voto particular emitido por el magistrado Manuel Jiménez de Parga (al que se adhiere el magistrado Roberto García-Calvo), se alude a la cuestión de la legitimación de forma confusa, aunque, en ningún caso, para negarla. El voto particular, favorable a la admisión del amparo, por considerar que el reportaje no cumplía el requisito de la veracidad para estar amparado por el derecho a la libertad científica y ser, por lo tanto, atentatorio al honor del Sr. Trías Bertran, lo que considera contradictorio es el reconocimiento de la legitimación con los fundamentos y con el fallo de la sentencia. En su apartado 3, literalmente se dice: «El hecho de reconocerles legitimación a los quejosos en amparo es contradictorio. Tanto en el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, como en el Audiencia Provincial, Sección Decimosexta, de Barcelona, se apreció una violación del derecho al honor de los ahora recurrentes, en cuanto hijos del Sr. Trías Bertrán. El Tribunal Supremo, Sala Primera, estimó que no se había producido esa violación de derechos, pero siempre el debate procesal se realizó con el presupuesto de la legitimación. Y tenía sentido jurídico el que así se actuara, pues si, como ha argumentado la sentencia del Tribunal Constitucional –de la que estoy discrepando– el terreno es el de la crítica histórica [en el fundamento jurídico 4º, 2º párrafo, se dice que «lo que aquí se discute es la forma en la que se ha informado sobre un suceso de nuestra historia reciente] *los recurrentes en amparo habrían carecido de legitimación* (en cursiva en el original), tanto en los procedimientos

## II. LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

### 1. Naturaleza o fundamento de la legitimación

Es un empeño clásico en la doctrina continental (y me refiero a la alemana, francesa e italiana, que son las habitualmente manejadas por la doctrina española) el tratar de hallar el fundamento teórico sobre el que sostener la legitimación de determinadas personas (bien ciertos parientes próximos, bien los herederos) para actuar frente a lesiones o atentados a los derechos de la personalidad de una persona fallecida. Estas elaboraciones doctrinales (que comienzan a formularse a partir del primer tercio del siglo XX) se han ido construyendo con el objeto de compatibilizar la posibilidad de la defensa de los derechos de una persona fallecida con el mantenimiento del dogma de que la muerte supone el fin de su personalidad<sup>26</sup> y, obviamente, se han ido realizando en atención a la regulación de la materia, en cada momento histórico, en los distintos ordenamientos jurídicos y las soluciones jurisprudenciales<sup>27</sup>

---

ante la jurisdicción ordinaria, como ante la jurisdicción constitucional, pues lo ocurrido en el Consejo de Guerra, como pura historia, no podía afectar al honor de unos españoles que todavía viven». En la STC 51/2008, en el trámite de alegaciones, el Ministerio Fiscal, una vez identificados como afectados los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar del aludido en la novela, se plantea la cuestión de que la posible infracción de tales derechos carezca manifiestamente de contenido constitucional, al tratarse de una persona ya fallecida, aunque estima que, de cualquier manera, no podía negarse a la recurrente el interés en rehabilitar la imagen de su esposo, mediante la declaración de la vulneración de tales derechos, máxime cuando ella también podía considerarse afectada.

26 Problema que se plantea también cuando se trata de explicar el ejercicio tras la muerte del autor de determinadas facultades morales por las personas legitimadas para ello por los arts. 15 y 16 de la LPI. Sin embargo, si bien tienen en común ambas cuestiones que se refieren al ejercicio de derechos extrapatrimoniales tras la muerte de su titular, se trata de dos supuestos esencialmente diferentes. Son derechos de diferente naturaleza y en consecuencia se establece una legitimación para el ejercicio tras la muerte de su titular esencialmente distinta. Sobre la problemática del ejercicio *post mortem* de las facultades morales, vid. P. CÁMARA ÁGUILA, «Comentario a los arts. 15 y 16 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinados por R. Bercovitz), 3ª ed., Madrid, 2007, págs. 241 a 246 y, más ampliamente, *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, 1998, págs. 81 a 117.

27 Sucedió así en la doctrina alemana a propósito del caso conocido como *Mephisto*, consecuencia de la demanda de los familiares de un famoso actor frente al libro del escritor Klaus Mann, en el que se presentaba a su pariente como colaborador del nacional socialismo. El Tribunal Constitucional admitió la pretensión de los parientes con fundamento en el art. 1.1 de la Constitución, pues la garantía de la dignidad del ser humano recogida en dicho precepto, obliga, a juicio del

que en ellos se iban produciendo. Tal compatibilidad se ha explicado, fundamentalmente, recurriendo a: la teoría de los derechos sin sujeto; la consideración de los legitimados como fiduciarios de la tutela acordada en vida a la persona fallecida; estimar que, tras la muerte del titular de los derechos, los legitimados suceden en ellos por transmisión *mortis causa* (bien por el régimen ordinario de la sucesión, bien mediante un sistema sucesorio *sui generis*); o, en fin, a entender que los legitimados ejercitan un derecho propio, distinto al de la persona fallecida, o un interés legítimo, en cuanto que ellos también resultan afectados por las ofensas dirigidas al difunto.

Pero, con independencia del atractivo dogmático de esas teorizaciones y de que alguna de ellas haya encontrado eco en nuestra doctrina, creo que, en este lugar, no resulta procedente ni su exposición detallada ni su análisis crítico, que pueden encontrarse ampliamente documentados en recientes trabajos de la doctrina española<sup>28</sup>. A lo que cabe añadir, en defensa de esta omisión, que no puede obviarse que las soluciones que en la actualidad predominan en la doctrina de los ordenamientos de nuestro próximo entorno, se hallan formuladas sobre la base de unas regulaciones positivas en las que, además de no contener una protección de los derechos de la personalidad semejante a la que se instrumenta en el derecho español, o bien no existe una previsión específica acerca de la actuación de los derechos de la personalidad *post mortem*<sup>29</sup>, o cuando existe la posibilidad de actuar frente a las

---

Tribunal, a impedir que la persona pueda ser degradada después de su muerte. La doctrina se dividió entre quienes interpretaron que esta solución supone admitir una capacidad jurídica *post mortem*, aquéllos que consideraron que se trata de un supuesto de derecho sin sujeto, y los que lo entendieron como el reconocimiento de una subjetividad general al derecho, diferente de la capacidad jurídica. Sobre el caso vid., con más amplitud, F. IGARTUA ARREGUI, «La protección de los...», cit., págs. 1068 y 1069, y, más en general sobre las opiniones de la doctrina alemana, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruselas y París, 1990, págs. 328 a 331, con referencias también a la doctrina austriaca y suiza.

28 Las exponen ampliamente C. GARCÍA PÉREZ, *Titulares de los bienes...*, cit., págs. 104 y ss., M<sup>a</sup> E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido no patrimonial de la herencia...», cit., págs. 58 y ss., y M<sup>a</sup> E. BODAS DAGA, *La defensa post mortem...*, cit., págs. 173 a 178.

29 Así ocurre en el derecho francés, en el que el Código civil únicamente protege la intimidad en el art. 9, según la redacción dada a este precepto por la Ley 70/643, de 17 de junio, disposición a partir del cual se articula la protección del resto de los derechos de la personalidad: «Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé». Tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que esta protección se extingue a la muerte de la persona y que se trata de un derecho intransmisible a la muerte de su titular (por todas, vid. sentencias Cour Cassation 2<sup>a</sup>, civ, 8 de julio de 2004 y Cour Cassation 1<sup>a</sup>, civ., 15 de

ofensas a la memoria de las personas fallecidas, se articula esa actuación de manera sustancialmente distinta a la protección conferida a la personalidad pretérita en la L.O. 1/82, estableciéndose la legitimación de forma exclusiva en favor de determinados parientes del difunto<sup>30</sup>. En consecuencia, resulta

---

febrero de 2005). Los familiares y allegados del difunto pueden reclamar los daños que a ellos les cause la intromisión en los derechos de la persona fallecida, pero su acción no puede fundarse en el art. 9 del CC, sino que se rige por el principio general de la responsabilidad por culpa *ex art.* 1382 CC. En consecuencia, éstos han de probar la culpa del autor del daño causado, acreditar el daño sufrido por esa intromisión y la relación de causalidad entre la acción y el daño. Además, no pueden beneficiarse de las medidas cautelares previstas en el art. 9 CC. Si la difamación a la memoria de un difunto se produce a través de un medio de comunicación no se aplica el art. 1382 CC, sino el art. 34 de la Ley de 29 de julio de 1881, que establece una protección penal restrictiva (se precisa que el autor de la difamación o injuria a la memoria del difunto haya tenido intención de atentar contra el honor o la consideración de los herederos, cónyuge o legatarios universales que vivan en el momento de la difamación, *cfr.* Cour Cassation 2<sup>a</sup>, civ., 11 de diciembre de 2003, y la nota de P. GUERDER, *Gazette du Palais*, 10 marzo a 12 de abril de 2005, págs. 1220 a 1223, y Cour Cassation, 1<sup>a</sup>, civ., 12 de diciembre de 2006, y la nota de P. GUERDER, *Gazette du Palais*, 9 y 10 de julio, págs. 42 y 43), en la que la acción de los afectados puede verse obstaculizada por la libertad de informar a la opinión pública, consagrada en dicha ley, y por el breve plazo de prescripción de tres meses para su ejercicio. Un tratamiento particular se ha producido en la jurisprudencia con respecto al derecho a la imagen de las personas fallecidas: a) en algunos supuestos, extendiendo el derecho al respeto a la vida privada (que, recordemos, según la doctrina y la jurisprudencia se extingue a la muerte de la persona) al cadáver (publicación por un semanario de la fotografía del cadáver del actor Jean Gabin, en su lecho de muerte) o admitiendo más claramente una excepción al principio de su extinción a la muerte de la persona (publicación en exclusiva por un semanario de la fotografía, tomada sin consentimiento de la familia, del cadáver de un Presidente de la República); b) en otros supuestos, aplicando el principio de respeto a la dignidad de la persona (publicación de la fotografía del cadáver ensangrentado de un Prefecto de la República asesinado en Córcega); principio en el que igualmente fundamentó el Consejo de Estado (30 de agosto de 2006) su decisión de no amparar a una emisora de radio que había sido sancionada por el *Conseil Supérieur de l'Audiervisuel*, tras unas informaciones sobre el hallazgo de los cadáveres de un niño y una mujer y sus llamadas a los oyentes para que dieran detalles sobre el estado de sus cuerpos. Hay que tener en cuenta, de todas formas, que el tratamiento jurisprudencial del derecho a la imagen, juzgado contradictorio, es objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina francesa (*vid.*, por todos, Ch. BIGOT, «Droits sur l'image des personnes: une matière réorganisée», *Gazette du Palais*, n° 138 a 139, 2007, págs. 8 y ss.). Además, selectivamente, pueden consultarse sobre el tratamiento de estas cuestiones en el derecho francés: T. HASSLER, «La crise d'identité des droits de la personnalité», *Petites Affiches*, n° 244, 2004, págs. 3 y ss; S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, París, 2005, págs. 229 a 231; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, París, 2006, núm. 1652; D. TALLON, *Voz «Droits de la personnalité» Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil (on line)*, n° 163 a 170; y, G. CORNU, *Droit Civil. Les personnes*, 13<sup>a</sup> ed. (edición póstuma), París, 2007, págs. 77 y 78.

30 En el derecho italiano, desde el punto de vista normativo la situación es muy parecida a la que existía en el derecho español con el Código penal derogado. La norma fundamental es el art. 597, párrafo 2 del Código penal, que permite a determinados parientes la facultad de interponer una querrela por las ofensas causadas a la memoria del difunto: «Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, o se si tratta di offesa alla memoria di un

de escasa utilidad acudir a soluciones del derecho comparado a la hora de encontrar el fundamento de la legitimación que se atribuye en el art. 4 L.O. 1/82 a la persona designada por el titular de los derechos, a su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos o, en ausencia de todos ellos, al Ministerio Fiscal, tanto para ejercitar las acciones que el titular no pudo ejercitar antes de su muerte o continuar la acción que entabló (supuestos para los cuales el art. 6 extiende la legitimación contenida en el art. 4), como para la defensa de su memoria.

La regulación de la legitimación en nuestro derecho deja traslucir que está sustentada en los siguientes principios:

- A) Preterición absoluta de la cualidad de heredero para ostentar la legitimación para el ejercicio de las acciones que tenía el difunto o para defender su memoria<sup>31</sup>. Se rompe así con la idea tradicional de que los herederos son quienes también han de ocuparse de la

defunto, possono proporre querela i prossimi congiunti (c.p.307 n.4), l'adottante e l'adottato. In tali casi, e altresì in quello in cui la persona offesa muoia dopo avere proposto la querela la facoltà indicata nel capoverso dell'articolo precedente, spetta ai prossimi congiunti, all'adottante e all'adottato». Por su parte, el art. 307 del mismo texto señala quienes son los parientes próximos legitimados para interponer la querrela: «Agli effetti della legge penale, si intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole». Por lo que hace referencia a la protección del derecho a la imagen se entiende que la norma de soporte es esencialmente el art. 10 CC, aunque también se argumenta con la protección, que tras el fallecimiento de la persona, ofrecen los artículos 93 y 96 de la ley reguladora de los derechos de autor. En cualquier caso, existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en afirmar que los derechos de la personalidad se extinguen con el fallecimiento de la persona. Además, en la jurisprudencia, aunque de forma minoritaria, se ha negado que los parientes estén legitimados para reclamar una indemnización al considerarse que no pueden resultar perjudicados por el delito, si bien mayoritariamente se considera que pueden ejercitar las correspondientes acciones judiciales para obtener el resarcimiento del daño propio sufrido como consecuencia de las ofensas a la persona fallecida. Vid., también selectivamente, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, pág. 193; C. M., BIANCA, *Diritto Civile*, T. I., Milano, 1978, págs. 203 y 204; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2ª ed., Milano, 1982, pág. 99 y 260 a 262; M. GARUTTI, *Il diritto all'onore a la sua tutela civilistica*, Padova, 1985, pág. 24 y 87 y ss.; G. ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, 5ª ed., Padova, 2005, págs. 225 y 226; y, finalmente, con exposición de las diversas teorías, que coinciden con las enunciadas en el texto (y su crítica), desarrolladas por la doctrina italiana acerca del fundamento de la legitimación de los parientes para la defensa *post mortem*, que permite su derecho, vid., por todos, A. LASSO, «La legittimazione dei congiunti ad agire per la tutela della personalità del difunto», *Rassegna di Diritto Civile*, nº 3, 2008, págs. 688 y ss, especialmente págs 706 a 708.

<sup>31</sup> Por eso llama poderosamente la atención que la L.O. 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, señale, en su art. 1.2, que cuando la persona aludida haya fallecido serán los herederos o sus representantes quienes podrán ejercitar el derecho de rectificación.

defensa de los derechos extrapatrimoniales de la persona fallecida. Ni tan siquiera se les llama en ausencia de persona designada por el fallecido, puesto que, antes que ellos, son preferidos determinados parientes. Ninguno de los legitimados lo es por ser heredero; puede serlo (excepto, obviamente el Ministerio Fiscal) pero no es esa la cualidad que provoca la de legitimado.

- B) Primacía de la voluntad del interesado para determinar a la persona legitimada. Sólo en defecto del designado por la persona fallecida, la ley dispone que los legitimados sean determinados parientes del fallecido que viviesen al tiempo de su fallecimiento. De esta manera, la L.O. 1/82 se adelantó a la tendencia que en estos momentos es preponderante de dar primacía a la voluntad del interesado en la designación de la persona o personas que han de ocuparse de gestionar el cuidado de su persona cuando se encuentre en situación de incapacidad de hacerlo por sí misma.
- C) Independencia de la cualidad de legitimado con la de beneficiario de la indemnización que, en su caso, proceda por la lesión del derecho de la persona fallecida. Ninguna de las personas legitimadas, por la voluntad del fallecido o por disposición de la ley, son, por esa cualidad, destinatarios de la indemnización que se establezca para reparar la violación de los derechos del difunto. Cuando se trata de lesiones que el titular del derecho no ha podido reparar en vida, la indemnización tiene como destino la herencia y ni tan siquiera todos los parientes legitimados tienen la cualidad de herederos, con independencia de que el fallecido haya podido disponer del destino de la indemnización fuera del círculo de los herederos. La cualidad de pariente legitimado tampoco es, cuando se trata de la indemnización que procede por la lesión a la memoria de la persona fallecida, la que puede proporcionarle una participación en la misma; ésta sólo procede si en el legitimado concurre la condición de *afectado* por la lesión producida.
- D) La voluntad del legislador de que ninguna lesión de un derecho de la personalidad quede sin reparación debido a la imposibilidad de que tal reparación pueda ser intentada por su titular. Esta es la razón por la que se concede legitimación al Ministerio Fiscal, siempre que no existan ni el legitimado designado por el titular de los derechos ni los parientes a los que se la atribuye la ley.



Estos criterios en los que se fundamenta la determinación legal de las personas legitimadas son plenamente coherentes con el objeto de la legitimación que ostentan y lo son sobre todo para el supuesto más problemático que es el de ejercicio de las acciones frente a las intromisiones en los derechos de la personalidad ocurridas tras el fallecimiento de la persona. Después de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional 43/2004 y 51/2008 (gracias a las cuales la protección a la personalidad pretérita establecida en la L.O. 1/82 ha recobrado el sentido y alcance con el que fue regulada), no puede dudarse de que sostener (como lo proclama la Exposición de Motivos de la L.O. 1/82) que la muerte de la persona conlleva la extinción de la personalidad, entendida como idoneidad para ser titular de derechos subjetivos (*capacidad jurídica*), es compatible con la subsistencia, derivada del principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), de un derecho al respeto de los derechos existenciales de la persona, de los que disfruta en vida, incluso una vez ocurrido su fallecimiento (derecho al respeto de la *personalidad pretérita*). Derecho de la personalidad, reconocido además como fundamental, que aunque de protección menos intensa de la que gozan los derechos de la personalidad de ese carácter en vida de la persona, debe de ser protegido estableciendo mecanismos efectivos para su defensa. Y ello pasa, necesariamente, por legitimar para su ejercicio (y esa es la opción del legislador) a la persona que el fallecido haya designado, a los familiares (y no a los herederos), con fundamento en el «deber recíproco de protección existente entre los miembros de la familia»<sup>32</sup>, y, en defecto de todos ellos, al Ministerio Fiscal, pues, en última instancia, el respeto a la dignidad subsistente de la persona, es predicable de todas las personas, con independencia de que hayan previsto su defensa o de la existencia de familiares que la actúen.

Cuando los legitimados ejercitan la acción en defensa de la memoria de la persona fallecida, como se indica en la STC 51/2008, «la legitimación para recurrir y la titularidad del derecho fundamental invocado no coinciden en una misma persona (FJ 6º)», lo que no significa persistencia de la subjetividad del fallecido<sup>33</sup>. Pero, desde luego, ni existe transmisión de los derechos de la

---

32 F. IGARTUA ARREGUI, «La protección de los aspectos...», cit., pág. 1068.

33 Como indica E. RAMOS CHAPARRO, *Las personas y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pág. 264, nota 207, «la contemplación legal de la persona fallecida como objeto de protección, no implica reconocimiento alguno de subjetividad; los efectos derivan de la norma que aplica el principio o valor de la dignidad ontológica de la persona, el cual va más allá de los límites de la capacidad jurídica».

persona fallecida a los legitimados, ni actuación por éstos con fundamento en un derecho o interés propio. Las personas legitimadas ejercitan la acción frente a las intromisiones producidas *post mortem*, porque ostentan una legitimación *ope legis*, que está plenamente ligada a un derecho, la dignidad protegida de la *personalidad pretérita*, cuya tutela pretenden con el proceso.

## 2. Los legitimados para el ejercicio de las acciones

### 2.1. La persona designada en testamento

La legitimación para el ejercicio de las correspondientes acciones viene atribuida, en primer lugar y con carácter excluyente, a la persona física (A) o jurídica (B) a la que el fallecido haya designado *a tal efecto* en su testamento (art. 4.1 L.O. 1/82). Conviene hacer notar que para que la persona designada en testamento esté legitimada, tanto para la defensa de la memoria como para continuar las acciones entabladas por la persona fallecida o ejercitar las que éste no pudo, es suficiente con que el testador le haya encomendado la defensa de su memoria, pues la extensión de la legitimación a los otros dos supuestos la dispone automáticamente la ley (art.6 L.O. 1/82) sin necesidad de que el testador expresamente le hubiera designado también para ellos.

- A) En la persona designada no tiene por qué concurrir la cualidad de heredero del testador. Podrá serlo, pero su legitimación no provenirá en ningún caso de su cualidad de heredero, aunque lo sea a título universal, sino de que específicamente el testador le haya designado inequívocamente como la persona en la que confía para el ejercicio de las acciones en defensa de su memoria<sup>34</sup>. Tampoco el designado ha de ser necesariamente pariente del testador; ni de los más próximos, enumerados en el art. 4.2 L.O. 1/82 (cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos), que en defecto de designación serían los legitimados, ni de los más lejanos no señalados en

---

<sup>34</sup> Con buen criterio, rechaza la SAP de Girona 115/2006, de 30 de marzo, que el art. 4.1 L.O. 1/82 admita una interpretación finalista, de acuerdo con la cual deba de considerarse defensor de la memoria del fallecido al heredero universal, sin necesidad de que expresamente el testador haya señalado en su testamento que éste es el designado para el ejercicio de las acciones.

dicho precepto. Puede ser, en definitiva, cualquier persona de la confianza del testador, figure o no entre sus causahabientes o en su círculo de parientes.

El testador puede designar a varias personas para que actúen como defensoras de su memoria, supuesto en el que, salvo que expresamente disponga lo contrario, cualquiera de ellas estará legitimada para el ejercicio de las acciones (art. 5.2 L.O. 1/82). También podrá designar a más de una persona haciendo la designación del uno para si no lo es el otro (por renuncia o fallecimiento anterior al suyo), pero no puede designar a más de una persona haciendo la designación del uno para después de que lo sea otro, pues la vigencia de la legitimación se limita a la vida de la persona o personas designadas; tras su muerte, la legitimación pasa a los parientes que viviesen al tiempo del fallecimiento del testador (art. 4.2 L.O. 1/82).

Puesto que, como acabamos de ver, no es requisito para la elección del designado ni la cualidad de causahabiente ni la de pariente, puede convenirse en que la elección se fundamenta exclusivamente en la confianza que el testador tenía en la persona designada, en razón de la cual le encarga una misión, de contenido totalmente extrapatrimonial, como es la de velar porque no queden impunes los atentados a sus derechos o a su memoria. Nada impide que ese encargo vaya acompañado de instrucciones sobre su cumplimiento y que la persona que lo asume se vea recompensada con alguna disposición en su favor, pero lo que no podrá hacer el testador, en ningún caso, es disponer que sea el destinatario de la indemnización<sup>35</sup>. En razón a la función que desarrolla, se ha considerado que el designado testamentariamente se asemeja a un mandatario *post mortem*<sup>36</sup> o a un curador *post mortem*<sup>37</sup>, aunque, con la finalidad de extraer algún principio de la regulación que le pudiera ser de

---

35 Como hace notar P. SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», *RDN*, 1985, págs. 423 y 424, se puede designar en testamento al curador de la memoria, pero no designarlo como beneficiario de la indemnización: «Esto ultimo lo hace genéricamente la propia Ley y lo concreta la sentencia judicial».

36 M. GITRAMA GONZÁLEZ, voz «Imagen (Derecho a la propia)», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. XI, Barcelona, 1982, pág. 362.

37 J.J. LÓPEZ JACOISTE, «Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Madrid, 1988, p. 615.

aplicación, se ha destacado igualmente su similitud con el albacea<sup>38</sup>. Sin embargo, como también se ha señalado, las diferencias entre las funciones del albacea y las que competen al designado defensor de la memoria son importantes<sup>39</sup> y, por otra parte, son pocas las consecuencias prácticas que se podrían extraer de la aplicación analógica de las normas del albaceazgo, como no sea la de encontrar un fundamento a la admisibilidad de la decisión del designado de no aceptar el encargo o de renunciar a él (arts. 898 a 900 CC)<sup>40</sup>. No comparto la opinión de que sea posible asimilar el defensor de la memoria al albacea con objeto de aplicarle las disposiciones referentes a su remoción y a las consecuencias de ésta (arts. 910 y 911 CC)<sup>41</sup>. La persona designada en testamento para defender los

---

38 Vid. especialmente, C. GARCÍA PÉREZ, *Titulares de los bienes...*, cit., pág. 116 a 118. En el mismo sentido, M. YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen)», en *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por L.F. Reglero, 3ª ed., Pamplona, 2006, pág. 1405, señala que a lo que más se parece este defensor de la memoria es al albacea testamentario autorizado por el testador para cometidos distintos de los habituales (art. 901 CC), aunque advierte de que «siempre que no se pierda de vista que los beneficiarios de la actuación procesal, y a quienes habrá que rendir cuentas de la gestión, no son aquí los herederos (art. 907, parr. 1º CC), sino las personas enumeradas en el art. 4.2 (art. 9.4)».

39 Mª. YSÁS SOLANES, «La protección a la memoria del fallecido en la L.O. 1/82», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VI., Madrid, 1988, págs. 797 y 798: «La función del albacea consiste en ejecutar o vigilar la ejecución de la voluntad del testador, en interés ajeno (herederos, acreedores hereditarios). En cambio, la función de la persona designada es puramente defensiva, no debe ejecutar la voluntad del causante en cuanto al destino de los bienes, sino proteger su memoria. Es cierto que su actividad no es interés propio sino ajeno, pero los beneficiarios no tienen por qué ser los herederos y el interés es la memoria del causante. El albacea gestiona intereses patrimoniales, en cambio el defensor de la memoria, en principio, gestiona intereses extramatrimoniales».

40 P. GONZÁLEZ POVEDA, «Cuestiones procedimentales», en Honor, intimidad y propia imagen, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pág. 315, la renuncia del designado, por identidad de razón con el supuesto de fallecimiento, llevará a la legitimación de las personas señaladas en el art. 4.2 L.O. 1/82.

41 Así lo entiende C. GARCÍA PÉREZ, *Titulares de los bienes...*, cit., págs. 117 y 118, que estima que si es un albacea, «habrá que estar, especialmente a lo dispuesto en el artículo 899 C.c en el que se establece que el albacea que acepta el cargo se constituye en la obligación de cumplirlo, de donde, incurrirá en responsabilidad aquél que habiendo sido especialmente facultado por el testador a ejercitar las acciones que la L.O. 1/82 concede, no lo hiciese, pudiendo ser removido de su cargo (artículo 980 C.c)». Se plantea entonces si sería de aplicación el art. 911 CC y, en consecuencia, la ejecución de la voluntad del testador habría de corresponder a los herederos o los parientes designados en el art. 4.2 L.O. 1/82. En su opinión cabría entender que a pesar de que este precepto «disponga una legitimación distinta a la que normalmente se seguiría de aplicar las normas generales, no impide que a un mismo tiempo puedan otros sujetos hallarse igualmente legitimados —en este caso también los herederos—, aunque con base en preceptos y por fundamentos distintos».

derechos del fallecido tiene, por decisión del testador, la facultad que éste tenía en vida para decidir sobre la defensa de sus derechos y, además, el testador ha considerado que de la facultad de tomar esa decisión debía de excluir a cualquier otra persona que no fuera la designada por él. Ni los parientes, ni los herederos de la persona fallecida, a los que pudiera acabar correspondiéndoles una participación en una eventual indemnización, pueden exigir del designado que actúe (ni a ellos ha de rendirles cuentas como un albacea *ex art. 907 CC*) ante lo que ellos consideran una intromisión, en vida del fallecido o en su memoria, o que continúe una acción emprendida por éste. En consecuencia, no pueden pretender que, mediante su destitución o remoción, se anule judicialmente la voluntad del testador y que les sea atribuida a ellos la facultad de decisión, de la que expresamente éste les ha privado (si se le permite designar a alguien es para que se respete su voluntad, que tras su fallecimiento es manifestada por el designado; al designar, también excluye), con fundamento en unos eventuales aprovechamientos económicos que pudieran derivarse del ejercicio de los derechos del fallecido. El designado en testamento no lo ha sido para actuar en su beneficio y rendirles cuentas de su gestión, sino para tomar, con base en la confianza que depositó en él la persona fallecida, las decisiones sobre derechos extrapatrimoniales que ésta hubiera podido tomar si viviera y sobre las cuales ni herederos ni parientes podrían exigirle rendición de cuentas.

La designación del defensor de la memoria ha de hacerse, según se desprende del tenor literal del art. 4.1 L.O. 1/82, en testamento<sup>42</sup>. Parece evidente que el legislador estatal pensó únicamente en el testamento, por eso se ha sostenido que no vale el nombramiento en otras formas de vocación hereditaria, pues «el testamento (abierto, cerrado, ológrafo) es lo que es y no equivale a sucesión voluntaria,

---

42 Sostiene P. GONZÁLEZ POVEDA, «Cuestiones procedimentales», cit., pág. 314 que la nulidad del testamento no debe de afectar a la cláusula de designación del defensor de la memoria si esta designación no ha sido hecha en atención a la cualidad de heredero o legatario del testador (sería aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 741 CC). De acuerdo con esta opinión, M<sup>a</sup>. E. BODAS DAGA, *La defensa post mortem...*, cit., págs. 158 y 159, para quien, sin embargo, no sería de aplicación analógica lo dispuesto en el art. 741 CC para el supuesto de revocación del testamento en que se hizo la designación que llevará consigo la revocación de ésta, salvo que en el testamento ulterior se contenga otra disposición que sustituya a la designación revocada.

sino a una manifestación muy concreta de ésta, que no puede ser objeto de interpretación extensiva y menos analógica»<sup>43</sup>. Sin embargo, también cabe entender que el testamento no es sino uno de los posibles actos de disposición para después de la muerte, por lo que podrían admitirse, en principio, cualquiera de los reconocidos en nuestro Ordenamiento con el mismo fin<sup>44</sup> (además de los testamentos no admitidos en el Código civil, como el testamento mancomunado o de hermandad), que por otra parte tienen exigidos los mismos requisitos formales que el testamento. Por eso mismo, deben de considerarse también instrumentos aptos para la designación el codicilo<sup>45</sup> y las memorias testamentarias<sup>46</sup>. No parece, por el contrario, que quepa admitir la designación de defensor aprovechando la ordenación sucesoria por comisario, puesto que supondría aceptar el principio contrario al que inspira la ley en esta designación, al resultar designada la persona por un tercero y no por el propio titular de los derechos, y tampoco por su propia finalidad y regulación los pactos o contratos sucesorios<sup>47</sup>. A la vista de lo expresamente previsto por la ley podría entenderse totalmente excluida la posibilidad de que la designación se realice en escritura pública. Pero real-

---

43 M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I, Madrid, 2004, pág. 122.

44 Así lo entendía ya M<sup>a</sup>. YSÁS SOLANES, «La protección civil...», cit., pág. 796: «No obstante, pienso que cabría interpretar que la expresión testamento se empleó en sentido amplio y en cuanto que *forma* que reviste una declaración de voluntad para asegurar la constancia de la misma. De modo que en aquellos ordenamientos en los que se permite, habría de admitirse la designación bien en heredamiento, bien en codicilo».

45 Regulado en el derecho civil catalán (art. 421-20 del Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio), en el derecho civil de Baleares, art. 17 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, y en Navarra, Ley 194 del Fuero Nuevo.

46 Prevista en el derecho civil de Navarra (Ley 196 del Fuero Nuevo) y el derecho civil catalán, en el que se configura como instrumento idóneo para la expresión por el testador de contenidos no patrimoniales, como la disposición sobre la donación de los propios órganos, de los restos mortales, la incineración o forma de entierro (art. 421-21 del Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio).

47 Admitido en el Derecho civil aragonés, arts. 62 y ss. de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte; en el derecho civil catalán, arts. 432-1 y ss. del Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio; en el derecho civil gallego, art. 209 y ss., de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; en el derecho civil de Navarra, Leyes 172 y ss., del Fuero Nuevo; y en el derecho civil foral del País Vasco, arts. 74 y ss. y 179 y ss.

mente no se alcanza a ver cuál es la razón de esta exclusión sobre todo si se tiene en cuenta que es posible, como vamos a ver inmediatamente, designar a una persona jurídica. Resulta absurdo que quien constituye, y es el ejemplo paradigmático, una fundación, no pueda aprovechar la escritura para designarla, si ese es su deseo, como persona encargada de la defensa de su buena reputación tras su fallecimiento<sup>48</sup>.

- B) Para el supuesto de designación de una persona jurídica, existe la más amplia libertad pues no se restringe la posibilidad de elección a unas determinadas personas jurídicas, de acuerdo con su finalidad lucrativa o no, ni se exige que la función de defender intereses aje-

---

48 La ya mencionada SAP de Girona 115/2006, de 30 de marzo, admitió la legitimación, a los efectos del art. 4.1 L.O. 1/82, de la Fundación Gala-Salvador Dalí, para instar la acción de protección del nombre de D. Salvador Dalí. En realidad, no se trataba de la protección de la memoria del famoso artista, sino de la defensa de derechos exclusivamente patrimoniales a los cuales no debió de serles de aplicación los preceptos que para la defensa de aquélla se contienen en la L.O. 1/82. La Fundación Gala-Salvador Dalí, demandó al Hotel Plaça Dalí, S.L., en reclamación de una serie de daños y perjuicios por la utilización indebida de obra pictóricas del artista en la decoración del hotel (vulneración de la propiedad intelectual), por la vulneración de la imagen del pintor al utilizar su apellido en la denominación del hotel, y, finalmente, por la realización de actos de competencia desleal. Por lo que aquí nos interesa, el Juzgado nº 1 Mercantil de Girona, aceptó que había habido una intromisión ilegítima por parte del demandado en la imagen del artista, pero desestimó la acción por considerar que la Fundación Gala-Salvador Dalí, no tenía legitimación para ejercitar dicha acción, de conformidad con el art. 4.1 L.O. 1/82. La Audiencia acepta el recurso interpuesto por la Fundación, respecto a este tema, con la siguiente argumentación: «En el presente caso, resulta que el 23 de diciembre de 1983, un año y tres meses después de otorgar testamento, D. Salvador Dalí compareció ante el Notario D. José María Foncillas Casaus a fin de constituir la Fundación Gala-Salvador Dalí. Además lo hizo en presencia de dos testigos, requisito necesario para otorgar testamento. Y estableció como objeto de la Fundación, la de promocionar, fomentar, divulgar, prestigiar, proteger y defender en el territorio del Estado español y en el de cualquier otro Estado, la obra artística, cultural e intelectual del pintor español Salvador Dalí Doménech, sus bienes y derechos de cualquier naturaleza; su experiencia vital, su pensamiento y sus inquietudes, proyectos e ideas y obras artísticas, intelectuales y culturales; *su memoria* y el reconocimiento universal de su genial aportación a la Bellas Artes, a la Cultura y al pensamiento contemporáneo. *Por lo tanto, D. Salvador Dalí al referirse a su memoria claramente estaba haciendo referencia al derecho a la imagen que trasciende tras la muerte de la persona, pues como hemos visto, la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 dice que aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho. Por lo tanto, estaba realizando una disposición testamentaria, disposición que no necesariamente debía de constar en testamento, pues en el Derecho Catalán existen otras instituciones jurídicas en las que se pueden disponer de los derechos del causante, siempre que no contenga la institución de heredero, como es el codicilo*» (la cursiva es mía).

nos figure entre sus fines<sup>49</sup>. Puesto que la protección de la memoria se encuentra limitada en el tiempo, cuando la designación haya recaído en una persona jurídica, se establece un límite temporal a la vigencia de la designación (dentro de ese límite temporal, debe admitirse que el nombramiento recaiga en quien desempeñe sucesivamente un determinado cargo dentro de la persona jurídica), que es el de ochenta años (salvo que la persona jurídica se extinga antes de ese plazo) a partir del fallecimiento de la persona cuya memoria debe de tutelar (art. 4.3, último inciso, L.O. 1/82), que se computarán de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.1 CC, de fecha a fecha. De modo que se comprenden todas las posibles intromisiones ilegítimas en la memoria del difunto que se produzcan entre el momento de su fallecimiento y ochenta años después, lo cual no quiere decir que el ejercicio de las correspondientes acciones haya de producirse dentro de ese periodo temporal, puesto que entre la intromisión y el ejercicio de las acciones resta el plazo de cuatro años hasta su caducidad, desde que el legitimado pudo ejercitarlas (art. 9.5 L.O. 1/82).

## 2.2. *El cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos*

El apartado segundo del art. 4 L.O. 1/82, dispone que *no existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo del fallecimiento*.

La legitimación de los parientes depende, por tanto: a) de que no exista una persona física o jurídica designada, conforme acabamos de ver, para defender la memoria o derechos del fallecido (a la inexistencia, han de equipararse los supuestos en que el designado renuncie, haya muerto o se anule el acto de designación); y, b) de que viviesen al tiempo del fallecimiento de la persona cuya memoria o derechos han sido lesionados (*persona afectada* la denomina el precepto).

---

<sup>49</sup> Se diferencia así esta previsión de lo dispuesto en el art. 242 CC, y concuerda con lo dispuesto en el art. 15 de la Ley de Propiedad Intelectual para el ejercicio de determinadas facultades morales tras la muerte del autor.



En buena lógica debiera de ser el pariente que ejercita la acción quien acredite la inexistencia de persona designada, pues solo entonces tiene atribuida la legitimación para actuar. Sin embargo, el examen de la jurisprudencia nos revela que, en la práctica, no se discute (ni por el demandado ni por el Ministerio Fiscal) su legitimación cuando no se aporta la justificación de la inexistencia de persona física o jurídica designada por el causante para defender su memoria, y, cuando esa legitimación ha sido discutida, se ha considerado innecesaria dicha justificación, con argumentos poco convincentes<sup>50</sup>.

La limitación de la legitimación a los parientes que viviesen al tiempo del fallecimiento de la persona afectada, tiene como destinatarios más directos a los descendientes y se justifica en la necesidad de restringir en el tiempo la protección de la memoria de la persona fallecida, que no puede extenderse ilimitadamente<sup>51</sup>; de esta manera, queda circunscrita al tiempo de vida de los descendientes que convivieron con ella. Íntimamente ligado a este tema surge la duda de si entre las personas legitimadas ha de incluirse al hijo póstumo de la persona fallecida. La doctrina, en general, lo entiende incluido por aplicación del art. 29 CC, pues se considera como efecto favorable para el concebido estar legitimado para defender la me-

---

50 Reseña V. DEL CARPIO FIESTAS, «La protección de la memoria del fallecido por su pareja de hecho», *Aranzadi Civil*, nº 3-2005, pág. 22 y nota 15, la SAP de Valladolid (Sección 1ª), de 27 de enero de 1998, en la que se denegó por el Juez de Primera Instancia la legitimación activa de la hermana del fallecido al no aportar, como se solicitó por la parte demandada y por el Ministerio Fiscal, a las actuaciones el documento acreditativo de la inexistencia de disposición testamentaria o de la falta de expresa designación en la misma de persona encargada de la tutela de los derechos del fallecido. La Audiencia revocó dicha decisión, al entender que «una más lógica interpretación de los preceptos aludidos lleva a considerar que la exigencia de la preferente legitimación de los designados en testamento por el fallecido debe producirse y hacerse valer cuando nos encontremos ante intromisiones ilegítimas al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen acontecidas en vida del titular del derecho lesionado, pero no cuando como en el caso acontece el hipotético atentado se produce *post mortem* que no solo no puede reivindicar ya la persona fallecida, sino que incluso resulta difícil pensar que fuese a prever en vida el futuro ataque a su honorabilidad, intimidad o imagen, arbitrando para ese tiempo ulterior el orden de las personas encargadas tras su muerte del ejercicio y defensa de hipotéticos derechos fundamentales atacados». En definitiva, que, según se argumenta, resulta más lógico que se prevea designar testamentariamente a una persona para ejercitar las acciones como consecuencia de las lesiones a nuestros derechos en vida, que hacerlo para encargarles de proteger nuestra buena reputación una vez fallecidos.

51 M<sup>a</sup>. YSÁS SOLANES, «La protección a la memoria...», cit., pág. 799 y nota 20, pone de manifiesto cómo en la tramitación parlamentaria de la Ley se rechazaron varias enmiendas en las que se proponía suprimir esta limitación y no restringir el número de descendientes legitimados.

moria de sus progenitores<sup>52</sup>. Pero con esa justificación, habría de admitirse que a una conclusión semejante pudiera llegarse en relación al hermano concebido con anterioridad a la muerte de su hermano. Se quiera o no, para el legislador tanto derecho tienen a defender la memoria del difunto sus descendientes como sus hermanos, ya que conscientemente suprimió cualquier prelación entre ellos a la hora de otorgarles la legitimación necesaria<sup>53</sup>. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que considerarlos entre los legitimados supone también, por la remisión del art. 9.4 L.O. 1/82, incluirlos entre los posibles destinatarios de la indemnización por daño moral.

Por lo que respecta al cónyuge, creo que una interpretación sistemática (vid. los artículos 182, 229, 234, 834 y 945 CC), debería de inducirnos a pensar que ha de tratarse del cónyuge no separado legalmente o de hecho y que al cónyuge ha de equipararse la persona que convivía con él, con independencia de su sexo, de forma estable, ya que tanto a los efectos de la legitimación, como a los de un hipotético derecho a la indemnización, el factor determinante es la vinculación familiar efectiva con la persona que, en vida o después de fallecida, ha sufrido la intromisión<sup>54</sup>.

---

52 M<sup>a</sup>. YSÁS SOLANES, «La protección a la memoria...», cit., pág. 799; M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil...», cit., pág. 124; C. GARCÍA PÉREZ, *Titulares de los bienes...*, cit., pág. p.122 y 123; M<sup>a</sup>. ROVIRA SUEIRO, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Barcelona, 1999, pág. 292, y P. GRIMALT SERVERA, *La protección civil...*, cit., pág. 78, nota 169.

53 M<sup>a</sup>. YSÁS SOLANES, «La protección a la memoria...», cit., pág. 799 y nota 19, refiere cómo en el Proyecto de Ley se establecía una prelación entre los parientes que desapareció al aprobarse, en el Senado, la enmienda nº 33 del Grupo Parlamentario Coalición Democrática.

54 En este mismo sentido, P. GRIMALT SERVERA, *La protección civil...*, cit. pág. 77, nota 168, con el fundamento de que las personas legitimadas lo son en atención a los vínculos familiares con el fallecido. Siguiendo este criterio de la vinculación familiar, el art. 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su inciso primero que «Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, *por razones familiares o de hecho*, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así conste». En el mismo sentido, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, dispone en su art. 2.4 que «Este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, *las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas*, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos». También la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, legitima para solicitar la

Problemas más importantes plantea, cuando se trate de la protección de la memoria de la persona fallecida, la deliberada falta de prioridad entre los parientes, a la que anteriormente se ha hecho ya referencia, y la posibilidad de que cualquiera de ellos ejercite las acciones. El art. 5.1 L.O. 1/82, dispone que *cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido*. Se hace referencia expresa ahora a este problema, porque la cuestión es bastante más importante cuando los legitimados resulten ser los parientes que cuando sean varias las personas designadas por el fallecido. En primer lugar, porque éste ha de ser un supuesto extrañísimo en la práctica, pero, sobre todo, porque al testador se le permite obviar los problemas al estar autorizado para regular el ejercicio práctico de la legitimación por las personas a las que ha designado (art. 5.2 L.O. 1/82). Pueden darse así diversas situaciones a las que no será fácil dar solución y de las que nos ocuparemos al tratar de la defensa de la memoria y, sobre todo, de la indemnización, pues es entonces cuando puede verse en toda su plenitud la incongruencia que supone la posibilidad de ejercicio de las acciones por cualquiera de los legitimados y la exigencia de que sea la sentencia que aprecie la lesión en la memoria la que estime el grado de afectación de todos ellos y, en consecuencia, la indemnización que a cada uno le corresponde.

### 2.3. *El Ministerio Fiscal*

El Ministerio Fiscal es siempre parte en los procesos en los que se pretende la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como dispone el art. 249.1.2º LEC, que reitera la previsión contenida en el art. 3.11º

---

Declaración de reparación y reconocimiento personal, en caso de fallecimiento de la persona afectada, al *cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad* (art. 4.2). Además, considera beneficiarios de la indemnización prevista en su art. 10 a «los hijos y el cónyuge de la persona fallecida, si no estuviere separado legalmente ni en proceso de separación o nulidad matrimonial, o *la persona que hubiere venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge durante, al menos, los dos años inmediatamente anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*». Opinión parcialmente contraria es la mantenida por M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil...», cit., pág. 124, quien atendiendo a una interpretación de acuerdo con el sentido propio de las palabras (art. 3.1 CC), considera que únicamente el cónyuge, mientras conserve ese estado, tendrá legitimación para defender la memoria del difunto y estima que entre los legitimados no se encuentra la pareja de hecho.

de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (modificado por el artículo único, apartado dos, de la Ley 24/2007, de 9 de octubre), por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de acuerdo con el cual corresponderá al Ministerio Fiscal intervenir en los procesos judiciales de amparo. Se trata de una intervención como una parte procesal más, pero informada por el principio de imparcialidad<sup>55</sup>. Junto a esta necesaria intervención, con carácter excepcional, el Ministerio Fiscal está legitimado para defender judicialmente la memoria de una persona fallecida, para continuar las acciones emprendidas en vida y para ejercitar las acciones que no pudo la persona fallecida frente a intromisiones en vida en sus derechos al honor, intimidad y propia imagen (supuestos en los que mutará su condición de parte imparcial, por la de demandante)<sup>56</sup>. Esta legitimación extraordinaria del Ministerio Fiscal sólo está reconocida en ausencia de persona designada o de los parientes señalados en el apartado anterior (*a falta de todos ellos*)<sup>57</sup> y siempre que no hayan transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento de la persona afectada (art. 4.3 y 6 L.O. 1/82).

La legitimación extraordinaria del Ministerio Fiscal (que, recordemos una vez más, interviene siempre en los procesos de amparo de derechos fundamentales) se fundamenta en que la ley considera de interés público la tutela de los derechos de la personalidad y, consiguientemente, la personalidad subsistente de las personas fallecidas. Por eso se posibilita su intervención (en ausencia del titular del derecho y de otros legitimados) como parte, no para defender un interés privado, sino en defensa del interés público, en suma, en defensa de los intereses de la sociedad.

La actuación del Ministerio Fiscal puede ser de oficio o a instancia de cualquier persona interesada en la protección de los derechos del fallecido. No es posible determinar de manera concreta quiénes son las personas inte-

---

55 Sobre la intervención y la legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de tutela jurisdiccional civil de derechos fundamentales, vid.: J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Barcelona, 2007, págs. 404 y 405; y J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2007, págs. 439 y ss.

56 Hay otro supuesto en el que también el Ministerio Fiscal está legitimado para defender judicialmente los derechos al honor, intimidad y propia imagen: cuando sus titulares sean menores de edad, los apartados segundo y cuarto del art. 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, le reconocen legitimación activa para instar la tutela de los derechos de los menores.

57 Por tanto, no cuando existen y no desean actuar, M. YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos...» cit., pág. 1405.

resadas que pueden instar a actuar al Ministerio Fiscal, pero no parece dudoso que, entre ellas, se encontrarán las que lo hagan guiadas por un interés estrictamente altruista (parientes que no están legitimados, amigos etc...), y otras que estarán motivadas, en los supuestos en que la indemnización se integra en la herencia, por un interés añadido, como puede ser el caso de los herederos voluntarios o forzosos (extraños, o parientes no comprendidos en el círculo de legitimados).

Un comentario especial merece el apartado 6, último inciso, de la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado (*Sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*), en el que se instruye a los Fiscales de que en el supuesto de la publicación, para ilustrar una información sobre hechos noticiosos, de la fotografía de un menor fallecido «aun manteniéndose un interés jurídico digno de protección, si la publicación ha contado con el consentimiento de los que en vida del menor eran sus representantes legales, no procederá el ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal». Frente a lo que se afirma en esta Instrucción, hay que hacer constar, en primer lugar, que la existencia de consentimiento, prestado por quienes en vida del menor eran sus representantes legales, no excluye la posible ilicitud de una publicación atentatoria a la buena reputación del menor fallecido ante la que pudiera reaccionar cualquiera de los parientes legitimados. Y, en segundo lugar, conviene dejar afirmado, que, a diferencia de la especial protección de que gozan en vida los menores de su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, no existe una protección especial de la memoria del menor fallecido que legitime al Ministerio Fiscal para actuar ante la inacción de las personas legitimadas en los arts. 4 y 6 L.O. 1/82, por lo que el ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal, en el supuesto al que se refiere la Instrucción, habrá de sujetarse a las reglas generales de legitimación del Ministerio Fiscal para la defensa de los derechos de las personas fallecidas.

### **III. LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD**

#### **1. Introducción**

El art. 6 L.O. 1/82 extiende la legitimación de las personas que, de acuerdo con su art. 4 (la designada en testamento, el cónyuge, los ascendientes,

los descendientes, los hermanos y, en su caso, Ministerio Fiscal) la tienen para promover la defensa de la memoria de la persona fallecida, a los supuestos de lesiones producidas en vida del titular de los derechos de la personalidad, permitiéndoles el ejercicio de las acciones que la persona que ha padecido la intromisión ilegítima no haya podido ejercitar antes de su fallecimiento (por sí o por su representante legal), por las circunstancias en que la lesión se produjo (párrafo 1º), y para la continuación en las acciones que ya hubiera entablado (párrafo 2º). En ambos supuestos (a diferencia de lo que sucede en la defensa de la reputación de una persona fallecida) con el ejercicio o con la continuación de las acciones se pretende la tutela frente a las intromisiones ilegítimas sufridas en vida por el titular de los derechos y se previene el destino que ha de darse a la reparación de los daños que con ellas se le han causado en vida. Ésta es la razón por la que el art. 9.4. L.O. 1/82, en su inciso final, dispone que la indemnización que, en su caso, se establezca para resarcir el daño causado al titular de derecho lesionado, se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

La posible discordancia (que se producirá siempre que el designado en testamento o el pariente que resulte legitimado para ejercitar o continuar las acciones no participe del haber hereditario) entre legitimación y participación en la indemnización, es una de las críticas más frecuentes en la doctrina<sup>58</sup>, que considera que hubiera sido más coherente que en estos supuestos la legitimación hubiera correspondido a los herederos. Pero ha de volver a recordarse, que esta circunstancia es consecuencia de que la legitimación, en estos supuestos, no es, como ya se ha señalado, sino una extensión, por efecto de la ley, de la legitimación para poder ejercitar las acciones en defensa de la memoria de la persona fallecida. El ejemplo paradigmático es el de la legitimación de la persona designada en testamento: es designada para «el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la

---

58 M. GITRAMA GONZÁLEZ, «El derecho a la propia...», pág. 241; M. De COSSIO, *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993, pág. 105; T. VIDAL MARIN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, 2000, pág. 192; A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen...*, cit., págs. 123 a 125; A. L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Valencia, 1988, p. 382. La cita podría ser más numerosa, pero valgan por su expresividad las palabras de M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil de la personalidad...» cit., pág. 129: «Nadie tendrá interés en actuar judicialmente en defensa de la personalidad pretérita lesionada (salvo que el accionante se muera de afecto por el difunto, sea un santo canonizable o padezca adicción litigiosa), para que los dineros obtenidos los acaricie con la vista mientras se encaminan raudos al bolsillo de los herederos».

imagen de una *persona fallecida*» (art. 4.1 L.O./82) y esa designación, con ese objeto, le legitima por decisión legal (art. 6 L.O. 1/82) para ejercitar las acciones de las que ahora nos ocupamos. Lo cual demuestra, ahora en el ámbito de la legitimación con la exclusión aquí también de los herederos, que la preocupación del legislador era garantizar la protección de los derechos de la personalidad cuando su titular no pudiera hacerlo por sí mismo, quedando en lugar secundario las consecuencias indemnizatorias, de las que, en ningún caso, puede resultar beneficiario. Y lo corrobora la legitimación que, en última instancia, y en ausencia de persona designada y parientes, se atribuye legalmente al Ministerio Fiscal. En cualquier caso, sobre el tema hemos de volver cuando tratemos específicamente la cuestión de la indemnización.

Con objeto de facilitar la exposición, vamos a examinar por separado ambos supuestos, para, a continuación, tratar las cuestiones que se plantean en torno a la previsión legal sobre la indemnización y su destino.

## **2. El ejercicio de las acciones no interpuestas por el titular del derecho lesionado**

En los supuestos en que se ha producido una intromisión en los derechos de la personalidad y el sujeto no haya reaccionado ejercitando las correspondientes acciones, el ejercicio de éstas por los legitimados se limita a los supuestos en que «el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta Ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo» (art. 6.1 L.O. 1/82). Y, puesto que las acciones nacen desde el momento en que se produce la intromisión, se establece su *subsistencia* (como expresivamente se señala en la Exposición de Motivos) a pesar de la muerte del titular de los derechos y, para su ejercicio, se dispone en la ley una legitimación extraordinaria en favor de las personas señaladas en el art. 4 L.O./82 (art. 6.1 L.O. 1/82)<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Pamplona, 2003, pág. 121, considera que la muerte del titular del derecho no es obstáculo para considerar que es dicho derecho el protegido mediante el ejercicio de la acción, de modo que la acción es el derecho mismo en ejercicio. De sucesión en la acción por mandato legal no a favor de los herederos, sino de los designados en el art. 4 L.O. 1/82, habla M. YSÁS SOLANES, «La protección a la memoria...» cit., pág. 814. Por su parte, M. ALONSO PÉREZ, *La protección de la personalidad...*, cit., pág. 128, considera que «las personas legitimadas ex art. 4, a quienes el legislador de 1982 encomienda también el ejercicio de las acciones protectoras del derecho al honor, intimidad e imagen lesionado en vida (art. 6.1), reciben la acción por vía sucesoria (hay transmisión *mortis causa* de la misma), pero no por vía hereditaria».

A la hora de interpretar la justificación y el alcance de esta legitimación no puede obviarse la explicación que se dedica a este supuesto en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/82, en la que, textualmente, se dice: «En el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento, sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, sólo subsistirán éstas si no hubieran podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si pudo ejercitarlas y no se hizo, existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o de su representante legal».

Con fundamento en esta explicación de la Exposición de Motivos, se ha interpretado que «el legislador parte de que en esta hipótesis (ofensas en vida sin ejercitar la acción antes del fallecimiento), es principio general o presuntivo que el ofendido no quiso actuar, bien por indiferencia, inercia o simple renuncia»<sup>60</sup>. Incluso se ha sostenido que, para que los legitimados puedan ejercitar las acciones, se precisa que el fallecido hubiera manifestado su deseo de interponer la demanda<sup>61</sup> o se pudiera deducir de sus actos que quiso hacerlo<sup>62</sup>. En esta línea restrictiva del ámbito de aplicación de los supuestos en los que pueden ejercitar la acción los legitimados, se ha defendido que sólo procederá cuando el fallecimiento del titular de los derechos se produce de forma casi inmediata a la intromisión en sus derechos de la personalidad<sup>63</sup>.

En realidad, a mi juicio, la Exposición de Motivos no añade ningún dato a la interpretación que no quepa deducir del texto del artículo 6.1 L.O. 1/82. La cuestión se reduce a determinar si, atendiendo a las circunstancias, *pudo* o no *pudo* el titular del derecho lesionado ejercitar la acción, por sí o por su representante legal. Posibilidad que dependerá de que *ignorara* la intromisión antes de su fallecimiento (por ejemplo, no llega a conocer la publicación de la noticia difamatoria, atentatoria a su intimidad, o la de su fotografía, por estar ausente o encontrarse gravemente enfermo) o de que, si la conoció, se

---

60 M. ALONSO PÉREZ, «La protección de la personalidad...», cit., pág. 128. Incluso se ha afirmado, E. LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Madrid, 1996, pág. 85, que se trata de un supuesto claro en el que se puede presumir la existencia de una renuncia a la acción.

61 M<sup>a</sup>. E. BODAS DAGA, *La defensa post mortem...*, cit., pág. 192.

62 M. YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos de la personalidad...», cit., pág. 1406.

63 X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1991, pág. 74.



vio *imposibilitado*, antes de morir, para ejercitar la acción por circunstancias objetivas que, de forma particular, habrán de valorarse como obstativas para el ejercicio de la acción. Al legitimado que ejercite la acción le corresponderá la prueba, en el primer caso, de la *ignorancia* y, en el segundo, de la *imposibilidad*, sin que además pueda exigírsele, en este segundo, que acredite que, tácita o expresamente, el fallecido hubiera manifestado su voluntad de ejercitar la acción. Porque si efectivamente tuvo *posibilidad* de ejercitar la acción, las personas previstas para su ejercicio carecerán de legitimación y no podrán interponerla, por hallarse fuera del supuesto de hecho de la norma, sin que tenga trascendencia que el no ejercicio de la acción por su titular se debiera a desidia, consentimiento en la intromisión o renuncia tácita a su ejercicio. Estas mismas consideraciones son igualmente válidas, en su caso, con respecto al representante legal, quien definitivamente dejará de estar legitimado al fallecimiento de su representado.

El problema fundamental reside, de todas formas, en determinar el plazo en que en cualquiera de los dos supuestos enunciados pueden los legitimados ejercitar la acción. Porque, como es sabido, el art. 9.5 L.O. 1/82, establece que «las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas»<sup>64</sup>. Entonces, si el titular del derecho lesionado no conoció en vida la intromisión o conociéndola le fue imposible el ejercicio de la acción, ¿cuándo habrá de iniciarse el cómputo de los cuatro años para los legitimados *ex art.* 6.1 L.O./82? Desde luego, el *dies a quo* no puede referirse al fallecido porque, aunque la acción estuviera ya en su patrimonio desde la intromisión, no comenzó el cómputo del plazo pues no *pudo* ejercitarla, sino al legitimado que ejercite la acción, al cual competirá, por ser un presupuesto o requisito esencial de su acción (art. 217 LEC), la carga probatoria de que la ejercita antes de su caducidad, sin que pueda darse una respuesta con validez general del momento de inicio de dicho cómputo, pues «la doctrina jurisprudencial no asume una respuesta concluyente en este particular, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto» (por todas, STS 727/2008, de 17 de ju-

---

64 Con razón se ha dicho (M. YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos de la personalidad...», cit., pág. 1416) que se trata de una caducidad rara pues situar el comienzo del plazo en el momento en el que el legitimado *pudo* ejercitar la acción sugiere la idea de prescripción.

nio<sup>65</sup>). En consecuencia, cuando sean varios los legitimados para el ejercicio de la acción (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos), si se declarara la caducidad de la acción respecto de uno que ejercite la acción ésta podrá intentarse «por otro de ellos si efectivamente prueba que desde que tuvo conocimiento de los hechos o de la existencia del procedimiento interpuesto por otro de los colegitimados no ha transcurrido el plazo de caducidad».<sup>66</sup>

Hasta el momento, a pesar de los años transcurridos desde la entrada en vigor de la L.O. 1/82, no conozco de la existencia de jurisprudencia sobre este supuesto de ejercicio de acciones de protección civil de derechos fundamentales tras la muerte de su titular, pero por intromisiones producidas en vida. Sin embargo, alguna de las decisiones jurisprudenciales quizá hubiera debido de ser reconducida a esta previsión del art. 6.1 L.O. 1/82. Cabe cuestionarse, así, si en el asunto resuelto en la STC 231/1988, de 2 de diciembre (comercialización del vídeo con imágenes de la vida de torero *Paquirri*, entre las que se incluían las de la faena en la que resultó cogido, su traslado e ingreso en la enfermería de la plaza de toros en la que fue atendido y su conversación en ella con un sanitario y otras personas presentes)<sup>67</sup>, el supuesto de hecho no era el de una intromisión en vida en los derechos fundamentales del famoso torero. Es cierto que la demanda se interpuso al amparo del art. 4.2 L.O. 1/82, pero, curiosamente, en el *petitum* no se solicitaba la indemnización para los parientes mencionados en dicho precepto, como hubiera procedido a tenor de lo dispuesto en el art. 9.4, L.O. 1/82, sino para su viuda demandante y para los demás herederos, destino que, según este artículo, corresponde a la indemnización cuando se ejercita la acción con fundamento en el art. 6 L.O. 1/82. Con independencia de que se concediera el amparo a la demandante por considerar que las imágenes del vídeo co-

---

65 Recuerda esta sentencia que: «Así, en sentencias de esta Sala de fecha 28 de mayo de 1990 se entendió que, respecto al tiempo inicial del cómputo, coincidían el momento en que lo supo el agraviado y el instante en que éste pudo ejercitar la acción; y que dicho día fue aquel en que la demandante tuvo conocimiento de los escritos forenses donde se conocieron las injurias reputadas como ofensivas. En la sentencia de 9 de julio de 2004, relativa a la utilización de un título nobiliario como nombre comercial de un hotel, se dice que *mientras no deje de utilizar dicho nombre la intromisión ilegítima sigue perpetrándose, por lo que no empezaría a contar el plazo de caducidad*».

66 P. GONZÁLEZ POVEDA, «Cuestiones procedimentales...», cit., pág. 336. De la misma opinión M<sup>a</sup>. E. BODAS DAGA, *La defensa post mortem...*, cit., pág. 250.

67 Vid. nota nº 6.

mercantilizado constituirían una intromisión en la intimidad familiar, es decir, en un derecho fundamental propio de la viuda demandante, lo cierto es que una vez que se estimó que las imágenes grabadas en la enfermería tenían carácter íntimo, al no formar parte del espectáculo, y que no podía apreciarse que hubiera habido consentimiento del afectado para su grabación, lo procedente hubiera sido considerar que fue en vida del torero cuando se produjo una violación de su derecho a la imagen y, en su caso, a la intimidad. Porque, en realidad, no es (o no es sólo) la difusión del video, que efectivamente se realizó tras su muerte, la conducta constitutiva de la intromisión en esos derechos de la personalidad. De acuerdo con lo previsto en el art. 7, apartados 2 y 5, L.O. 1/82, la intromisión ilegítima se produjo por la simple grabación de las imágenes y de las conversaciones del torero mientras estuvo en la enfermería, es decir la intromisión tuvo lugar en los derechos de la personalidad de una persona viva, que obviamente no pudo ejercitar las acciones por sobrevenirle la muerte en un momento inmediatamente posterior a la lesión de sus derechos<sup>68</sup>.

Parecidas consideraciones pueden hacerse sobre los supuestos resueltos por la STS 490/2003, de 23 de mayo<sup>69</sup> y por la SAP de Asturias, Secc. 7ª, 99/

---

68 Por las mismas razones que en el texto, considera Mª. E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido patrimonial de la herencia...», cit., pág., 99, que el caso podía haberse circunscrito a las previsiones del art. 6.1. L.O. 1/82.

69 Los hechos declarados probados que el Tribunal Supremo considera relevantes son los siguientes: 1º. El 25 de abril de 1993 don F.A.R.C. circulaba por la carretera comarcal 607 de Madrid a Colmenar Viejo, conduciendo el vehículo de motor de clase turismo F-....-FZ en dirección a Madrid, y, al llegar a la altura del Kilómetro 15,500, colisionó con una acequia, volcando el coche y quedando don F.A.R.C. tendido en la calzada aprisionado y aplastado por el turismo en lenta agonía que acabaría con su fallecimiento tres días más tarde en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid, adonde había sido trasladado por el Servicio Municipal de Ambulancias de Madrid (Samur); 2º. Trabajadores de Iconica, S.A. (cuyo director era don I.P.P.) se personaron el día 25 de abril de 1993 en el Kilómetro 15,500 de la carretera comarcal 607 de Madrid a Colmenar Viejo, cuando don Pedro Francisco se encontraba aprisionado y aplastado por el turismo, y grabaron en vídeo la intervención de los Bomberos, de la Cruz Roja y del Samur a través de la cual se logra liberar al herido, subirlo a una camilla e introducirlo en una ambulancia con dirección al Hospital Ramón y Cajal. El vídeo grabado tiene una duración de 3 minutos y 23 segundos y refleja la labor desarrollada por los bomberos, la Cruz Roja y el Samur, salvo en dos puntuales momentos (de unos cinco segundos de duración cada uno) en los que aparece un plano del rostro apoyado en el suelo de don Pedro Francisco cuando se encontraba aprisionado en el coche; 3. A las 21 horas y 30 minutos del viernes día 30 de abril de 1993, Telemadrid, S.A., sin contar con el consentimiento del finado don F.A.C.R. ni con el de su viuda doña M., emitió por televisión el programa titulado «Emergencia», con una duración de una hora y 15 minutos, durante el cual aparece el vídeo grabado en el Kilómetro 15'500 de la carretera comarcal 607 de Madrid a Colmenar Viejo; 4º. Declara igualmente la

2006, de 24 de febrero<sup>70</sup>. En el origen de ambas sentencias se encuentra la reproducción (en el primer caso en un vídeo emitido en una televisión, y, en el segundo, en una fotografía publicada en un periódico), tras su fallecimiento, de la imagen de una persona captada, sin su consentimiento, tras haber sufrido un accidente de circulación. La sentencia del Tribunal Supremo confirma la de instancia y considera que se ha producido una intromisión en el derecho a la imagen del fallecido, por entender que no podían considerarse accesorias «las imágenes en las que aparece el rostro del accidentado aprisionado entre el asfalto de la carretera y su vehículo destrozado»<sup>71</sup>, y estar grabadas «en circunstancias en que la persona se hallaba imposibilitada para prestar o negar su consentimiento, no obstante la proximidad de la persona que estaba realizando la filmación». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias confirma la sentencia de instancia y desestima la demanda por entender que no se ha vulnerado el derecho a la imagen de la persona fotografiada, al tratarse de una información gráfica sobre un suceso acaecido en un lugar público, que complementa el resto de la información escrita del artículo y no poder ser identificada la persona solamente por la imagen.<sup>72</sup>

---

sentencia recurrida que el objeto de los programas es informar de la actuación diaria, en situaciones reales, de los diferentes Cuerpos de Seguridad y Protección Civil que prestan sus servicios públicos y humanitarios en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid.

70 En el periódico «La Voz de Asturias», del día 9 de septiembre de 2003, se publica un artículo bajo el título «Jornada negra del tráfico deja dos muertos y numerosos heridos», ilustrado con la fotografía de una persona irreconocible (al verse muy oscura la imagen y hallarse parcialmente tapada la cara de la persona accidentada) mientras era atendida en una ambulancia, figurando al pie de foto tan solo las iniciales del accidentado e indicándose en el cuerpo de la noticia, en relación a esta persona, que había quedado atrapada en el turismo, que sufría traumatismo craneal y que hubo de ser excarcelada por los bomberos.

71 «Se trata de primeros planos que ocupan todo el espacio de la pantalla al ser proyectados y en los que, además del accidentado, solo aparece la parte inferior de una pierna de una persona que se encuentra de pie; en esos planos no aparece que se estuviera prestando asistencia alguna directamente al accidentado independientemente de la labor que se llevaba a cabo para liberarle de entre los restos de su automóvil, por lo que, en esos fotogramas, el accidentado adquiere total protagonismo en la noticia filmada. Que tales fotogramas eran parte importante del reportaje, no obstante su corta duración, se pone de manifiesto por el hecho de su repetición en dos momentos distintos, lo que evidencia la importancia que a la situación del accidentado dio el autor del reportaje. No se trata, por tanto, de la reproducción de la imagen de una persona de carácter accesorio a una noticia principal, sino objeto principal de la noticia, junto con la actuación de quienes prestaban su auxilio al accidentado en aquellos momentos».

72 «Ninguna de las personas que aparecen en la imagen puede ser identificada y además tampoco se facilitan nombres y apellidos, sino sólo figuran las iniciales y se recoge el momento en que los operarios del servicio de urgencias asisten al herido, mostrándose una imagen de una persona herida –no identificada ni fácilmente identificable– que está siendo atendida por los correspondientes servicios médicos».

Con independencia del resultado final al que llegan ambas resoluciones, no deja de ser sorprendente que en ninguna de ellas se trate el caso como comprendido en el supuesto de hecho del art. 6.1 L.O. 1/1982, esto es, como lesión en vida del derecho fundamental de una persona que fallece sin posibilidad de ejercitar la acción para su reparación.<sup>73</sup> Tanto más cuanto que en la sentencia del Tribunal Supremo (pleito en el que nadie cuestionó la legitimación de la esposa), se argumenta, expresamente, con la ausencia de consentimiento de la persona accidentada mientras estaba siendo grabada en vídeo, y que en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, en la que los demandados alegaron la falta de legitimación de los padres con fundamento en la STC 231/1988, se desestima la excepción argumentando sobre la doctrina de esta sentencia<sup>74</sup> cuando podía más fá-

---

73 Circunstancia que no se destaca incluso en algún comentario elogioso de la sentencia del Tribunal Supremo, a pesar de advertirse que el objeto del pleito, estaba referido al derecho a la imagen de una persona viva. Cfr. A. SALAS CARCELLER, «El derecho a la intimidad y propia imagen de persona fallecida (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 23 de mayo de 2003)», *RJ* nº 3-bib 2004/246: «En definitiva se trata de una importante sentencia que sitúa en el plano prevalente los derechos de la personalidad, en concreto el derecho a la propia imagen de persona *posteriormente fallecida* (la cursiva es mía) frente al aspecto puramente morboso de la información que, lejos de limitarse a reflejar la actuación de los equipos de asistencia, se extiende a la captación directa de la imagen de una persona que agoniza».

74 «En orden a la legitimación ciertamente la sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de amparo interpuesto por la viuda de un torero, contra la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que desestimaba la acción de protección civil, que había deducido frente a una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen, en base a la producción y exhibición de un vídeo en el que se grabaron los momentos inmediatamente anteriores a la muerte de su marido que se produjo a consecuencia de las heridas causadas por la cogida del asta de un toro que estaba lidiando en la plaza de Pozoblanco, en Córdoba. Se dice en esta sentencia que: « En lo que atañe a los derechos que se invocan del torero muerto... Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10 de la Constitución.... Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo... una vez fallecido el titular de esos derechos y extinguida su personalidad lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminado a garantizar un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas a la obtención de una indemnización) a favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional... el derecho a la imagen no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aún cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales»; pasando, a continuación, a reconocerle, a la viuda recurrente, legitimación

cilmente haberse declarado fundada a tenor de la concedida por el art. 6.1 L.O. 1/82.<sup>75</sup>

### 1. *Continuación de las acciones ya entabladas por el titular del derecho lesionado*

Cuando el titular del derecho lesionado ya ha entablado las acciones en defensa del derecho lesionado y fallece, el art. 6.2 L.O. 1/82 permite a la persona legitimada (o varias, en su caso) que corresponda, de acuerdo con lo previsto en el art. 4.1 L.O. 1/82, que continúen las acciones emprendidas<sup>76</sup>. Se trata de un supuesto de sucesión procesal<sup>77</sup>, en el que se produce una clara falta de concordancia entre la regulación sustantiva y la procesal. Efectivamente, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a diferencia de la derogada, que no contenía una regulación expresa, contempla la sucesión proce-

---

para invocar su propio derecho, derivado de su personalidad, a su intimidad familiar. En cualquier caso, esta doctrina se aparta de la que se mantiene en otros Estados de nuestro entorno, como Alemania (así el Tribunal Federal y el Constitucional en el caso Mephisto, y tampoco ha sido la seguida por nuestro propio Tribunal Constitucional en otras sentencias posteriores (la 171/1990 de 12 de noviembre de 1990 de la Sala Segunda; 172/1990, de 12 de noviembre, de la Sala Segunda; 214/1991, de 11 de noviembre, de la Sala Primera). Y en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 1.152/1994, de 21 de diciembre de 1994 se reconoce la legitimación de una hija para ejercitar la acción de protección civil frente a una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de su madre ya fallecida hacía bastante tiempo, haciendo referencia a la mentada STC de 2-12-88 para señalar con relación a la misma que « el derecho a la propia imagen de quien ha muerto no cabe alcance protección en dicha vía de amparo-constitucional– lo que no empece para poder ser protegidos en vía judicial por ser cuestión de legalidad ordinaria con lo que no se excluyen los derechos que puedan asistir a los descendientes y que la ley 1/82 regula, otorgándose al efecto la legitimación necesaria y titularidad de las correspondientes acciones. Además debe tenerse en cuenta el Art. 4 que expresamente faculta para el ejercicio de las acciones reconocidas en la misma a quien aparezca designado en el testamento de la persona fallecida y, en su defecto, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento».

75 M<sup>a</sup>. E. BODAS DAGA, *La defensa post mortem...*, cit., pág. 193, se plantea la misma cuestión que en el texto, con respecto a la STC 231/1988 y a la STS 490/2003, de 23 de mayo, aunque, como estima que para que nos encontremos en el supuesto previsto en el art. 6.1 L.O. 1/82 se precisa que, tras la intromisión, hubiera manifestado la persona que sufrió en vida la lesión de su derecho su deseo de ejercitar las acciones, considera que en ambos casos nos encontramos en el supuesto previsto en el art. 4 y no en el art. 6.1 L.O. 1/82.

76 Art. 6.2 L.O. 1/82: «Las mismas personas (*es decir las del art. 4*) podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere».

77 Para M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil...», cit., pág. 129, los legitimados son transmisarios de la *legitimatio ad processum* por mandato legal.

sal por muerte en su art. 16.1, «cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos»<sup>78</sup>. Como ya ha quedado suficientemente expuesto previamente, los continuadores de la acción, en este caso, no son sucesores en los derechos de la personalidad del difunto pues éstos, como tales, quedaron extinguidos a su fallecimiento. Pero el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil contemple únicamente la sucesión procesal por transmisión *mortis causa* del objeto del proceso, no puede interpretarse como una razón obstativa a que proceda la sucesión procesal cuando una ley, en este caso orgánica, contemple otros supuestos de semejante sucesión. Admitirlo supondría aceptar que las previsiones de la ley sustantiva pueden quedar sin efecto porque su especialidad no se ha contemplado expresamente en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>79</sup>. En consecuencia, considero que siguen estando plenamente vigentes las consideraciones recogidas en el ATC 242/1998, de 11 de noviembre<sup>80</sup>, sobre la sucesión procesal prevista en la L.O. 1/82: «nuestro ordena-

---

78 Vid. sobre este artículo: J. F.GARNICA MARTÍN, «Comentario al artículo 16 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por M.A. Fernández Ballesteros, J.M. Rifá Soler y J.F. Valls Gombáu, tomo I, Barcelona, 2000, págs. 235 a 234; F. CORDON MORENO «Comentario al artículo 16 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por F. Cerdón Moreno, T. Armenta Deu, J.J. Muerza Esparza e I. Tapia Fernández, vol. I, Pamplona, 2001, págs. 220 a 223; J. BANACLOCHE PALAO, «Comentario al artículo 16 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, de A. de la Oliva Santos, I. DÍEZ-PICAZO Jiménez, J. Vegas Torres y J. Banacloche Palao, Madrid, 2001, págs. 112 a 114. I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (y A. de la Oliva Santos), Madrid, 2000, pág. 195, afirma que el supuesto de sucesión procesal por muerte, abarca cualquier caso de sucesión *mortis causa*, ya sea a título de heredero del causante, o a título de legatario o incluso por derecho legal a subrogarse.

79 Además, como se ha dicho (M<sup>a</sup>. E. BODAS DAGA, *La protección post mortem...*, cit., pág. 201), la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha derogado la L.O. 1/82 que es de aplicación preferente por ser ley especial.

80 Recurso de amparo interpuesto por Ramón Sampedro Cameán, y continuado, tras su fallecimiento, por su heredera contra auto de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña de 19 de noviembre de 1996, desestimatorio del recurso de apelación contra el Auto del Juzgado del Primera Instancia de Noia, que negó el reconocimiento del derecho al actor para que su médico de cabecera quedase autorizado a que le suministrase los medicamentos necesarios para evitar el dolor, la angustia y la ansiedad que el estado en que vivía le producía, sin que ello en ningún caso, pudiera haber sido considerado, desde el punto de vista penal, como ayuda al suicidio, delito o falta alguna, ya que el actor asumía plenamente el riesgo de que tal medicación pudiera suponer, llegado el caso, morir dignamente. Con anterioridad, en el recurso de amparo promovido por la viuda del escultor Pablo Serrano (STC 35/1987, de 18 de marzo), invocó para interponerlo por sucesión procesal, su cualidad de heredera y que, en caso de no estimarse la sucesión procesal por esa cualidad, que se le aplicaran por analogía los arts. 4.2 y 6.2 de la L.O. 1/82.

miento jurídico, en presencia de acciones procesales encaminadas al reconocimiento y defensa de ciertos derechos de la personalidad, permite la continuidad en su ejercicio por los herederos y otras personas, una vez fallecido el demandante»; sucesión procesal en la que «no se produce en estos casos un llamamiento de los continuadores de la acción ya emprendida, o sucesores procesales, a título *iure successionis* sino *ope legis*, en tanto que el legislador así lo ha dispuesto expresamente»<sup>81</sup>.

La legitimación que se deriva del art. 6.1 de la L.O./82 para las personas mencionadas en su art. 4, lo es únicamente para continuar el ejercicio de las acciones civiles que se prevén en la misma, de manera que si el titular del derecho lesionado ha optado por la vía penal<sup>82</sup>, se haya reservado o no la

---

81 Doctrina que no se ve desvirtuada por ulteriores decisiones, porque en ellas coincidiera también en los continuadores del recurso de amparo la cualidad de herederos: Vid. ATC 176/2001, de 29 de junio, recurso de amparo interpuesto por abogado barcelonés (que fallece durante la tramitación del procedimiento constitucional, en cuyo lugar se subrogan sus herederos), en el que se afirma que «como hemos reconocido en el ATC/242/1998, nuestro ordenamiento jurídico en presencia de acciones procesales encaminadas al reconocimiento y defensa de ciertos derechos de la personalidad, permite la continuidad en su ejercicio por los herederos y otras personas...» (la cursiva es mía); ATC385/2004, de 18 de octubre, recurso de amparo formulado por Cristóbal B.R. (fallecido durante la sustanciación del proceso constitucional), en el que se subrogan sus herederos, se dice que «el proceso constitucional no se extingue necesariamente por el fallecimiento del demandante, en cuyo lugar, se subrogan, *en este caso* (la cursiva es mía) por vía de sucesión *mortis causa*, sus herederos»; y STC 287/2007, de 20 de marzo, en la que se admite el recurso de amparo promovido por la viuda, que continuaba el pleito como sucesora procesal de su fallecido marido (el abogado barcelonés cuyo recurso de amparo había dado lugar frente a otra decisión judicial en el mismo asunto al ya citado ATC 176/2001, de 29 de junio).

82 Los derechos protegidos civilmente por la L.O.1/82 gozan también de tutela penal. El Código penal derogado sancionaba los delitos de calumnia y de injuria contra particulares (arts. 453 a 456 y 457 a 461), además del desacato, la injuria y calumnia contra autoridad pública o clase determinada del Estado (art. 467-III). La necesaria coordinación de la protección penal con la protección civil se hizo de manera desafortunada en el artículo 1.2 L.O. 1/82 en el que, partiendo de la concepción de que la protección penal debía de ser preferente por su mayor efectividad, se establecía que «cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código penal. No obstante, serán de aplicación los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito». Este precepto vaciaba gran parte del contenido de la protección civil del honor pues, en la mayoría de los casos, la intromisión ilegítima al honor podía entenderse comprendida dentro de los tipos delictivos descritos. Por eso, durante los primeros años de aplicación de la Ley, en las demandas civiles sobre protección al honor era frecuente que el demandado planteara la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, prevista en el artículo 533.1ª LEC, con objeto de reconducir la demanda a la vía penal, en la que siempre es mayor la dificultad de que se produzca la condena por calumnia o injuria. Tras unos años de jurisprudencia vacilante sobre la prevalencia de la jurisdicción penal o de la jurisdicción civil, se resolvió la cuestión distinguiendo entre los delitos perseguibles a instancia de parte y los delitos perseguibles de oficio. Así, se consideró que si la intromisión ilegítima podía ser constitutiva de



acción civil, en ningún caso podrán ejercitar acción alguna, con fundamento en la L.O. 1/82, ya que no tienen la cualidad de sucesores de unas acciones que el titular no ejercitó. Si el titular del derecho lesionado ha optado por la vía penal<sup>83</sup>, serán los herederos quienes podrán continuarla, al amparo de lo previsto en el art. 276 LECrim<sup>84</sup>, no pudiendo, por tanto, producirse un ejercicio simultáneo de las acciones penales por los herederos y de las civiles con fundamento en el art. 6.1 L.O. 1/82.

---

delito perseguible a instancia de parte (calumnia o injuria), puesto que el ejercicio de la acción civil extingue la acción penal, era preferente la jurisdicción civil (SSTS 11-X-1988, 16-XII 1988 y 4-IV-1989); por el contrario, si la intromisión ilegítima podía ser constitutiva de un delito perseguible de oficio (desacato, injuria o calumnia contra autoridad pública o clase determinada del Estado), puesto que la acción penal no quedaba extinguida por el ejercicio separado de la acción civil, se entendía preferente la jurisdicción penal (STS 11-XI-1988, 23-II-1989 y 17-II-1989). Esta situación finalmente varió a raíz de la STC 24171991, de 16 de diciembre, que al resolver un recurso de amparo frente a la STS de 23-II-1989 (que había anulado todas las actuaciones civiles practicadas, por entender que los hechos podían ser constitutivos de un delito de desacato), estableció como doctrina que, aunque los hechos pudieran constituir un delito perseguible de oficio, si no estaba pendiente proceso penal alguno sobre esos hechos ni la decisión de la cuestión que constituye el objeto del proceso civil venía condicionada por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito, negar el ejercicio civil de la acción suponía vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, como resultado último, lesión del propio derecho fundamental al honor. Tras la aprobación del nuevo Código penal y la reforma del art. 1.3 L.O. 1/82, por su Disposición Final 4ª, ha de entenderse resuelta esta problemática cuestión. En la actualidad, todos los ilícitos civiles previstos en esta ley son también ilícitos penales (intimidad e imagen, en los arts. 197 a 201 CP; y honor, calumnia e injuria, en los arts. 205 a 216 y 620-2º CP), sancionables únicamente a instancia del perjudicado. Además, de una parte, el vigente artículo 1.3 L.O. 1/82 dispone que el carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley, y, de otra, el art. 109.2 CP permite que el perjudicado opte, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil. En consecuencia, quien opte por el ejercicio de la acción civil no se expone ya a una declaración de incompetencia de jurisdicción y quien prefiera ejercitar la acción penal, salvo que se reserve exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil, si obtiene condena penal obtendrá también la indemnización de los daños de acuerdo con los criterios del artículo 9.3 L.O.1/82.

83 Aunque se trata de un tema que no afecta al contenido de este trabajo, es oportuno recordar la llamada «teoría de la opción» iniciada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de septiembre de 1988, cuya consecuencia era que la opción del perjudicado por la vía penal, impedía la posterior interposición de una demanda civil, con independencia del resultado del pleito penal, y que ha de considerarse invalidada tras la STC 236/2006, de 17 de julio que declaró nula la sentencia del TS de 18 de febrero de 2004. Cosa distinta es que, ahora, si con posterioridad se ejercita la acción civil en protección del derecho fundamental lesionado, los tribunales puedan apreciar la caducidad de la acción, como se desprende de la reciente STS 287/2007, de 20 de marzo. Sobre el tema, vid. A. LAMARCA I MARQUÈS, «Acción penal, remedios civiles y protección del derecho al honor: caducidad, incompatibilidad y opción de la víctima», *Derecho Privado y Constitución*, nº 19, 2005, págs. 93 a 163.

## 2. La indemnización y su destino

Dispone el art. 9.4 L.O. 1/82, en su inciso final, que «en los casos del art. 6, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado». Lógica solución si se parte del principio de que el derecho a la reparación, tanto de los daños patrimoniales cuanto (como ya es ahora generalmente aceptado) de los daños morales, existe desde el momento de la lesión. El crédito para su reparación ya estaba, en consecuencia, en el patrimonio de la persona afectada antes de su fallecimiento sin necesidad de que estuviera declarado en una sentencia (sentencia que tendrá carácter meramente declarativo) y aunque el pleito ni tan siquiera hubiera comenzado.

La doctrina se ha mostrado crítica con la solución del legislador de hurtar la legitimación en estos supuestos a los herederos<sup>85</sup>. En esta línea, se ha llegado a afirmar que, puesto que para reclamar para la herencia los únicos legitimados son los herederos y el albacea y puesto que el derecho procesal a reclamar lo que corresponde al patrimonio hereditario sigue las mismas reglas que el resto de los derechos de crédito, al legitimado no sucesor sólo le debieran de corresponder las acciones de cesación y de negación, así como las medidas cautelares para evitar lesiones futuras<sup>86</sup>.

---

84 Art. 276 LECrim: «Se tendrá también por abandonada la querrela cuando por muerte o por haberse incapacitado el querellante para continuar la acción, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a sostenerla dentro de los treinta días siguientes a la citación que al efecto se les hará, dándoles conocimiento de la querrela». Por algunos autores se ha considerado contradictorio que sean los herederos los continuadores de la acción penal y no sean los legitimados para la continuación de las acciones civiles, vid. C. GARCÍA PÉREZ, *Titulares de los bienes...*, cit., pág. 110 y M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil de la personalidad pretérita...», cit., pág. 129.

85 M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil de la personalidad pretérita...», cit., pág. 135. C. GARCÍA PÉREZ, *Tutela de los bienes de la personalidad...*, cit., págs. 113 y 114, sugiere que «la norma prevista en el artículo 6 de la L.O. 1/1982 legitimando a los sujetos enumerados en el artículo 4 de dicha Ley, no es una norma excluyente, y que, en todo caso, los herederos son los facultados naturales para el ejercicio de tales acciones cuando la lesión se produjo en vida de su causante», de manera que aunque haya otras personas facultadas para actuar, no impide que se aplique el régimen general de transmisión de las acciones y de los derechos de carácter o naturaleza patrimonial. Por su parte, M<sup>a</sup> E. RODRIGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido no patrimonial, cit., págs. 96 y 97, de acuerdo con su tesis de que los derechos se transmiten a la muerte de su titular considera que el derecho a la adopción de las medidas legales oportunas y al resarcimiento del daño moral se transmitiría mortis causa a los familiares señalados en el art. 4, pero añade que cuando no sean herederos, la transmisión habría de producirse a favor del heredero, quedando la persona que ostenta la legitimación en virtud de la ley como un mero curador de la memoria del difunto.

86 C. GARCÍA PÉREZ, *Tutela de los bienes de la personalidad...*, cit., pág. 112. Comparte la opinión de la autora, M. YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos de la personalidad...» cit., pág. 1407.

En cualquier caso, conviene recordar que la opción del legislador no deja lugar a dudas y que, además, sortear la previsión legal y aceptar la legitimación en favor de los herederos podría merecer las mismas críticas, por cuanto que el destino final de la indemnización es la herencia y no los herederos, de manera que el lesionado en vida puede disponer en su testamento el destino final de la indemnización en favor de una persona concreta por vía de legado<sup>87</sup>. Por otra parte, no ha de olvidarse que cuando los legitimados suceden en la acción al titular del derecho lesionado, la petición de indemnización no se formula por ellos, sino por el propio titular del derecho lesionado.

#### IV. LA DEFENSA DE LA MEMORIA DEL FALLECIDO

##### 1. Los medios de tutela de la memoria

No existe en la L.O 1/82 ninguna especificidad en cuanto a los medios que, para su tutela, puedan utilizar las personas legitimadas cuando ejercitan la acción frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos de las personas fallecidas. Esto significa que disponen de las mismas medidas que, con carácter general, se establecen en dicha ley para la tutela judicial de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En consecuencia, el legitimado que ejercite la acción puede solicitar la adopción de las medidas previstas en el art. 9.2 L.O. 1/82, entre las que, como es de sobra conocido, algunas pueden ser solicitadas tanto con carácter cautelar cuanto a título de condena, mientras que otras solamente con este último carácter<sup>88</sup>. Entre las primeras se comprenden las medidas dirigidas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, y las que puedan adoptarse para preve-

---

87 SALVADOR CODERCH, P., El título de heredero, *RDN*, 1985, p. 423; A.L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, cit., págs. 385 y 386 y nota 405.

88 Estas medidas son clasificadas por la doctrina de diversas maneras. M. MARTIN CASALS, *El mercado de las ideas* (director P. Salvador Coderch), Madrid, 1990, pág. 382, tipifica estas medidas como: acción de cesación, acción de abstención, derecho de réplica, difusión de la sentencia e indemnización de los daños causados; por su parte, F. PANTALEÓN PRIETO, «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho privado y Constitución*, n° 10, 1996, págs. 209 y ss, las clasifica como acción inhibitoria, acción de retractación o de rectificación, acción declarativa y acción indemnizatoria; M. ALONSO PÉREZ, *La protección civil de la personalidad pretérita...*, cit., págs. 130 y 131, habla de acciones de cesación (medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima), acciones cautelares (para prevenir o impedir intromisiones ulteriores), acciones defensivas (que dan derecho de réplica), acciones reparadoras (difusión de la sentencia) y acciones indemnizatorias.

nir o impedir intromisiones ulteriores. Entre las segundas están fundamentalmente, aunque hay que recordar que no tienen carácter tasado, el reconocimiento del derecho a replicar, que es autónomo y compatible<sup>89</sup> con el derecho de rectificación que podrán ejercer los herederos del fallecido o sus representantes (art. 1.2 de la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación), y la difusión de la sentencia. Las cuestiones dudosas aparecen, por tratarse de la lesión de los derechos de una persona fallecida, en relación con la indemnización de los perjuicios causados (última de las medidas previstas en el art. 9.2); de ellos nos ocuparemos en el epígrafe siguiente al analizar la indemnización y sus destinatarios previstos para este supuesto en el art. 9.4, apartado primero, de la L.O. 1/82.

## 2. La indemnización y sus destinatarios

El art. 9.4 L.O. 1/82 dispone, en su primer inciso, que «El importe de la indemnización por el daño moral en el caso del artículo 4, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2 y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados». El precepto, como suele suceder con muchas de las disposiciones que se corrigen en un Proyecto de Ley en el trámite parlamentario<sup>90</sup>, presenta numerosos problemas de interpretación.

En primer lugar, desde los esquemas clásicos de la responsabilidad civil, puede cuestionarse la previsión legal de que proceda, en el supuesto de atentados a la memoria de una persona fallecida, una reparación mediante indemnización (que sólo puede ser evidentemente referida al daño moral), toda vez que a los muertos no se les puede dañar. En consecuencia, se ha propuesto que para la reparación del buen nombre de la persona fallecida, debieran de

---

89 En este sentido también F. HERRERO TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed. Madrid, 1994, págs. 300 y 301 y R. CASAS VALLES: «Honor, intimidad e imagen. Su tutela en la LO 1/82», *RJC*, 2-1989, pág. 319.

90 El apartado 4 del art. 9 debe su vigente redacción a una enmienda presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario de UCD con la siguiente justificación: «Se trata de cubrir la laguna relativa a los perceptores de la indemnización en los casos indicados. La solución de que la percibiera el que corriera a cargo del ejercicio de la acción no resulta justa y llevaría a posibles resultados indeseables. La fórmula propuesta es la más acorde con la naturaleza de cada supuesto y en caso del primero, atiende a criterios legales para la sucesión, que presuponen una mayor vinculación moral». Vid., sobre la enmienda y su tramitación, M. YSÁS SOLANES, «La protección a la memoria», cit., pág. 824 y nota nº 48 y P. GRIMALT SERVERA, *La protección civil...*, cit., pág. 152, nota nº 396.

ser suficientes las medidas no indemnizatorias comprendidas en el art. 9.2 L.O. 1/82 y que la indemnización debería «de centrarse en cubrir los *costes* de rehacer la reputación injustamente dañada»<sup>91</sup>. Y, si existiera una cantidad sobrante, ésta deberá de distribuirse entre las personas a las que el art. 9.4 L.O. 1/82 señala como destinatarias de la indemnización, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectadas<sup>92</sup>.

Sin embargo, creo que es posible otra interpretación del precepto, más acorde con la literalidad de la ley y que encuentra amparo en la doctrina resultante de las sentencias del Tribunal Constitucional 43/2004 y 51/2008. En mi opinión en el art. 9.4 L.O. 1/82 se contempla la indemnización por el daño sufrido por la personalidad pretérita (o daño a la memoria, si se prefiere), consistente en la pérdida de la valoración objetiva de la dignidad que la persona fallecida mantuvo en vida y para la que, en todo caso, se previó su destino. Existe daño a un bien jurídico protegido y el daño causado ha de ser reparado mediante la correspondiente indemnización. Indemnización que el legislador destina, en este caso, a los parientes, y que en el diseño de la ley no parece corresponderse al daño por ellos sufrido. Es cierto que a esa indemnización únicamente tienen derecho si la sentencia estima que han resultado *afectados*, y en la proporción en que la sentencia estime su afectación, por el daño ocasionado a la dignidad del difunto. Pero al requerir la afectación y erigirla en *presupuesto* del derecho a la indemnización el legislador parece únicamente estar solucionando el problema del destino de ésta. Y puesto que si se ha causado un daño a la dignidad del difunto ha de haber necesariamente una indemnización, se previene la posible ausencia de parientes afectados destinando entonces la indemnización a los causahabientes de aquél<sup>93</sup>

91 P. SALVADOR CODERCH, *¿Qué es difamar?...*, Madrid, 1987, págs. 36 y 37.

92 M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil...», pág. 134.

93 La imprecisa redacción del precepto ha ocasionado dudas en la doctrina acerca de si los causahabientes los son de la persona cuya dignidad ha sido dañada o se trata de los causahabientes de los destinatarios primeros de la indemnización. Ambas soluciones ha sido defendidas por la doctrina. En el mismo sentido que en el texto, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad, y propia imagen*, Madrid, 1991, pág. 216; M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil de la personalidad...» cit., pág. 134, que menciona como tales a herederos, legitimarios, legatarios de parte alícuota o cualquier beneficiario por vía sucesoria que traiga causa o título del causante; P. GRIMALT SERVERA, *La protección civil...*, cit., pág. 149, nota nº 385. También parece de la misma opinión A. L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, cit., pág. 382, nota 400, aunque en su trabajo posterior, «Breves notas...» cit., pág. 1585, nota 6, sostiene que se trata de los causahabientes de los parientes legitimados para la defensa de la memoria del difunto. Opinión, esta última, que comparte M<sup>a</sup>. E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido no patrimonial», cit., pág. 89.

prescindiendo ya, para ellos, del presupuesto de la afectación<sup>94</sup>.

Problema distinto, y de imposible solución en algún caso, es el de conseguir hacer efectiva la previsión legal ante las dificultades procesales que pueden plantearse. En efecto, como se ha indicado al inicio, el precepto se corrigió en el Senado con la finalidad de que la persona legitimada que ejercitara la acción no fuera la única destinataria de la indemnización. Con semejante reforma el objetivo perseguido de que obtengan la indemnización todos los posibles destinatarios, cuando no sean parte en el proceso, resulta difícil, cuando no imposible, de obtener. Sólo será factible si la acción es ejercitada conjuntamente por todos los posibles destinatarios de la indemnización o cuando, ejercitándola todos o alguno por separado, se procediere, si se cumplen los requisitos exigidos, a la acumulación de procesos regulada en los arts. 74 y ss. LEC. Por el contrario, si quien ejercita la acción en defensa de la memoria del fallecido es la persona designada a tal efecto por el testador (art. 4.1 L.O. 1/82) y en él no concurre la cualidad de pariente de los señalados en el art. 4.2 L.O. 1/82, la sentencia no podrá destinar la indemnización ni para él ni para quienes, según este último precepto, aparecen como posibles destinatarios. Lo mismo ocurrirá, en el supuesto de inexistencia de persona designada, cuando alguno o alguno de ellos la ejerciten, con respecto a los otros parientes legitimados que no la ejerciten. Esta consecuencia, creo que inevitable, se deriva de que resulta imposible que la sentencia que declare la lesión en la memoria del fallecido determine una indemnización para quienes no son parte en el pleito, aunque la pidieran para ellos quienes ejercitan la acción<sup>95</sup>. Será así, porque ni en el proceso ni en la sentencia podrá acreditarse

---

94 De opinión contraria es M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil de la personalidad...» cit., pág. 134, para quien los causahabientes del difunto también han de ser afectados para poder ser beneficiarios de la indemnización.

95 En este sentido se pronunció la SAP de Cáceres 138/2004, de 26 de abril. En el diario «El Periódico de Extremadura, del día 13 de abril de 2003 se publicó un artículo en el que se daba cuenta de que se había producido un nuevo crimen en la localidad de Miajadas, que era el segundo producido en la localidad en menos de una semana, y se señalaba por las iniciales a la persona fallecida de la que se afirmaba que era un toxicómano seropositivo de 44 años de edad. Al día siguiente, se informó de nuevo sobre esa noticia identificando a la víctima por el apodo con el que se indicaba era conocida la víctima en la localidad. La madre y el hermano del fallecido ejercitaron la acción de protección de la memoria del fallecido por violación de su intimidad personal y familiar (mencionaban en el hecho quinto de la demanda como uno de los perjudicados al hijo del fallecido y en el suplico solicitaban una indemnización para él) contra el director del periódico, la empresa editora y el periodista autor de las publicaciones. El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cáceres dictó sentencia el 23 de diciembre de 2004 en la que estimando la demanda, condenó a los

su grado de afectación y, en consecuencia, qué parte de la indemnización les corresponde. Además de que resultaría totalmente absurdo conceder una indemnización a quien no ha ejercitado la acción, cuando a lo mejor no lo ha hecho porque no ha considerado que se hubiera producido una lesión en la memoria del difunto, porque no se considera afectado o porque, considerándose afectado, renuncia a cualquier indemnización.

Sólo alguna de estas situaciones puede encontrar remedio desde el punto de vista procesal, desde el momento en que en nuestro derecho no se admite la intervención por orden del juez (*iusso iudicis*), por ser expresión de una concepción de sus poderes incompatible con los principios que informan el proceso civil español.

Si quien interpone la acción es el designado en testamento, lo que excluye de la legitimación a los parientes, la única solución que éstos tendrán es la *intervención adhesiva simple* que los convertirá en *parte*, aunque en una *parte* sin todos los derechos del demandante (art. 13 LEC)<sup>96</sup>. El designado, como acaba de ser señalado, no puede hacer que el juez los llame al pleito y tampoco puede llamarlos él porque en la Ley de Enjuiciamiento Civil los supuestos de intervención provocada son típicos y tasados y tienen que estar previstos en dicha ley procesal o en algún precepto sustantivo (art. 14 LEC). Y, cuando la acción se interponga por uno o alguno de los parientes

---

demandados, por lo que aquí nos interesa, a indemnizar con la cantidad de 15.000 € al hijo menor del fallecido (que se encontraba bajo la tutela de la Junta de Extremadura y en situación de acogimiento familiar con su abuela demandante), a la madre del fallecido con la cantidad de 2.000 € y al hermano del fallecido con la cantidad de 1.000 €. Recurrida la sentencia por los demandados la Audiencia Provincial de Cáceres la revocó en cuanto a la indemnización concedida al hijo del fallecido (FD 5º) «[...] porque sencillamente dicho hijo menor no es parte en este procedimiento, y si no se es parte porque nadie ha comparecido en su nombre y representación, es obvio que no se puede conceder ninguna indemnización a dicho menor [...]. Añade la sentencia: «Ciertamente el art. 4 se refiere a las personas legitimadas y el art. 9 alude a la indemnización y a las personas a quienes corresponde, pero obviamente siempre que hayan ejercitado la correspondiente acción, porque por muy legitimada que esté alguna de las personas a que se refiere dicho precepto es evidente que para que puedan percibir la indemnización a que se refiere el art. 9 deberán haber ejercitado la correspondiente acción y haber sido parte del procedimiento. En el supuesto examinado, el hijo menor del fallecido no ha sido parte del procedimiento, por lo que difícilmente se le puede conceder indemnización alguna, sin perjuicio del derecho que le pueda corresponder que, en su caso, deberá ejercitar en el procedimiento que le corresponda».

<sup>96</sup> Vid. E. GONZÁLEZ PILLADO y P. GRANDE SEARA, «Comentarios prácticos a la LEC, (arts. 13, 14 y 15)», *InDret*, 1 (2005).

legitimados, la intervención de los demás sólo podrá producirse mediante una *intervención adhesiva litisconsorcial*<sup>97</sup>.

En consecuencia, al posible destinatario de la indemnización que no haya ejercitado la acción en defensa de la memoria del fallecido, no le quedará otro recurso que el de iniciar un procedimiento ordinario para el reconocimiento de su derecho con fundamento en el art. 9.4 L.O. 1/82, y solicitar la indemnización que le corresponda, aportando la sentencia en la que se declara la lesión a la memoria del difunto como fundamento de su pretensión indemnizatoria. En definitiva, se trata de una situación semejante a la del familiar que no ha sido parte en el pleito en el que se haya apreciado una intromisión en la intimidad familiar y pretenda, con posterioridad a la declaración de una intromisión en tal derecho, la correspondiente indemnización<sup>98</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, París, Defrénois, 2005.
- G. ALPA. *Manuale di Diritto Privato*, 5ª ed., Padova, Cedam, 2005.
- M. ALONSO PÉREZ, «La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Madrid, 2004, págs 117-137.
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, Giuffrè, 1960.
- J. BANACLOCHE PALAO, «Comentario al artículo 16 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, de A. de la Oliva Santos, I. Díez-Picazo Jiménez, J. Vegas Torres y J. Banacloche Palao, Madrid, 2001.
- C. M. BIANCA: *Diritto Civile. La norma giurudica, i soggetti*, Milano, Giuffrè, 1978.
- Ch. BIGOT, «Droits sur l'image des personnes: une matière réorganisée», *Gazette du Palais*, nº 138 a 139, 2007, págs. 8 a 17.

---

97 Vid. J. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, cit., págs. 260 y ss.; I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (y A. de la Oliva Santos), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2004, págs. 189 y ss.

98 Así puede deducirse de la STS 347/1989, de 25 de abril, dictada a raíz de la anulación por la STC 231/1998, de 2 de diciembre, de la STS de 28 de octubre de 1986, en la que se fijó la indemnización correspondiente a la viuda del torero F. Rivera, teniendo en cuenta las eventuales reclamaciones de otros familiares.



- M<sup>a</sup>. E. BODAS DAGA, *La defensa «post mortem» de los derechos de la personalidad*, Barcelona, Bosch, 2007.
- A.L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998; «Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen», *La Ley*, 1 (1999), 1577-1586.
- P. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, Comares, 1998; «Comentario a los artículos 15 y 16 de la Ley de Propiedad Intelectual», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinados por R. Bercovitz), 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 2007, págs. 237-256.
- V. CARPIO FIESTAS: «La protección de la memoria del fallecido por su pareja de hecho», *Aranzadi Civil*, 3 (2005), págs. 15-39.
- R. CASAS VALLES: «Honor, intimidad e imagen. Su tutela en la LO 1/82», *RJC*, 2-1989.
- F. CORDON MORENO «Comentario al artículo 16 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por F. Cerdón Moreno, T. Armenta Deu, J.J. Muerza Esparza e I. Tapia Fernández, vol. I, Pamplona, 2001.
- G. CORNU, *Droit Civil. Les personnes*, 13<sup>a</sup> ed., Paris, Montchrestien, 2007.
- M. De COSSIO, *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993.
- I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (y A. de la Oliva Santos), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.
- J. F. GARNICA MARTÍN, «Comentario al artículo 16 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por M.A. Fernández Ballesteros, J.M. Rifá Soler y J.F. Valls Gombáu, tomo I, Barcelona, 2000.
- J. GARVERÍ LLOBREGAT, *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Barcelona, Bosch, 2007.
- C. GARCÍA PÉREZ: *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley orgánica 1/1982*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.
- M. GARUTTI: *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Padova, Cedam, 1985.
- P. GRIMALT SERVERA, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, Iustel, 2007.

- M. GITRAMA GONZÁLEZ, Voz «Imagen (Derecho a la propia)», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XI, Barcelona, 1962; «El derecho a la propia imagen, hoy», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, vol. VI, Madrid, Consejo General del Notariado, 1998, págs. 203-252.
- E. GONZÁLEZ PILLADO y P. GRANDE SEARA, «Comentarios prácticos a la LEC, (arts. 13, 14 y 15)», *InDret*, 1 (2005).
- P. GONZÁLEZ POVEDA, «Cuestiones procedimentales, Honor, intimidad y propia imagen», Madrid, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993.
- V.C. GUZMÁN FLUJA, R. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil (La acumulación de acciones: Arts. 71 a 73 LEC), *InDret*, 3 (2008).
- T. HASSLER, La crise d'identité des droits de la personnalité, *Petites Affiches*, núm. 244, 2004, págs. 3 y ss.
- F. HERRERO TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed. Madrid, Colex, 1994
- F. IGARTUA ARREGUI, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 12 (1986), marginal 323; «La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona», *La Ley* 1(1990), págs. 1066-1080.
- A. LAMARCA I MARQUÈS, «Acción penal, remedios civiles y protección del derecho al honor: Caducidad, incompatibilidad y opción de la víctima», *Derecho Privado y Constitución*, 19 (2005), págs. 93-163.
- A. LASSO, «La legittimazione dei congiunti ad agire per la tutela della personalità del defunto», *Rassegna di Diritto Civile*, 3 (2008), págs. 688-718.
- Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6ª, ed., Paris, Dalloz, 2006.
- E. LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 1996.
- J.J. LÓPEZ JACOISTE, «Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, vol. VI, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988.
- J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007.
- X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Edersa, 1991.

- F. PANTALEÓN PRIETO, «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho privado y Constitución*, nº 10, 1996.
- M<sup>a</sup>. A. PARRA LUCAN, «Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad», *Anuario de Derecho Civil* (1987), págs. 987 y ss.; y, «De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988)», *Anuario de Derecho Civil* (1989), págs. 209-223.
- A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen, Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Pamplona, Aranzadi, 2003.
- F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruselas y París, Bruylant y L.G.D.J., 1990.
- M<sup>a</sup>. E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «El contenido patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto», *Revista de Derecho Patrimonial*, 15(2005), págs. 53-99.
- M. E. ROVIRA SUEIRO: *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Barcelona, Cedecs, 1999.
- A. SALAS CARCELLER, «El derecho a la intimidad y propia imagen de persona fallecida (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup>, de 23 de mayo de 2003)», *RJ* nº3-bib 2004/246.
- P. SALVADOR CODERCH, «El título de heredero», *Revista de Derecho Notarial*, XXXII, 127(1985), págs. 399-423.
- P. SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- P. SALVADOR, M.T. CASTIÑEIRA, D. FELIP, M. ISÁS, J.J. CANO, S. DURANY, E. GADEA, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, Cívitas, 1987.
- P. SALVADOR CODERCH, S. RAMOS GONZÁLEZ, A. LUNA YERGA, C. GÓMEZ LAGÜERRE, «Libertad de expresión y conflictos civiles», Capítulo V de *Libertad de expresión y conflicto institucional* (P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar, eds.) Madrid, Civitas, 2002.
- D. TALLON, Voz «Droits de la personnalité» *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil (on line)*, nº 163 a 170.
- T. VIDAL MARIN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, BOE, 2000.

M<sup>a</sup>. YSÁS SOLANES, «La protección a la memoria del fallecido en la L.O1/1982», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, vol. VI, Madrid, Consejo General del Notariado, págs. 789-827.

M. YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», *Tratado de responsabilidad civil*, 3<sup>a</sup> ed., Coordinado por L.F. Reglero Campos, Pamplona, Aranzadi, 2006, págs. 1333-1423.

## **COMUNICACIONES**



# **EL ART. 162 DEL CC: UNA REGLA ESPECIAL DE CAPACIDAD DE OBRAR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD**

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA  
Profesora Titular de Derecho Civil.  
Universidad de Granada

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL ART. 162 CC. III. APROXIMACIÓN A SUPUESTOS CONCRETOS: 1. El ejercicio de los derechos a la vida y la integridad física, en particular en el ámbito sanitario. 2. El ejercicio de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

## **I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Resulta ocioso destacar el interés del tema de la capacidad de obrar para el Derecho civil. Y ello, tanto desde el punto de vista del Derecho de la persona, del Derecho de Familia, como del Derecho Patrimonial. Pero, además, su interés se acrecienta en relación a los menores no emancipados.

Esto es así, porque mientras el Código civil delimita con cierta precisión la capacidad de obrar de los mayores de edad y de los menores emancipa-

dos, sin embargo, no se ocupa de forma sistemática de la capacidad de obrar de los menores no emancipados.

Ello ha llevado tradicionalmente a considerar que eran personas carentes por completo de capacidad de obrar. Sin embargo, la toma de conciencia de que la menor edad abarca un amplio abanico de edades en el que la capacidad intelectual y volitiva de una persona experimenta una profunda evolución, y la concepción más personalista del Derecho que impera en la actualidad, han llevado a matizar la histórica consideración del menor de edad no emancipado como persona jurídicamente incapaz de obrar por sí misma, para pasar a considerarlo como *persona con capacidad de obrar evolutiva*.

De ello, se hace eco la LO de Protección Jurídica del Menor de 1996, destacando en su Exposición de Motivos la tendencia existente tanto en España como en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, a reformular el derecho a la protección de la infancia, a través del fomento de su vertiente dinámica y activa frente a la meramente asistencial o tuitiva.

En coherencia con ello, tanto la jurisprudencia como el Derecho positivo contemplan un elenco creciente de supuestos en los que se reconoce al menor no emancipado capacidad para actuar válidamente por sí mismo.

Entre ellos, mi atención se ha centrado en un supuesto concreto. En el estudio de la regla especial de capacidad de obrar que consagra el número 1º del art. 162 CC en relación a los derechos de la personalidad de los que sea titular el menor de edad<sup>1</sup>. Más concretamente, esta norma dispone que quedan fuera del ámbito de la representación legal de los padres con respecto a sus hijos menores de edad, los actos relativos a los derechos de la personalidad de los que estos sean titulares, que el hijo «de acuerdo con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

Se trata ésta de una norma de redacción postconstitucional, que encuentra su fundamento en la regla de que los derechos de la personalidad no son susceptibles de representación, en el respeto a la dignidad de la persona (aun cuando sea menor de edad) y en el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra el art. 10 CE.

---

<sup>1</sup> A mayor abundamiento, cfr. GARCÍA GARNICA, El ejercicio de los derechos de la personalidad de los menores de edad no emancipados (especial consideración a los actos médicos y a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen), Aranzadi, 2004.



Y mi atención se ha centrado en ella, no sólo por la importancia cualitativa de su ámbito material, ya que se refiere a los derechos inherentes a toda persona, como manifestación de su dignidad; sino, sobre todo, por la pluralidad de interrogantes que plantea la articulación práctica de lo dispuesto en esta norma.

En primer lugar, se trata de la única de las excepciones al ámbito de la representación legal que recoge el art. 162 del Cc, cuyo régimen jurídico no es desarrollado en este mismo texto legal.

Un segundo escollo lo encontramos en la propia delimitación de la categoría de los derechos de la personalidad, ya que no existe una construcción dogmática clara y unánimemente aceptada de los mismos.

Y tampoco se puede pasar por alto la problemática que suscita la aplicabilidad de esta norma a los menores de edad carentes aún de capacidad natural. Porque mientras en relación a aquellos menores que ya hayan alcanzado un grado de madurez suficiente para ejercitar por sí mismos sus derechos de la personalidad, esta excepción a la representación legal se puede considerar coherente con el principio de que los derechos y facultades personalísimos no son susceptibles de representación. Sin embargo, respecto a los menores carentes de capacidad natural y, por tanto, de capacidad para ejercitar por sí mismos estos derechos, surge el interrogante relativo a quién y con qué fundamento y límites podrá ejercitarlos.

## **II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL ART. 162 CC**

La primera cuestión que plantea el análisis de la excepción a la representación legal que consagra el número 1º del art. 162 CC es la propia delimitación de su ámbito objetivo.

A tales efectos, cabe definir los derechos de la personalidad como aquellos derechos subjetivos en virtud de los cuales se reconocen a su titular las facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a su persona; y cuyo fundamento último se encuentra en el principio general de tutela de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, consagrado en el art. 10 CE.

El principal problema radica en que se trata de una categoría jurídica moderna, cuya construcción dogmática aún no ha terminado de ser elaborada de forma satisfactoria e incontrovertida. Ya en sus orígenes, se cuestionaba la idoneidad, incluso la posibilidad dogmática, de proteger los valores esen-

ciales de la persona a través de la técnica del derecho subjetivo; dado que ésta se consideraba privativa de la protección de intereses patrimoniales<sup>2</sup>. Posteriormente, la consagración constitucional de estos derechos, ha llevado a cuestionar si esta categoría seguía subsistiendo o, por el contrario, había quedado embebida en la más amplia y moderna de los derechos fundamentales<sup>3</sup>.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el argumento fundamental que se invoca para afirmar la improcedencia de la técnica del derecho subjetivo para proteger los valores esenciales de la persona radica en la afirmación de ésta que exige una nítida distinción entre sujeto y objeto, que en el caso que nos ocupa sería inviable. Ya que, concebidos los pretendidos derechos de la personalidad como derechos subjetivos relativos a los valores esenciales de la persona, habría una inevitable confusión entre el sujeto y el objeto del derecho, dogmáticamente insostenible.

En segundo lugar, se destaca que el contenido de esos pretendidos derechos sería meramente negativo; ya que no atribuirían potestad alguna a la persona sobre sus propios valores, sino un mero derecho a la reparación de las lesiones de las que éstos puedan ser objeto. Para lo cual, es suficiente considerar los atributos esenciales de la persona como bienes jurídicos merecedores de tutela y amparar su lesión en el art. 1902 CC.

Por último se estima que la improcedencia de esta calificación resulta confirmada por la imposibilidad de hacer un elenco satisfactorio de los derechos de la personalidad. Tal y como lo demuestran las discrepancias existentes al respecto entre los partidarios de esta categoría jurídica.

Frente a estas consideraciones, sin embargo, son varios los argumentos que cabe dar en favor del recurso a la técnica del derecho subjetivo para proteger los valores más esenciales de la persona en el ámbito del Derecho privado.

En primer lugar, el recurso al derecho subjetivo para articular la protección de los bienes de la personalidad no supone confundir sujeto y objeto. Ya

---

2 Vid. DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», en *Estudios jurídicos del Profesor Federico De Castro*, Tomo II, Madrid, 1997, págs. 892 y ss.; R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, págs. 195 y ss.; quienes se decantan por la teoría de los bienes de la personalidad, frente a la de los derechos de la personalidad.

3 Sobre esta cuestión, vid. entre otros, ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Zaragoza, 1985, págs. 162 y ss.; y DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La protección de la personalidad en el Derecho Privado», *RDN*, 1974, pág. 14.

que no se trata de derechos sobre la persona en sí misma, sino sobre determinados aspectos y facultades de la misma, ideal y jurídicamente individualizables. Sin perjuicio de que las especiales características que revisten estos bienes jurídicos, frente a los de carácter patrimonial, se traduzcan en una serie de especialidades de los derechos subjetivos que versan sobre los mismos. Tales como sus caracteres de ser innatos a la persona, absolutos, irrenunciables, inembargables e imprescriptibles.

En segundo lugar, hay que destacar que su contenido no es meramente negativo, ni su tutela civil se reduce a un derecho de resarcimiento, ya que estos derechos también atribuyen a su titular un contenido positivo, a través del cual éste puede articular el goce de sus intereses y valores más preciados.

En cuanto a la tipificación de los derechos que merecen esta calificación, hay que destacar que tampoco el recurso a la calificación de los valores esenciales de la persona como bienes jurídicos solventa la cuestión. Porque, cualquiera que sea la técnica jurídica a la que se recurra para proteger a la persona en cuanto tal, las distintas coordenadas políticas, sociales, económicas o técnicas de cada momento histórico han hecho y harán que la persona sienta amenazados unos u otros valores inherentes a su dignidad. Lo que se traduce en una inevitable variabilidad histórica de los bienes de la personalidad que se decantan de la consideración genérica de la dignidad de la persona, como objeto merecedor de protección específica por parte del ordenamiento jurídico.

Finalmente hay que destacar que, en coherencia con estas consideraciones, tanto el derecho positivo como la jurisprudencia se han hecho eco de la concepción de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos<sup>4</sup>.

No obstante, la consagración constitucional de los derechos de la personalidad suscitó un nuevo interrogante: el relativo a la subsistencia de esta categoría o su absorción por la de los derechos fundamentales.

También en este punto la doctrina ha estado dividida. Así, mientras unos autores se muestran partidarios de deslindar una y otra categoría de derechos, por entender que son diversos su ámbito de aplicación y su eficacia jurídica. Otros consideran que existe una parcial coincidencia entre ambas categorías, pero sin que quepa su identificación total, bien por estimar que no

---

4 V. gr., vid. SSTC 115/1987, 25/1981, 214/1991, 120/1990; STS 24-10-1988.

todos los derechos fundamentales son derechos de la personalidad, bien por estimar que no todos los derechos de la personalidad han sido elevados a fundamentales. Y, por último, encontramos quienes sostienen que la categoría de los derechos de la personalidad ha sido embebida por la de los derechos fundamentales, resultando superflua e innecesaria su formulación independiente.

Atendidas las distintas posturas doctrinales y con la doctrina mayoritaria, creo que hay que partir de la premisa de que todos los derechos de la personalidad han sido elevados al rango de fundamentales. Aunque dentro de los derechos fundamentales consagrados en la CE se incluyen también derechos que van más allá de la tutela de los atributos y valores esenciales de la persona (tales como el derecho de sufragio, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de huelga y la libertad sindical, entre otros). Se trata de derechos y libertades de carácter político o social, que pretenden la tutela de la persona en cuanto ciudadano y de las bases del modelo de Estado consagrado en el texto constitucional.

De modo que parece más atinada la tesis que sostiene que todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales, pero no a la inversa. Lo que implica que esta categoría de derechos, así como su tutela jurídico-civil, no han perdido un ápice de su virtualidad y razón de ser por el hecho de haberse reforzado su eficacia jurídica, a través de su constitucionalización.

Admitida la viabilidad de la protección de los bienes de la personalidad a través de la técnica del derecho subjetivo, hay que destacar que su titularidad por los menores de edad está fuera de toda duda. El problema se plantea en relación a su ejercicio, en tanto cuestión ligada a la capacidad de obrar.

En una primera aproximación a ella, y en la medida en que por definición y con carácter general los derechos personalísimos no son susceptibles de representación, resulta lógico que su ejercicio sea confiado exclusivamente a su titular. Y por tanto, parece acertada, por coherente con esta premisa, la exclusión legal del ejercicio de los derechos de la personalidad de los menores de edad, del ámbito de la representación legal de sus padres o tutores.

Sin embargo, la aplicación de esta afirmación a los menores de edad no es tan sencilla, ya que podemos encontrarnos ante dos hipótesis que demandan un tratamiento diverso, sin que el art. 162 CC se refiera a ellas separadamente: a.) de un lado, cabe que el menor tenga suficiente capacidad volitiva

e intelectual para llevar a cabo por sí mismo el ejercicio de sus derechos de la personalidad, a pesar de carecer de capacidad de obrar plena; b.) pero, por otro lado, cabe que el menor carezca de capacidad natural para gobernarse por sí mismo (bien por su corta edad, bien por adolecer de alguna deficiencia psíquica o física que le prive de esta capacidad).

Por lo que se refiere al primer supuesto, hay que destacar que es en esta hipótesis en la que la excepción a la representación legal que consagra el art. 162 CC surte toda su eficacia. Ya que tanto en nuestro Derecho como en el comparado, el ejercicio de los derechos de la personalidad no se rige, en principio, por las reglas generales de la capacidad de obrar, sino por la capacidad natural de su titular.

No obstante, cabría preguntarse si no es contrario a la seguridad jurídica, e incluso paradójico, que en un ámbito material de tanta trascendencia como el que nos ocupa, se admita la actuación de quien carece con carácter general de capacidad de obrar en el ámbito patrimonial.

Son varias, sin embargo, las razones que justifican la habilitación de la persona sin capacidad de obrar plena para actuar en el ámbito de los derechos de la personalidad, en función a sus condiciones de madurez:

- a) En primer lugar, ello resulta coherente con la improcedencia de la sustitución propia en el ejercicio de estos derechos, que deriva de su carácter de derechos personalísimos.
- b) En segundo lugar, en la medida en que el ejercicio de estos derechos permite a su titular gozar de los atributos más esenciales e inherentes a su persona, en este ámbito debe primar la tutela de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, frente a los imperativos de seguridad jurídica y protección de los terceros que han de regir en el ámbito patrimonial.
- c) En tercer lugar, y en coherencia con lo anterior, hay que destacar que conforme a una inveterada doctrina del TC, las restricciones de los derechos fundamentales deben limitarse a lo estrictamente necesario conforme al orden público y la tutela de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, así como ser proporcionadas a la finalidad perseguida. De modo que estos parámetros no justifican la restricción de la capacidad para ejercitar sus derechos de la personalidad a quienes se encuentren en condiciones adecuadas para comprender y aceptar las consecuencias de su actuar, aún

cuando se trate de menores de edad o incapacitados<sup>5</sup>. Y, todo ello, sin perjuicio de que la restricción con carácter general, y conforme a parámetros objetivos, de la capacidad de obrar de quienes ostentan estos estados civiles sí sea una medida necesaria y adecuada para tutelar sus intereses patrimoniales y la seguridad del tráfico jurídico.

Ahora bien, justificada la excepción de las reglas generales relativas a la capacidad de obrar en esta sede, no cabe afirmar sin más que los derechos de la personalidad constituyan un ámbito en el que el menor con ciertas condiciones de madurez tenga capacidad de obrar en todo caso. Y ello, por tres razones:

- a) De un lado, porque la capacidad natural es una cuestión de hecho a valorar en cada caso concreto, en función de las particulares aptitudes intelectivas y volitivas de la persona de cuya capacidad se trate. Pero también y destacadamente del acto a celebrar y, en su caso, conforme a la legislación que desarrolle el derecho de la personalidad en cuestión.  
Así, por ejemplo, es evidente que la capacidad natural necesaria para practicar una determinada confesión religiosa, no será la misma que para consentir la extirpación de un órgano o una operación de cambio de sexo.
- b) En segundo lugar, hay que destacar que no siempre es fácil deslindar las esferas personal y patrimonial. Por el contrario, en algunos actos de ejercicio de los derechos de la personalidad prima el carácter patrimonial sobre el personal, tal y como ocurre a menudo en relación a los derechos a la imagen y la intimidad<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> En este sentido, vid. RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, págs. 256 y 257; SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, págs. 40 y ss.; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, págs. 146 y ss.

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión, vid. GARCÍA GARNICA, «Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica», *Libro Homenaje al Prof. Albaladejo García*, I, Madrid, 2005, págs. 1867 y ss.

De modo que, en tales casos, la voluntad del menor con suficiente juicio para ejercitar sus derechos de la personalidad será necesaria, pero no suficiente, debiendo completarse su capacidad por sus representantes legales para que el contrato celebrado sea plenamente válido; salvo previsión legal en contrario. Ello es así, porque al extralimitarse estos actos del ámbito estrictamente personal o existencial, resurgen respecto a ellos las exigencias de tutela de la seguridad jurídica y protección de la confianza de los terceros propias del ámbito patrimonial.

- c) Y, finalmente, no podemos pasar por alto que, cuando el menor con capacidad natural pretenda llevar a cabo una actuación contraria a sus intereses, cabe la posibilidad de que tanto sus representantes legales, como cualquier otra persona o el Ministerio Fiscal, recaben el auxilio de la autoridad judicial para evitarle un perjuicio o apartarle de un peligro, al amparo de lo dispuesto en el art. 158.4 CC.

En todo caso, ceñida, con estos matices, a los menores con capacidad natural la legitimación para ejercitar por sí mismos sus derechos de la personalidad, surge el interrogante relativo a quién y con qué fundamento será el legitimado para ejercitar los derechos de la personalidad de los menores que carezcan de esta capacidad.

En este sentido, es evidente que a pesar de haber negado con carácter general la procedencia de la representación en el ámbito de los derechos de la personalidad, así como la posibilidad de que el menor los ejercite por sí mismo en este supuesto, sería absurdo, a título ilustrativo, no realizar una operación quirúrgica conveniente para mejorar la salud de un menor de corta edad o incapacitado, bajo el argumento de que no es admisible que un tercero preste por sustitución el consentimiento a la misma.

Por ello, y a pesar del silencio del art. 162 CC, la doctrina admite unánimemente que en esta hipótesis los representantes legales asuman el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor. Si bien, a mi juicio, los representantes legales del menor no actúan en este ámbito en calidad de tales, sino en ejercicio de la potestad-función que les compete legalmente para velar por el interés de su representado<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> En este sentido, vid. DÍEZ-PICAZO, en «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad», *ADC*, 1982, pág. 16; HUALDE SÁNCHEZ, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil*,

Esta afirmación creo que no sólo resulta más coherente desde un punto de vista teórico con la regla general de que los actos personalísimos no son susceptibles de sustitución propia, sino que además no resulta baladí a efectos prácticos. Ya que el recurso a la «potestad» de la que están investidos los representantes legales pone el acento en los límites a los que estará supeditado su poder de actuación en este ámbito.

Básicamente, esta afirmación supone que los representantes legales sólo podrán ejercitar los derechos de la personalidad de su representado si concurren dos presupuestos: de un lado, que éste carezca de capacidad natural suficiente para ejercitarlos por sí mismo y, de otro, que su actuación sea objetivamente beneficiosa.

En consecuencia, resulta oportuno rechazar de antemano el ejercicio por los representantes legales de ciertos actos relativos a los derechos de la personalidad, por ser objetivamente contrarios al interés del menor (así ocurre, por ejemplo, con la esterilización o la donación en vida de un órgano del menor; supuestos que, incluso, se encuentran tipificados en el CP como delito de lesiones). Por otro lado, cuando el acto en cuestión no sea objetivamente beneficioso, pero tampoco objetivamente lesivo para el menor, será conveniente someter la actuación de sus representantes legales a un control previo, a través del cual se constate si en el caso concreto el acto es o no perjudicial para los intereses del menor (tal y como ocurre en el ámbito de los derechos al honor, la intimidad o la imagen).

### III. APROXIMACIÓN A SUPUESTOS CONCRETOS

#### 1. El ejercicio de los derechos a la vida y la integridad física, en particular en el ámbito sanitario

Hechas estas reflexiones generales en cuanto al ejercicio de los derechos de la personalidad de los menores de edad, al descender al análisis de su aplicación a supuestos concretos, he considerado oportuno referirme en primer lugar a los derechos a la vida y la integridad física. Puesto que, en la medida en que estos derechos protegen a la persona en su vertiente existencial

---

I, Madrid, 1997, pág. 165; GÓMEZ LAPLAZA, «Comentario al artículo 267 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y la Tutela*, Madrid, 1986, pág. 493; PRATS ALBENTOSA, «Las relaciones paterno-filiales», en *Derecho de familia*, Valencia, 1995, pág. 473.



y física, constituyen en cierto modo presupuesto y razón de ser del resto de los derechos de la personalidad.

Ya en relación a estos derechos, he centrado la atención en su desenvolvimiento en el ámbito de la actividad médica y sanitaria. Porque ésta constituye uno de los ámbitos en los que resulta más ilustrativo y lleno de matices el limitado poder de disposición que la persona ostenta sobre su vida y su integridad corporal, y, por tanto, constituye un excelente banco de pruebas de las conclusiones extraídas con carácter general del análisis del artículo 162 del Cc.

A este respecto, lo primero que hay que destacar es que en el ámbito sanitario el acto de ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física, por excelencia, lo constituye la emisión del consentimiento informado por el paciente.

En un primer momento, este consentimiento adquirió relevancia jurídica como requisito necesario para excluir la antijuridicidad de un acto que, en su defecto podía dar lugar a responsabilidad civil, e incluso penal, a cargo de su autor.

Pero, junto a esta virtualidad del consentimiento informado, en los últimos años se ha ido prestando progresivamente una mayor atención a su significado último como acto de ejercicio de los derechos de la personalidad y fundamentales del paciente. De modo que su emisión o denegación constituye una facultad personalísima. Así lo ponen de relieve, en la actualidad, tanto el TS y el TC, como toda una serie de normas internacionales, nacionales, autonómicas e, incluso, deontológicas<sup>8</sup>.

Concretada en estos términos la naturaleza jurídica del consentimiento informado, la cuestión estriba en determinar quién es el legitimado para expresarlo y qué capacidad o qué requisitos o cautelas son necesarios para su válida emisión, cuando el paciente es menor de edad.

A este respecto, y centrándome en la legislación estatal para no extenderme excesivamente en este punto, hay que destacar que la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente ha sido la primera en abordar –a nivel estatal– el tema del consentimiento informado del paciente menor de edad (art. 9.3).

---

<sup>8</sup> Al respecto, vid. GARCÍA GARNICA, «La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Su tratamiento en el ordenamiento jurídico español», Bol. UNED, 2003, págs. 143 y ss.

Aunque el tratamiento que le dispensa no resulta plenamente satisfactorio, ya que deja en el aire importantes interrogantes.

- a) De entrada, no queda claro si la información sobre el estado sanitario del menor de edad con capacidad natural debe ser comunicada tan sólo a éste, o también a sus representantes legales (art. 5.2 vs. 9.3).
- b) Por otro lado, aunque la Ley consagra expresamente la capacidad para emitir por sí mismo el consentimiento informado del menor de edad no emancipado con más de 16 años, salvo en aquellos supuestos en los que la ley establezca una regla especial de capacidad, también parece admitir su emisión por el paciente menor de esa edad, cuando en el caso concreto se considere que tiene capacidad natural suficiente para ello. Pero no consagra esta hipótesis con la claridad que hubiera sido deseable.

Para resolver estas dudas de forma satisfactoria y coherente, considero que hay que partir de la premisa de que el consentimiento informado del paciente menor de edad es uno de los actos que entran en el supuesto de hecho del número 1º del artículo 162 CC. De modo que al precisar quién es el legitimado para expresarlo y qué capacidad o qué cautelas son necesarias para su válida emisión, deben distinguirse dos supuestos, según que el menor tenga o carezca de «condiciones de madurez» suficientes para decidir por sí mismo.

En el primer supuesto, es decir, en caso de que el menor tenga suficiente juicio y no se encuentre imposibilitado de hecho para manifestar su voluntad, hay que partir del principio de que sólo su consentimiento podrá legitimar el acto médico; y su negativa a someterse al mismo no podrá ser suplida por la voluntad del representante legal. Porque el acto de autorizar una intervención en la integridad física es personalísimo.

Lo único necesario para ello, será comprobar que el paciente menor de edad ostenta capacidad natural suficiente para prestar su consentimiento informado en el caso concreto. Lo que deberá apreciarse tanto en atención a sus circunstancias personales, como de la clase y trascendencia del acto a enjuiciar.

Es evidente que esta opción, de evaluar la capacidad natural del paciente en el caso concreto, es la más satisfactoria desde el punto de vista indivi-

dual; pero se le objeta su inseguridad jurídica. Es por ello, por lo que la normativa estatal vigente y las normas autonómicas más recientes sobre la materia adoptan, como regla general, la solución ecléctica de presumir que el menor goza de capacidad natural suficiente para consentir por sí mismo a partir de los dieciséis años; sin perjuicio de la posibilidad de apreciarla en el caso concreto en pacientes menores de esa edad.

Sin embargo, resulta distorsionadora de este marco jurídico y por ende criticable, la previsión consagrada en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002; conforme a la cual, cuando la actuación a la que se refiera el consentimiento entrañe «grave riesgo», aún cuando el paciente tenga más de dieciséis años, o siendo menor de esa edad se haya estimado que goza de capacidad natural suficiente para expresar su voluntad, «los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Es cierto que a mayor gravedad de la intervención médica, mayor habrá de ser el grado de madurez exigible al paciente (en coherencia con lo cual, la legislación reguladora de ciertos actos médicos de especial trascendencia, por su gravedad o su falta de carácter terapéutico exigen plena capacidad de obrar para emitir válidamente el consentimiento informado). Sin embargo, esta norma no sólo no precisa cuál es la clase de riesgo que faculta al médico para prescindir de la voluntad del paciente menor de edad, y reduce inoportunamente a los padres el elenco de personas que pueden estar llamadas a prestar el consentimiento informado por sustitución; sino que, sobre todo, parece dejar al arbitrio del facultativo la decisión a adoptar en el caso concreto, sin estar vinculado ni por la voluntad del paciente menor de edad, ni por la de sus representantes legales.

Frente a ello, considero –de *lege ferendae*– que en esta hipótesis habría resultado más satisfactorio exigir el concurso del consentimiento del paciente con capacidad natural o más de 16 años y su representante legal o, en su defecto, la autorización judicial (tal y como lo prevé certeramente la Ley de Salud de Aragón de 2002). Reservando la legitimación del facultativo para adoptar la decisión que estime más conveniente para salvaguardar la vida y la integridad física del paciente, sólo para los supuestos en que medie urgencia y sea imposible recabar el consentimiento de los representantes legales del menor o, subsidiariamente, la autorización del juez.

En todo caso, continuando con el supuesto del menor de edad con capacidad natural, conviene plantearse si éste puede emitir válidamente un testamento vital o una declaración de voluntad anticipada, en relación a los ac-

tos médicos a los que pueda ser sometido en un futuro, en previsión de carecer en ese momento de capacidad para manifestar su voluntad.

Esta práctica ha sido recientemente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico (primero en algunas leyes autonómicas y finalmente, a nivel estatal, por la Ley 41/2002).

El problema radica en que las normas que hasta ahora han abordado su regulación, incluso aquéllas que reconocen legitimación al menor con más de dieciséis años para emitir el consentimiento informado, sólo han contemplado la posibilidad de que la lleven a cabo personas con plena capacidad de obrar. Sólo la Ley navarra sobre derechos del paciente, reconoce la validez de la voluntad anticipada emitida por aquellos menores a los que esta Ley considera capaces de expresar el consentimiento informado, con carácter general (art. 9).

A mi juicio, precisamente este último es el criterio acertado, por dos razones. En primer lugar, porque en la medida en que la naturaleza jurídica del consentimiento informado no varía por el hecho de que se emita anticipadamente o no, tampoco debería variar el criterio de capacidad aplicable a su emisión.

Por otro lado, la única objeción que cabría hacer a esta posibilidad es la dificultad de constatar que cuando el menor emitió su «voluntad anticipada» tenía capacidad natural suficiente para ello. Sin embargo, habida cuenta de las formalidades a las que la generalidad de las normas vigentes sujetan la validez de la misma (exigiendo que se emita ante Notario o por escrito ante tres testigos con plena capacidad de obrar y sin determinada relación de parentesco con su autor), creo que bastaría su simple extensión al menor de edad para salvar esta objeción.

Atendidas las consideraciones anteriores, hay que concluir que sólo si el paciente es un menor de edad con capacidad natural, pero imposibilitado en el caso concreto para manifestar su voluntad, o si se trata de un menor de edad sin capacidad natural, sus representantes legales serán los legitimados, en principio, para emitir el consentimiento informado. Ya que falta en este caso, por definición, el presupuesto que determina la capacidad del menor para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad. Esto es, las condiciones de madurez a las que aluden el artículo 162.2.1º CC y el art. 9.3 de la Ley de autonomía del paciente.

No obstante, como ya he advertido con carácter general, ello no significa que los representantes legales del menor sin capacidad natural desempe-

ñen una verdadera función representativa en este ámbito. Por el contrario, actuarán en virtud de la potestad-función que ostentan *ex lege* de velar por el interés del menor. En atención a lo cual, cabe establecer ciertos criterios que delimitan su facultad de consentir o rechazar una intervención médica en nombre del menor.

- a) En primer lugar y como principio general, los representantes sólo están legitimados para consentir aquellos tratamientos e intervenciones que redunden en beneficio del representado.

Ello impone distinguir, en este supuesto, entre actos médicos con finalidad terapéutica y sin finalidad terapéutica. Ya que, con carácter general, no cabrá prestar el consentimiento por sustitución para someter a una persona a intervenciones innecesarias o no terapéuticas (tales como la extracción de un órgano, la cirugía estética puramente cosmética, o un ensayo clínico sin finalidad terapéutica); sino tan sólo a tratamientos o intervenciones de carácter diagnóstico o terapéutico. Sólo excepcionalmente, la salvaguarda de otros intereses legítimos (del paciente o de terceros) legitimará una intervención no terapéutica en la persona sin capacidad natural; pero aún en este caso, con el límite de que ello no entrañe un riesgo para su salud o su vida. En particular, esto es lo que legitima la donación por menores de edad de médula ósea, dado su carácter regenerable y los escasos riesgos que entraña su extracción para el menor.

- b) En segundo lugar, el respeto a la dignidad del menor impone tener en consideración su opinión en la medida de lo posible, y en todo caso desde que sea mayor de 12 años, aún cuando no tenga capacidad natural suficiente para otorgar o denegar personalmente el consentimiento a un acto médico.

- c) En tercer lugar, la decisión adoptada por el representante legal, o en su caso por un familiar o allegado del menor, podrá someterse a control judicial, tanto de oficio como a instancia de parte, cuando se considere contraria a su interés (al amparo del art. 158.4 CC). Y otro tanto creo que procede en caso de inactividad del representante legal del menor.

Sólo cuando no quepan demoras en la intervención médica por peligrar la vida o la integridad física del menor, el médico estará legitimado para adoptar la decisión más conveniente conforme a la *lex*

*artis* sin consultar a sus representantes, ni subsidiariamente a otros familiares o allegados, ni a la autoridad judicial.

- d.) Finalmente, cabría preguntarse si en algún caso es precisa la autorización o el control judicial previo de la decisión adoptada por el representante legal. En este sentido, algún autor ha censurado que el artículo 271 CC exija autorización previa para un acto que afecta a uno de los derechos de la personalidad del individuo carente de plena capacidad de obrar, como es su internamiento en un centro de salud mental o de educación especial y la consiguiente privación de libertad acordada por el representante legal; y, sin embargo, no contenga una disposición análoga cuando se trata de llevar a cabo un acto de disposición de su vida o integridad física, donde las consecuencias de la decisión indebidamente adoptada por el representante legal pueden ser irreversibles<sup>9</sup>.

Sí contienen una previsión a este respecto el Código de Familia catalán (art.219) y la Ley de salud de La Rioja de 2002 (art.6.3). Pero sólo en relación a la persona incapacitada sujeta a tutela, y no al menor de edad, y sólo cuando se trate de aplicar a la misma «tratamientos médicos que puedan poner en *grave peligro su vida o su integridad física o psíquica*».

En este sentido, cabe destacar que la extensión de esta previsión a los menores de edad sin capacidad natural no carecería de razón de ser, dado que detrás de la decisión adoptada respecto a su salud o su integridad física por sus representantes legales, puede haber un delicado conflicto de intereses. Ya que, en ocasiones, la decisión no es adoptada en interés del menor, sino en base a convicciones subjetivas, de índole religiosa o cultural, de los propios representantes.

Particularmente significativo en la práctica, a este respecto, es el caso de los Testigos de Jehová, cuyas convicciones religiosas les llevan a rechazar ciertas prácticas sanitarias aún cuando sean imprescindibles para salvar la vida del paciente, y en particular las transfusiones sanguíneas<sup>10</sup>. Pero, también podríamos pensar en el posible rechazo al aborto por convicciones religiosas, aún cuando pueda peligrar la vida de la menor embarazada, o la hipótesis inversa, del intento de imposición del aborto a una menor, contrariando

---

<sup>9</sup> DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, T. I, págs. 130 y 131.

<sup>10</sup> A título ilustrativo, cfr. STC 18-7-2002.

sus deseos y convicciones. E, incluso en la irreversible lesión a la integridad física de la menor que entrañan prácticas como la mutilación genital arraigada en ciertas comunidades, que de la mano de la inmigración han introducido esta problemática en España, y a la que ha venido a poner coto la LO 11/2003.

Abordando esta cuestión desde un punto de vista estrictamente jurídico y con carácter general, entiendo que la decisión adoptada por una persona con capacidad natural suficiente (aunque sea menor de edad) sobre su propia integridad física o su salud, en base a sus convicciones religiosas o culturales, en principio, debe ser respetada. El único límite sería que no suponga un perjuicio para los derechos de terceras personas, no sea contraria al orden público, ni imponga al facultativo llevar a cabo una conducta contraria a la buena práctica médica. Sin embargo, cuando se presta el consentimiento por sustitución, en ningún caso puede primarse la libertad religiosa o ideológica del tercero sobre la vida y la integridad física del paciente, en tanto valores superiores merecedores de la máxima protección, que sólo son limitadamente disponibles por su propio titular.

No obstante, a falta de una norma que imponga con carácter general el control previo de la decisión adoptada por los representantes legales del menor, cuando entrañe un grave peligro para su vida o su integridad física o psíquica (por la que a lo sumo cabría abogar de *lege ferendae*), considero que para proteger los intereses del menor es suficiente subrayar la facultad del médico o de cualquier otra persona que tenga noticia de estos hechos de instar la intervención judicial (al amparo del art. 158.4º CC), bien para que el Juez autorice la intervención que se estime objetivamente necesaria en interés del menor, o bien para que le aparte de un posible peligro.

## **2. El ejercicio de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen**

Una vez expuesto, a grandes rasgos, el desenvolvimiento de lo dispuesto en el número 1º del art. 162 CC en relación a dos derechos a través de los cuales se tutela la «esfera física» de la personalidad, me ha parecido oportuno analizar su aplicación a los derechos al honor, la intimidad y la imagen, a través de los cuales se tutela la «esfera espiritual o moral» de la personalidad.

Lo primero que hay que destacar a este respecto es que, al igual que ocurría con los anteriores, la titularidad de estos derechos por toda persona,

más allá de su estado civil, y por tanto también por los menores de edad, está fuera de toda duda. La cuestión radica, de nuevo, en determinar qué reglas rigen la legitimación y la capacidad de obrar relativas al ejercicio de los mismos cuando su titular es un menor de edad no emancipado.

Pero, antes de abordar esta cuestión hay que poner de relieve que el derecho a la intimidad y, sobre todo, el derecho a la imagen han adquirido una vertiente patrimonial, susceptible de disposición al margen de su vertiente estrictamente personal.

La distinción de estas dos vertientes de los derechos a la intimidad y a la imagen encuentra apoyo en la doctrina más reciente del TC, en la jurisprudencia del TS, y en autorizados pareceres doctrinales, inspirados en el Derecho anglosajón (*right of publicity*)<sup>11</sup>.

Concretamente, el TC ha puesto de relieve que mientras cuando se dispone de la vertiente personal o moral de estos bienes jurídicos, se está ejerciendo un derecho fundamental. Sin embargo, cuando se llevan a cabo negocios jurídicos dispositivos de los mismos, con fines comerciales o publicitarios, no siempre se está realizando o no en su totalidad su vertiente moral y constitucional, sino tan sólo su ya consolidada vertiente patrimonial. La cual, aunque está amparada por el ordenamiento jurídico, no se inserta en la dimensión constitucional de estos derechos<sup>12</sup>.

Esto presupuesto y por lo que se refiere a la cuestión en que se centra nuestra atención, hay que destacar que sólo los actos que supongan el ejercicio de la vertiente moral de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen constituyen actos de ejercicio de los derechos de la personalidad. Y de la capacidad necesaria para llevarlos a cabo se ocupa el art. 3 de la LO 1/1982, disponiendo que para ello basta que su titular tenga capacidad natural, al margen de que sea menor de edad o incapacitado.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurría en relación a los derechos de la personalidad relativos a la esfera física de la persona (en los que la regla

---

11 Por todos, cfr. las SSTC 2-12-1988, 11-4-1994, 25-4-1994; SSTS 28-10-1986, 21-1-1988, 9-5-1988; y en la doctrina, AMAT I LLARI, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992, págs. 11 y ss., 52 y ss.; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», *ADC*, 1994, págs. 42 y 50 y ss.; IGARTUA, en *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, págs. 322 y ss.; Id., «Comentario a la STS de 28 de octubre de 1986», *CCJC*, 1986, págs. 4081 y ss.; MARTÍN MUÑOZ, «El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen», *RDM*, núm. 242, 2001, págs. 1747 y ss.

12 A título ilustrativo, vid. la STC 21-3-2001.



especial de capacidad establecida en el art. 162 del Cc sólo recientemente, y en gran medida bajo el auspicio de normas internacionales, ha ido abriéndose paso en la *praxis* y en la normativa de nuestro ordenamiento jurídico); la LO 1/1982 es una de las pocas leyes, y en cualquier caso la primera, en aplicar lo dispuesto en aquel precepto. A ello, probablemente contribuyó la proximidad de la redacción de ambas normas, así como el afán del legislador de ser lo más riguroso posible en la primera ley que desarrollaba el contenido esencial de los derechos fundamentales recientemente reconocidos –por aquél entonces– en la Constitución.

En coherencia con ello, también la jurisprudencia viene estimando suficiente el consentimiento prestado por el propio menor, atendido su grado de madurez, para legitimar una intromisión en su honor, su intimidad o su imagen.

Este es el caso –por citar algún ejemplo– de la STS de 19 de julio de 2000, por la que se desestima la pretensión del padre de un menor de dieciséis años de edad, de que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en el honor, la imagen y la intimidad de éste, así como de su familia, al haberse permitido su participación, sin contar con el consentimiento de sus representantes legales, en un concurso de televisión en el que los participantes perdían prendas de vestir a medida que fallaban las respuestas. Frente a ello, el Tribunal Supremo estimó válido y eficaz el consentimiento prestado por el propio menor, en atención a su grado de madurez, al amparo del artículo 3 de la LO 1/1982; afirmando, literalmente, que en los tiempos actuales, «dieciséis años es una edad suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica».

En la misma línea, se pronuncia la SAP Madrid de 14 de septiembre de 1999, en relación a la participación en un programa de televisión de una mujer relatando las vicisitudes de su divorcio, acompañada de su hijo menor de edad, al entender que «dada la evidente madurez del menor (próximo ya a la mayoría de edad civil, y con madurez incluso acelerada por los avatares de sus padres) había de considerarse que [el menor] consintió válidamente la divulgación de su imagen». Así como la Sentencia de esta Audiencia de 3 de marzo de 1998, en relación al relato realizado por una adolescente, menor de edad, de su lucha por salir del mundo de la droga.

En todo caso, frente al supuesto anterior, el art. 3.2 de la LO 1/1982 dispone que si el menor carece de madurez suficiente para expresar por sí mismo el consentimiento a la intromisión de un tercero en su honor, su intimi-

dad o su propia imagen, dicho consentimiento deberá otorgarse por su representante legal, en forma escrita y con ciertas cautelas.

En este sentido, ya he señalado con carácter general, que los representantes legales no ostentan en este ámbito facultades representativas de la voluntad del menor, en sentido estricto; estando limitada su legitimación para disponer de los derechos de la personalidad del menor en base a su potestad de velar por el interés del mismo.

El problema radica en que, mientras el interés del menor resulta apreciable con cierta objetividad y generalidad respecto a los derechos de la personalidad relativos a su esfera física; sin embargo, resulta más difícil apreciar esa utilidad o conveniencia, en abstracto, respecto a los actos de ejercicio de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

Pese a ello, creo que cabe distinguir dos supuestos. En primer lugar, considero que no plantea dudas la legitimación de los representantes legales del menor sin capacidad natural, para ejercitar las facultades de exclusión y tutela de sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, frente a la intromisión de terceros; ya que tales actos pueden considerarse objetivamente beneficiosos para la salvaguarda del interés del menor, y la pasividad perjudicial para el mismo. Prueba de ello es que la LO 1/1982 no sujeta a control previo alguno la actuación de los representantes legales en esta hipótesis.

Por el contrario, la falta de utilidad en abstracto del ejercicio por los representantes legales del contenido positivo o de libertad de estos derechos, explica que el artículo 3.2 de la LO 1/1982 supedita su actuación en este caso a control público. Ya que conforme a este precepto, cuando el menor de edad carezca de madurez suficiente para ejercitar por sí mismo estos derechos, «el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado»; y si, en el plazo de 8 días, éste se opusiera al mismo, será el Juez el que deberá resolver.

No obstante, como he destacado con anterioridad, hay casos en los que no están en juego la intimidad o la imagen de la persona, en tanto pilares de su dignidad y valores merecedores de la más alta tutela jurídica, sino como objeto de sus intereses patrimoniales. Ya que junto a su faceta de derechos fundamentales y de la personalidad, la intimidad y la imagen han desarrollado una faceta patrimonial con sustantividad propia.

A este respecto, lo primero que hay que destacar es que los actos de disposición de la vertiente patrimonial de la intimidad o la imagen no entran

en el supuesto de hecho del número 1º del art. 162 CC. Por el contrario, y por imperativo de los principios de seguridad del tráfico jurídico y de protección de la confianza de los terceros, que imperan en el Derecho patrimonial, su perfección se sujeta a las reglas generales de capacidad de obrar y no a la especial consagrada en aquel precepto para los derechos de la personalidad.

En consecuencia, por el menor de edad no emancipado actuarán sus representantes legales, en virtud de las facultades que legalmente les corresponden en orden a la protección y administración de sus bienes e intereses económicos. Sin perjuicio de que cuando el acto o contrato celebrado por el representante legal del menor entrañe la obligación de que éste lleve a cabo prestaciones personales (tales como posar para ser fotografiado, actuar para la grabación de un anuncio publicitario o ser entrevistado), su eficacia estará supeditada al previo consentimiento del propio menor si éste tuviera suficiente juicio, y en todo caso desde que sea mayor de 12 años, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 162 del Cc.

Además, por remisión de este precepto al artículo 158 del mismo texto legal, si el negocio jurídico celebrado se estimara lesivo o perjudicial para el menor, el juez podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas que estime oportunas para prevenirle posibles perjuicios.

Finalmente, en caso de que el menor celebre por sí mismo un negocio jurídico a través del cual disponga del valor comercial de su imagen o su intimidad, su validez estará sujeta a las reglas de anulabilidad establecidas con carácter general en los artículos 1300 y siguientes del Cc.



# **INTROMISIONES EN EL DERECHO AL HONOR EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CIVIL**

ELSA SABATER BAYLE

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Pública de Navarra

*SUMARIO:* 1. PROPÓSITO Y ALGUNOS PROBLEMAS PREVIOS. 2. DERECHO AL HONOR E INJURIAS: ¿EXISTE PREJUDICIALIDAD PENAL EN LA ACCIÓN DEL ART. 7.7 DE LA L.O. 1/1982? 3. EL ART. 7.7 DE LA L.O. 1/1982 Y EL ART. 18 CE. 4. SUPUESTOS ACTUALES. a) Derecho al honor y libertad de información. b) Enfrentamientos entre profesionales y entidades. c) Inclusión en Registro de morosos de la ASNEF (Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito) por error. 5. RECAPITULACIÓN. 6. EL «HONOR» COMO CONCEPTO INDETERMINADO. 7. LA CONFRONTACIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN, TIENE EN CUENTA EL CONTEXTO Y LA RELEVANCIA SOCIAL DE LOS PERSONAJES CUYO HONOR QUEDA COMPROMETIDO. 8. LA APLICABILIDAD DE LA L.O. 1/1982 A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SUS Matices. 9. EL CONCEPTO DE «REPORTAJE NEUTRAL». 10. EL «ANIMUS RETORQUENDI». 11. LA INFLUENCIA DE LA VERACIDAD O FALSEDAD DE LAS NOTICIAS EN LA EXISTENCIA DE LESIONES AL HONOR. 12. REFLEXIÓN FINAL.

## 1. PROPÓSITO Y ALGUNOS PROBLEMAS PREVIOS

El objeto de esta comunicación que presento en el *XIII Jornadas de la APDC sobre los Bienes de la Personalidad* es aportar una muestra del tratamiento que ha realizado la última jurisprudencia civil del derecho al honor reconocido por el art. 7.7 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

La selección de sentencias utilizadas para elaborar este estudio procede de la Base de Datos Westlaw, sección Jurisprudencia, fondo jurisprudencial; y de las reflexiones y consideraciones de las obras doctrinales citadas en el trabajo. Según estas fuentes, lo primero que se observa es el enorme volumen de sentencias que aplican la Ley Orgánica 1/1982, lo que obliga a acotar la materia, de manera que solo se considerarán aquí las Sentencias de los Tribunales de lo civil dictadas durante el año 2007 en aplicación de su art. 7, apartado 7. La elección de este precepto entre los restantes que contiene la norma obedece al evidente interés que suscita, no sólo porque establece un auténtico *concepto jurídico indeterminado* (el de honor), sino porque genera un grado de aplicación jurisprudencial más elevado que el resto de normas contenidas en la Ley.

Evidentemente, no es el período en sí mismo, el año 2007, lo que ha motivado la selección jurisprudencial (pues apenas se pueden apreciar novedades relevantes en las resoluciones estudiadas) sino tan sólo la simple curiosidad por averiguar como se encuentra tratada la materia en la actualidad. De hecho, es muy frecuente en esta reciente jurisprudencia menor sobre el art. 7.7 de la L.O.1/1982 la cita de sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional dictadas en fechas muy anteriores al año 2007, lo que lleva a pensar que no es especialmente innovadora. Tampoco los casos que analizan estas resoluciones del año 2007 son destacables por aportar nuevos episodios célebres o abordar situaciones nuevas, ni por la relevancia pública de las personas y entidades que aparecen en ellos. Además, siempre según las fuentes consultadas, en el año 2007 apenas pueden encontrarse sentencias del Tribunal Supremo que apliquen el art. 7.7 de la L.O<sup>1</sup>., por lo que el estudio se ha centrado en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, dividida en dos bloques de resoluciones: las que estiman que se ha producido

---

1 Las fuentes consultadas sólo recogen en el año 2007 dos sentencias de la Sala Primera Tribunal Supremo en aplicación del art. 7.7 de la L.O. 1/1982 (STS de 18 de julio de 2007 [JUR 2007\240410] y STS de 20 de marzo de 2007 [JUR 2007\1669]).

una intromisión ilegítima al derecho al honor y las que aprecian que ello no ha tenido lugar.

Descartamos por lo tanto el análisis de los evidentes problemas que plantea el tratamiento procedimental de la defensa de los derechos de la personalidad. Como es sabido, uno de ellos fue el de las múltiples vías procesales que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo para la defensa de esta clase de derechos o bienes, por emanar las respectivas acciones de normas cuya naturaleza es tanto penal (delitos de injuria, actual art. 205 CP, y calumnia, art. 208 CP) como civil (art. 1902 CC y L.O. 1/1982), y constitucional (art. 18 CE de 1978). Así pues, una primera cuestión consiste en averiguar si en esta específica materia opera o no la preferencia de la jurisdicción penal frente a la civil y, en concreto, si para poder invocar la norma del art. 7.7 de la L.O. ante la jurisdicción civil es preciso agotar antes la vía penal o si por el contrario el interesado puede optar por una u otra vía; si pueden producirse problemas de caducidad de la acción civil durante el transcurso del proceso penal previo, etc. El otro conflicto aludido es el de la coincidencia de los términos literales contenidos en el texto del art. 18 CE y el título de la L.O.1/1982, lo cual podría llevarnos también a preguntarnos si los casos examinados por los Tribunales de lo civil no serán sólo una parte de todos los que se hayan planteado efectivamente durante el año 2007, dado que algunos han podido ser recurridos en amparo ante el TC; y, por otra parte, la ley 62/1978 estableció determinadas especialidades procesales para las acciones de defensa de los derechos fundamentales de la persona, tanto en procesos civiles como en los penales o en los de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, aunque es cierto que abundan la sentencias del Tribunal Constitucional acerca del derecho al honor, en los últimos años no se han dictado otras nuevas<sup>2</sup>. Se traen aquí a colación estas cuestiones porque, como ya se ha dicho, el propósito de este trabajo es únicamente el estudio de la reciente jurisprudencia civil acerca de lo dispuesto en el art. 7.7 de la L.O. 1/1982, aunque debido al especial tratamiento procesal que presenta su régimen jurídico considerado de forma global, siempre queda la duda de si muchos de los casos que se hayan produ-

---

2 Puede consultarse una selección resumida y comentada en SANTOS VIJANDE, Jesús María, *La Protección Jurisdiccional, Civil y Penal, del Honor; la Intimidación y la Propia Imagen*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Elcano (Navarra) 2005.

*Vid.* Sin embargo, la importante STC, Sala segunda, 236/2002, de 17 de julio, sobre caducidad de la acción civil *ex* art. 9.5 de la L.O., 1/1982, que anuló la STS, Sala 1ª, de 18 de febrero 2004 [RJ 2004\751].

cido durante el periodo estudiado no habrán ido a parar a otras jurisdicciones o tribunales, y por ello, puedan haber quedado sustraídos a las fuentes que aquí se examinan. Ello justifica por lo tanto alguna breve precisión respecto a estas cuestiones.

## **2. DERECHO AL HONOR E INJURIAS: ¿EXISTE PREJUDICIALIDAD PENAL EN LA ACCIÓN DEL ART. 7.7 DE LA L.O. 1/1982?**

La doctrina ha resuelto ya este problema, por lo que nos limitaremos aquí a reflejar sus conclusiones. No obstante, la cuestión ha vuelto a plantearse con ocasión de la STC 236/2006, de 17 de julio, en relación con las SSTs de la Sala Primera Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007 [JUR 2007\240410] y 20 de marzo de 2007 [JUR 2007\1669]).

En lo que se refiere a la coexistencia de normas civiles y penales que pudiera obligar a seguir una u otra vía ante los Tribunales, tras la STS de 23 de marzo de 1987<sup>3</sup> quedó claro que, salvo que se trate de actos contra un funcionario público, la injuria y la calumnia son delitos perseguibles a instancia de parte, lo que en principio permite al ofendido elegir la acción (civil o penal) que ejercita, de manera que tiene la posibilidad de acudir solamente a la vía civil. Sin embargo, el texto de la Exposición de Motivos de la L.O. 1/1982 se presta a crear un cierto confucionismo al respecto, pues tras afirmar que la jurisdicción penal es preferente a la civil –lo que conduce a afirmar la prejudicialidad penal– establece que la responsabilidad civil derivada de ilícito penal se regirá por lo dispuesto en la L.O. 1/1982. Ello ha planteado dudas a la doctrina. Algunas de ellas son: si para la aplicación de la L.O. se requiere dolo o culpa en el comportamiento del agresor o si basta con un resultado objetivamente lesivo del honor del ofendido; si la omisión de la *exceptio veritatis* en el texto del art. 8 de la L.O. 1/1982 pudiera facilitar que se acudiera a un proceso civil para eludir el juego que en el ámbito penal (arts. 205, 207, 208 y 210 del Código Penal vigente en la actualidad) tiene esta excep-

---

<sup>3</sup> Citada por ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid 1988, pág. 65.



ción<sup>4</sup>. A pesar de estas y otras dudas, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han interpretado que el perjudicado puede optar por la vía penal o civil<sup>5</sup>. La citada STS, secc. 1ª de la Sala civil, de 18 de julio de 2007, ratifica en su FJ 5º esta teoría. Esta cuestión no solamente ha ocupado la atención de los Tribunales ordinarios sino también la del Tribunal Constitucional (SSTC 77/2002 de 8 de abril, y 241/1991, de 16 de diciembre) y, por otra parte, provocó la reforma del art. 1.2 de la L.O. 1/1982, dada por la Disposición final 5ª de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de manera que a partir de su vigencia se eliminó la preferencia de la vía penal sobre la civil y así ha quedado claro que en el proceso civil de defensa de los derechos de la personalidad no existe cuestión prejudicial penal y el ofendido puede utilizar directamente la vía civil<sup>6</sup>, posibilidad que luego se extendió incluso a los supuestos en que la intromisión hubiera tenido lugar mediante otros hechos constitutivos de delitos perseguibles de oficio<sup>7</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 236/2006 de 17 de julio, consideró que el ejercicio de la acción penal por delito de injurias no extingue la posibilidad de posteriores actuaciones en vía civil para exigir la responsabilidad derivada de la lesión del derecho al honor, porque en tal caso, si concluyera el proceso penal dejando imprejuzgada la cuestión civil, bien por estimar que si el actor elige la acción penal se extingue la acción civil (la de la L.O. 1/1982 y tal vez también la del art. 1902 CC), bien por apreciar que las actuaciones penales no interrumpen el cómputo de plazo de 4 años de la acción *ex art.* 9.5 de la L.O. 1/1982, por ser de caducidad, el perjudicado quedaría en una situación de indefensión, con vulneración del art. 24 CE. Esta doctrina del Constitucional ha sido luego recogida por el Tribu-

---

4 CABEDO NEBOT, «Sobre las acciones por difamación», en *Poder Judicial*, 2ª época, junio 1986, pág.33, y MUÑOZ MACHADO, «Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación», en *Poder Judicial*, 2ª época, marzo 1986, pág. 11, (citados por ESTRADA ALONSO, Eduardo, *cit.*, págs. 60 y 61).

5 ESTRADA ALONSO, Eduardo, *cit.*, pág. 62.

6 SANTOS VIJANDE, Jesús María, *op. cit.*, pág. 64. La conclusión es clara cuando se cuestiona la preferencia de acciones penales por delitos que, como la injuria o calumnia, son perseguibles solo a instancia de parte; mayor problema plantea el supuesto, también posible, de que las actuaciones penales previas tengan por objeto otra clase de delitos.

7 A este respecto, la STC 241/1991, de 16 de diciembre [RTC 1991\241], en un supuesto en que se había producido un delito de desacato, señaló que el art. 24 CE comprende el derecho a elegir la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, cambiando el criterio que restringía la posibilidad de optar a los supuestos en que los hechos fueran constitutivos de delitos perseguibles solo a instancia de parte.

nal Supremo en las recientes Sentencias de 18 de julio de 2007 (citada), FJ 5º, y 20 de marzo de 2007 [RJ 2007\1669]. Esta última declara caducada la acción civil *ex art. 9.5* de la L.O. 1/1982 por el previo ejercicio de unas Diligencias Previas penales que no consideró suficientes para interrumpir el cómputo del plazo, supuesto que según se afirma en la Sentencia es distinto del que provocó el giro interpretativo del Tribunal Constitucional en la STC 236/2006, cuya doctrina acepta también el TS expresamente en el FJ 41º de su sentencia de marzo de 2007 citada.

A todo ello cabría añadir que, en el caso de que la acción penal siga su curso y culmine con una Sentencia condenando al agresor por delito de injurias o calumnia, el perjudicado siempre podría acudir a las acciones civiles derivadas de la responsabilidad penal, cuyo específico plazo de prescripción fija el art. 1968.2 del CC en un año.

### 3. EL ART. 7.7 DE LA L.O. 1/1982 Y EL ART. 18 CE.

¿Qué relación guarda la defensa del derecho al honor *ex art. 18 CE* con la acción *ex art. 7.7* de la L.O. 1/1982?

Es esta una segunda cuestión previa en esta exposición, porque el texto del art. 18.1 CE coincide literalmente con la rúbrica de la L.O. 1/1982, lo que da lugar a cuestionarse si el ejercicio de los derechos que de ellos derivan debe efectuarse a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, del especial para la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, o del proceso civil o penal que corresponda ante los Tribunales de Justicia. Y, por otra parte, la coincidencia de sus respectivos términos nos lleva a la vieja cuestión sobre cuál es la naturaleza de los derechos de la personalidad: si se trata de verdaderos bienes o derechos subjetivos, o de *el derecho* (a la personalidad) en lugar de *los derechos* (de la personalidad), y en concreto, en qué se diferencian de los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Constitución<sup>8</sup>. La doctrina describe a estos efectos un caso paradigmático, en el que se produjo una peregrinación

---

<sup>8</sup> Vid. un temprano pero profundo estudio monográfico de estas cuestiones en ROGEL VIDE, Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, en *Studia Albornotiana*, XLVI, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1985, págs. 30 a 44, en especial pág. 42, donde afirma: *Creo también, a mayor abundamiento, que, respecto de algunos de estos bienes, puede hablarse de verdaderos derechos subjetivos, si bien de características especiales.*

innecesaria de demandas ante los Tribunales ordinarios (Juzgado, Audiencia y Supremo) y el Tribunal Constitucional, que sólo cabe explicarse partiendo de las deficiencias que presentan nuestro sistema jurisdiccional y nuestra normativa en cuanto a la defensa de estos especiales bienes o derechos. Es el caso examinado por la STS, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 1996, en el que la célebre Sra. P, habitual protagonista de reportajes en la *prensa del corazón*, demandó a su empleada de hogar y al semanario *L*, y exigió una elevada suma en concepto de indemnización, por haber publicado unas declaraciones de la empleada que a juicio de la Sra. P lesionaban su derecho a la intimidad personal y familiar. Aunque no se trataba aquí del derecho al honor, sino sólo de la intimidad personal y familiar de la Sra. P. —puesto que las declaraciones afectaban a su hija T— el supuesto hubiera podido también producirse en relación a su honor, dada por otra parte la cierta proximidad conceptual que media entre ellos<sup>9</sup>. Lo que interesa ahora es observar que el Juzgado y la Audiencia condenaron a los demandados a abonar cierta suma indemnizatoria, de cuantía elevada, por estimar que éstos habían infringido los arts. 18 CE y 2.1 y 7.3 de L.O. 1/1982, entre otros, pero el TS casó la Sentencia de instancia por considerar que las declaraciones difundidas en la prensa no pasaban de ser unos simples chismes de escasa entidad que no cabía catalogar como atentatorios de la intimidad de la Sra. P. Tras esta Sentencia del TS la Sra. P. invocó los arts. 18.1 y 14 de la Constitución ante el TC, que le otorgó el amparo que solicitaba por estimar que el reportaje había revelado aspectos relativos a la intimidad familiar y personal de la afectada, de manera que, mediante STC, secc. 2ª, 115/2000, de 5 de mayo [RTC 2000\115] quedó anulada la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9226]. Pero el 20 de julio de 2000 la Sala 1ª del TS, dictó otra Sentencia ([RJ 2000\6184]) *ex art.* 5.1 de la LOPJ, en sustitución de la que el TC había anulado anteriormente, a los solos efectos de rebajar la cuantía de la indemnización hasta convertirla en casi simbólica (25.000 pts.), por lo que la actora volvió a recurrir en amparo esta nueva resolución del TS, añadiendo al inicial motivo (que era la vulneración presunta del art. 18.1 CE) la invo-

---

9 ESTRADA ALONSO, E., *op. cit.* Pág. 53, afirma sin embargo que honor e intimidad son conceptos próximos pero no coincidentes, puesto que puede haber lesiones a la intimidad (p. ej., revelación de datos veraces que en sí mismos no merman la reputación social de una persona, aunque ésta no quiera divulgarlos) que no constituyan afrentas ni difamaciones; y supuestos de injurias o calumnias, sobre todo cuando se pruebe que son falsas, (por ejemplo, los insultos simplemente zahirientes) que lesionan el derecho al honor y sin embargo no invaden la privacidad.

cación del art. 24 CE sobre derecho a la tutela judicial efectiva por indebida ejecución de la STC 115/2000. Lo particular del caso es que la sección 2ª del TC dictó una segunda Sentencia (186/2001, de 17 de septiembre) en la que además de estimar nuevamente el recurso de amparo, reconocer la lesión del derecho a la intimidad personal y familiar de la Sra. P y anular la Sentencia del TS de 20 de julio de 2000, resolvió sobre la cuantía de la indemnización y la fijó en la suma que había establecido la SAP Barcelona de 12 de enero de 1993; si bien con el Voto particular de dos Magistrados del TC en los que opinaban que este último extremo debió haberse remitido al Tribunal Supremo<sup>10</sup>.

Es este un ejemplo, junto con otros destacados por la doctrina, de una pugna entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, que va más lejos del tema de fondo –que era la protección del derecho a la intimidad de una persona– y llega al del poder para interpretar las leyes orgánicas<sup>11</sup>.

#### **4. SUPUESTOS ACTUALES**

##### **a) Derecho al honor y libertad de información**

En la Jurisprudencia civil de las Audiencias Provinciales correspondiente al año 2007 continúan produciéndose los clásicos casos de colisión entre los derechos al honor y a la libertad de opinión e información. Siguen siendo frecuentes las demandas frente a los medios de información, prensa, radio y televisión, contra reportajes o noticias difundidas por los medios que molestan o lesionan supuestamente el derecho honor –a veces también a la propia imagen– de sus protagonistas. Se plantea además de nuevo el alcance de la protección de este derecho cuando no se trata de personas físicas. Es el caso, por ejemplo, resuelto por la SAP Madrid, secc. 20, de 23 de enero 2007, [AC 20007\850], en que la Sociedad Anónima D demanda a la autora de un reportaje periodístico y al director del periódico, por haber difundido una noticia

---

10 *Vid.*, a propósito de este azaroso proceso, SALVADOR CODERCH, P., y GÓMEZ POMAR, F., *Libertad de expresión y conflicto constitucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid 2002, págs. 32 a 37.

11 SALVADOR CODERCH, P., y GÓMEZ POMAR, F., proponen una política legislativa que permitiera reducir el número de casos de amparo ordinario que pueden ser objeto de casación ante el Tribunal Supremo (*op. cit.*, pág. 47).

en la que se imputa a la empresa D la pertenencia a una red de venta de datos estadísticos, y sus pretensiones resultan desestimadas por entender el juzgador que, en este caso, debe prevalecer el principio de libertad informativa. O, también, el fallado por la misma sección de la AP de Madrid en Sentencia de 22 de enero de 2007 [AC 2007\851], en el que un particular, Don F., actuando en representación de su hijo menor, demanda a la conocida Revista *I*, por publicar un reportaje sobre venta y tráfico de drogas en el que incluyó una foto de una discoteca con el coche de Don F aparcado en frente del local, de manera que era visible el número de matrícula, toda vez que el demandante, Don F., era un proveedor habitual de bebidas de la discoteca y el reportaje trataba sobre una red de venta de estupefacientes, lo que según Don F. perjudicaba la reputación de su hijo menor además de su honor profesional, y en definitiva estos sucesos le habían producido perjuicios en forma de insultos al hijo y pérdida de clientela; el juzgador rechazó las pretensiones indemnizatorias de Don. F. por estimar que el reportaje en cuestión era *neutral* por lo que prevalecía el derecho a la información<sup>12</sup>. Un caso parecido, en el que un particular actúa contra un reportaje difundido en un canal de TV, es el resuelto por la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de 12 de marzo de 2007 [JUR 2007\238294], en el que la TV y el director del programa resultaron condenados al pago de 24.000 euros en concepto de indemnización por haber realizado y difundido un reportaje en el que se entrevistaba a varios presidiarios preguntándoles si habían visto ingresados en la cárcel a hijos de famosos, no sólo porque las afirmaciones difundidas no eran veraces, sino porque el juzgador rechazó la alegación, formulada por TV, acerca del carácter supuestamente *neutral* del reportaje y estimó que se trataba de una intromisión ilegítima del derecho al honor.

También la SAP Barcelona, secc. 1, de 3 noviembre de 2006 [JUR 2007\113828] estimó una demanda contra varios canales televisivos por entender que se había producido una intromisión ilegítima en el honor del demandante con ocasión de un reportaje, grabado con cámara oculta y retransmitido por Televisión, que reflejaba negociaciones sobre el fichaje de jugadores de fútbol.

Un caso particular de colisión entre el derecho de información y el derecho al honor es el que tuvo lugar a instancia de la ONCE contra la Plataforma Unitaria de Encuentros para la Democratización de la ONCE, en el

---

12 *Vid.*, sobre el concepto de reportaje neutral, *infra* apartado 9.

que el juzgador, tras analizar las expresiones peyorativas vertidas contra la ONCE en el sentido de achacarle falta de democracia en los procedimientos de elección de sus dirigentes y otras irregularidades, analiza detenidamente el concepto de honor, y concluye que en el caso no se produjo ninguna intromisión ilegítima (SAP Madrid, secc. 9, de 26 de octubre 2007 [AC 2007\706]).

En otro supuesto, se denunció ante los Tribunales la publicación de un reportaje televisivo que contenía imágenes de una persona grabadas sin su consentimiento, aunque el reportaje no contenía nada que pudiera considerarse ofensivo o atentatorio a su honor profesional. Se trataba de una *esteticienne* cuya imagen había sido grabada mediante cámara oculta, en el transcurso de una entrevista con una periodista que había fingido ser una persona interesada en informarse de los tratamientos de belleza ofertados por una clínica privada, que decidió invocar judicialmente su derecho a la propia imagen para solicitar una indemnización. A propósito de este caso, se plantea entre otras cuestiones la autonomía del derecho a la imagen respecto a los demás derechos de la personalidad regulados en la L.O. 1/1982. A este respecto, la SAP Madrid, secc. 19, de 3 de abril 2007, FD 2º, [AC 2007\962] toma en consideración la doctrina del TEDH sobre la ausencia de un derecho autónomo a la imagen, pero añade que nuestro TC le ha otorgado en sus últimas sentencias un valor independiente de los derechos al honor y a la intimidad, con los que se halla ligado.

De todos estos casos, conviene retener, como extremos relevantes a la hora de determinar si resulta de aplicación el art. 7.7 de la L.O. 1/1982 o si debe prevalecer el derecho a la información, entre otras cuestiones: la noción de *reportaje neutral*; la distinta graduación y concepto del honor de las personas jurídicas respecto de las personas físicas; y los criterios de determinación del concepto de honor.

## **b) Enfrentamientos entre profesionales y entidades**

Es frecuente que en el desarrollo de las actividades profesionales se produzcan situaciones conflictivas entre las personas. En concreto, las tensiones entre los administradores de las comunidades de propietarios y el presidente o los vecinos, han dado lugar a varias demandas por presuntas intromisiones en el derecho al honor. En el supuesto fallado por la SAP de Valencia, secc. 6ª, de 23 de abril de 2007, [AC 2007\1206] el administrador de una comunidad de propietarios invoca el art. 7.7 de la L.O. 1/1982, a raíz

de una carta en la que el presidente de la comunidad le insultaba con palabras tales como «ladrón», «estafador», atribuyéndole actuaciones calificadas de «tramoya chapucera», etc.. A pesar del carácter netamente peyorativo de estas expresiones, la Audiencia declara que no constituyen intromisiones ilegítimas en el honor del administrador. Para fundamentar el fallo, acude al significado de los términos utilizados según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua y concluye que se encuadran en el derecho a expresar y opinar libremente, o a manifestar el descontento del presidente con los servicios prestados por el administrador. En un caso parecido, en que la administradora de una comunidad de propietarios denunciaba ataques variados a su persona que a su juicio lesionaban su derecho al honor, la SAP Vizcaya, secc. 4ª, de 24 de mayo 2007, [AC 2007\97166] declaró que no había tenido lugar la intromisión y que debía prevalecer en este caso el derecho de los vecinos a expresar libremente su opinión (FD 3º).

En cambio la SAP Alicante, secc. 8, de 19 de febrero de 2007, [JUR 2007\238959], encontró que era lesiva del honor de un médico la carta redactada por el jefe de sección del hospital donde aquél trabajaba, en la que informaba al director del centro acerca de la conveniencia de denegar el permiso vacacional de dos días que el médico había solicitado al director, y a continuación escribía una página llena de afirmaciones insultantes, tachándole de «incompetente», que menospreciaban la reputación profesional del médico.

**c) Inclusión en registro de morosos de la ASNEF (Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito) por error**

Es este otro grupo de supuestos interesante por su frecuencia y trascendencia, cuya defensa jurídica se ha fundamentado en el art. 7.7 de la L.O. 1/1982.

A este respecto, la SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 22 de febrero de 2007, [AC 2007\813] estimó que constituía intromisión ilegítima en el honor de un empresario, que en este caso era una sociedad anónima, la inclusión de ésta en el registro de morosos de la ASNEF-EQUIFAX, por error de una empresa que había ofrecido los datos al responsable del fichero, a pesar de que, una vez constatado que ello había tenido lugar por un error de la acreedora, la anotación fue cancelada. La entidad demandada alegaba en su defensa: que la normativa vigente sobre protección de datos personales no es aplica-

ble a una persona jurídica; que la entidad gestora de los ficheros no es responsable de la veracidad de los datos que le ofrecen los acreedores para incluirlos en el fichero; y que los datos no habían sido divulgados, entre otros argumentos. Esta resolución abunda en el concepto de honor del empresario, la exigencia de veracidad como requisito para la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor, la aplicabilidad de la L.O. 1/1982 a personas jurídicas y sus matices, etc..

La SAP Sta. Cruz de Tenerife, secc. 4ª, de 28 de agosto de 2007 [AC 2007\272], dictada a propósito de un caso semejante al anterior, interpretó que la inclusión en el registro de morosos de la banca, ASNEF/EQUIFAX, por el impago de un apunte erróneo en la cuenta de un cliente bancario, integraba una intromisión ilegítima en el derecho al honor del perjudicado, que afectaba además a su derecho a la intimidad, por lo que confirmó la sentencia del Juzgado que había condenado a la entidad bancaria al pago de una elevada indemnización por daños económicos y morales al cliente.

Estos supuestos de lesiones del derecho al honor guardan relación con la interpretación jurisprudencial de la normativa sobre protección de datos personales contenida en la LO 15/1999, cuyo artículo 29 se refiere a los ficheros de datos sobre solvencia patrimonial y crédito, y exige, para la inclusión de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, que el interesado lo consienta o bien que se le notifique la inclusión por los acreedores en el plazo de 30 días desde la anotación en el registro. Abundando en estas exigencias, la Instrucción 1/95, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a datos sobre solvencia patrimonial y crédito, exige que concurren los siguientes requisitos: a) existencia de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada; b) requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación. En definitiva, recoge los principios de «veracidad» y «consentimiento» activo o pasivo del afectado, frente a la posible excusa del titular del fichero consistente en ampararse en una pretendida posición de simple receptora de los datos proporcionados por un acreedor (estas normas sobre protección de datos personales aparecen citadas por la SAP Zaragoza, secc. 5, de 22 de febrero 2007, FD 7º [AC 2007\813]).



## 5. RECAPITULACIÓN

Se ha advertido al principio que estos casos tienen poco de novedoso y que la doctrina vertida por los Tribunales tampoco parece haber evolucionado demasiado. Se repiten en ellos los tradicionales problemas de interpretación que tradicionalmente ha suscitado la L.O. 1/1982, y en concreto, los aspectos que a continuación paso a contemplar brevemente.

## 6. EL «HONOR» COMO CONCEPTO INDETERMINADO

La jurisprudencia continúa aceptando que el concepto jurídico de honor, a los efectos del art. 7.7 de la L.O. 1/1982, es indeterminado<sup>13</sup>. En este sentido, por ejemplo, la SAP Madrid, secc. 19, de 14 de febrero 2007 [JUR 2007\153188] declara que no es posible dar una definición que pueda tipificarlo en cada caso, y que el derecho al honor está sujeto a determinadas limitaciones o matices, tales como el contexto en el que se pronuncian las expresiones que pueden lesionarlo, el nivel de tolerancia de la sociedad en cada momento, el medio en que se vierten dichas expresiones, las circunstancias que rodean el suceso, la proyección pública de la persona que se siente ofendida, la gravedad de las expresiones, etc., de manera que no cabe apreciar que se trate de un derecho absoluto, pues debe ceder frente a otros tales como el derecho a la información. De todo ello se deduce que los Tribunales tienen un *cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege*. Según esta Sentencia, que acoge un recurso de apelación frente a la de primera instancia, el concepto de honor tiene una dimensión interna o subjetiva (dignidad personal, sentimiento que la propia persona tiene de sí misma) y otra externa u objetiva (la reputación, valoración o consideración social), pero advierte que

*... conviene resaltar que el concepto de honor no es subjetivo puro, que daría lugar a que cada persona tuviera una idea distinta del honor dependiendo de su subjetividad o susceptibilidad, ni tampoco es puramente objetivo, que permita dar parámetros abstractos a los que deban*

---

<sup>13</sup> No se olvide que el texto del art. 7.7 de la L.O. 1/1982 fue modificado por la disp. Final 4ª de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre (Código Penal).

*adaptarse las situaciones humanas* (FD 1º de la Sentencia de la SAP Madrid citada).

Abunda en estas consideraciones acerca de la indeterminación del concepto jurídico de honor la SAP Madrid, secc.9, de 26 octubre 2007, [AC 2007\706], (caso ONCE ya citado anteriormente), que en su FJ 3º declara lo siguiente:

El Tribunal se ha referido expresamente a la imposibilidad de encontrar una definición del mismo en el propio ordenamiento jurídico. Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1989, que encaja sin dificultad, por tanto, en la categoría jurídica conocida de conceptos jurídicos indeterminados (Sentencia del Tribunal Constitucional 223/1992). A pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido, acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, asociar el concepto de honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), como la fama y aun la honra consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación o lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisión ilegítima en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena.

A pesar de la indefinición del concepto, la jurisprudencia examinada ha tenido ocasión de juzgar supuestos determinados en que se cuestionaba si ciertos actos pueden constituir intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de una persona, lo que ayuda a obtener una mayor concreción.

Así, según la SAP Tenerife, secc. 4ª, de 28 de agosto de 2007 [AC 2007\272] (que cita en apoyo de su postura la STS de 5 de julio de 2004 [RJ 2004\4941]) la cesión de los datos contenidos en los registros de morosos de la Asociación Nacional de Entidades de Financiación (ASNEF) a las entidades bancarias asociadas constituye un acto de divulgación suficiente para considerar el supuesto incluido en el concepto de intromisión ilegítima de los derechos al honor y a la intimidad de los clientes bancarios. Esta resolución afirma que el simple hecho de la inclusión de los datos erróneos en el registro de morosos se considera un daño, sin que se precise probar documentalmente los efectos propios de esta situación, tales como impedir al perjudica-

do obtener financiación, usar tarjetas de crédito, etc.; datos estos que, sin embargo, pueden en su caso contribuir a establecer la cuantía de la indemnización.

Otro interesante supuesto es el que analizó la SAP Valencia de 27 de octubre de 2007 [AC 2007\733], en el que se trataba del derecho al honor de un joven fallecido y la legitimación de sus familiares para pleitear en la defensa de este bien de la personalidad. El conflicto se produjo a partir de la publicación en varios periódicos de una foto en la que aparecían dos personas que sacaban de una vivienda una camilla con un cadáver tapado, acompañada de una noticia en la que se publicaba la dirección de la vivienda y se indicaba que el fallecimiento de su inquilino había podido producirse por una sobredosis de droga. En cuanto al honor de los fallecidos, destaca que los familiares están legitimados para defender su memoria *post mortem*. Aparece citada en la Sentencia otra del TS de 24 de febrero de 2000 [RJ 2000\1243], en la que se afirma que el *concepto del honor* al que se refiere el art.7.7 de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo, es

*la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona; cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás;*

pero a continuación se advierte que

*siendo tan relativo el concepto del honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (lo cual ha mantenido esta Sala desde las sentencias de 24 de octubre de 1988 y especialmente las de 16 de marzo de 1990 y 17 de mayo de 1990);*

En la citada Sentencia del Tribunal Supremo se señala además que

*la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso;*

y se añaden consideraciones que matizan la tradicional exigencia de veracidad cuando el derecho al honor colisiona con la libertad de información:

*la noticia que tiene interés y relevancia general y que es veraz no produce intromisión en el derecho al honor (...); la veracidad no es preciso que sea absoluta: en hechos que una persona estima que atentan a su honor, que son ciertos, caben inexactitudes parciales que no afectan al fondo, es decir, que no debe exigirse una veracidad absoluta y total; sí que la esencia del hecho sea veraz, aunque contenga inexactitudes.*

## **7. LA CONFRONTACIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN TIENE EN CUENTA EL CONTEXTO Y LA RELEVANCIA SOCIAL DE LOS PERSONAJES CUYO HONOR QUEDA COMPROMETIDO**

Este aspecto del derecho al honor ha sido objeto de multitud de pronunciamientos jurisprudenciales y observaciones doctrinales. En la muestra que estamos analizando aparece aludido, por ejemplo, el caso fallado por la SAP Madrid, secc. 9, de 26 octubre [AC 2007\706] ya citada antes. En este caso se consideró que debía prevalecer la libertad de información sobre el derecho al honor de la entidad demandante (la ONCE) a quien se le habían atribuido algunas irregularidades y actuaciones poco democráticas en su funcionamiento interno, ello habida cuenta su relevancia social. Se afirma en el FJ 4º de la Sentencia que:

Partiendo, por lo tanto, de que la parte apelante Organización Nacional de Ciegos Españoles, es una entidad de una gran trascendencia pública y social, y que las expresiones que se consideran injuriosas deben entenderse referidas a denuncias de mal funcionamiento interno, de crítica a la labor de sus directivos y, por lo tanto, dentro de la lucha partidista que en el seno de la asociación existe, no cabe extraer, tal como se pretende por la parte apelante, que dichas expresiones sean injuriosas, ni que tengan como finalidad el descrédito o menosprecio público de la misma; pues si bien las expresiones pueden entenderse molestas, hirientes o incluso de mal gusto, deben entenderse amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión garantizada en el apartado a) del artículo 20.1 de la Constitución Española, el cual «protege la libre difusión de creencias y juicios de valor personales y subjetivos» (Sentencia del Tribunal Constitucional 192/1999, de 25 de octubre).

La libertad de información también prevaleció en otro caso, que dio origen a la SAP Cádiz, secc. 4ª, de 3 de junio 2007, [AC 2007\320], en que se publicó en la prensa una noticia sobre un funcionario municipal expedientado por presunta participación en la alteración de la fecha de empadronamiento de ciudadanos chinos, porque, según se afirma en su FJ 5º:

*...en definitiva si para aceptar la intromisión ilegítima del derecho al honor han de concurrir una serie de requisitos relativos en primer lugar a los conceptos vertidos, que han de ser de la suficiente entidad para menoscabar o atentar contra la fama, la dignidad o la propia estimación de la víctima, en segundo término al contexto y a la situación en que tales expresiones se vierten y por último a la condición del sujeto pasivo de tales frases o expresiones que cuando como en el caso presente ocurre se trata de una persona con proyección pública social, y política, entiende la jurisprudencia, y así lo destacó el Ministerio Fiscal en la vista del recurso, el derecho al honor se encuentra disminuido, el derecho a la intimidad diluido y el derecho a la propia imagen excluido.*

Por otra parte, para que prevalezca el derecho a la información sobre el derecho al honor no es preciso que la divulgación se realice a través de los medios de comunicación, según entendió la SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 22 de febrero de 2007, citada, puesto que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de julio de 2004),

*... la divulgación no exige tenga que ser necesariamente por medio de la prensa, radio, televisión o cualquier medio de comunicación social, sino que como el vocablo indica se divulga un hecho cuando se propaga, revela o difunda al exterior y así como también cuando se facilita que el público pueda conocer la noticia.*

## **8. LA APLICABILIDAD DE LA L.O. 1/1982 A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SUS MATICES**

Habida cuenta del contenido moral de los bienes de la personalidad, lo que no excluye que su lesión sea susceptible de una valoración material a los efectos de calcular la cuantía de la indemnización, la doctrina dudó inicialmente sobre la posibilidad de aplicar la L.O. 1/1982 a las personas jurídicas,

si bien pronto los tribunales desvanecieron la duda. En este sentido, la SAP Madrid, secc. 9, de 26 octubre 2007 [AC 2007\706], relativa al ámbito de protección del derecho al honor, expone en el FJ 3º lo siguiente:

Protección que también se extiende a las personas jurídicas como recoge la doctrina del Tribunal Constitucional al establecer que, la tutela judicial del prestigio de las sociedades mercantiles, la ha admitido esta Sala en determinados supuestos (Sentencias de 28-4-1989, 15-4-199, citada en el recurso y 26-3-1993 y 9-12-1993, entre otras), así como el Tribunal Constitucional (Sentencias de 11-11-1991 y 26-9-1995); si bien debe de reconocerse que la doctrina jurisprudencial civil no se mantiene uniforme, pues se presenta discrepante, pero en trance de ir centrando la cuestión y de depurar divergencias, resulta más proclive y merecedor de amparo este derecho al honor, que si bien tiene en la Constitución un significado personalista, como inherente a la dignidad humana, según el artículo 18, aunque parece que lo acentúa en el derecho a la intimidad, ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a un prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos, y así puede traducirse en una pérdida de la confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello como consecuencia de que las personas jurídicas también ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas.

Abunda en esta idea la SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 22 febrero 2007, FD 4º, [AC 2007\813], a propósito de la aplicación del art. 7.7 de la L.O. 1/1982 a los empresarios:

*Pues bien, la jurisprudencia se ha expresado al respecto con claridad. Después de unos primeros titubeos, tanto el TC como el TS entendieron que las personas jurídicas no tenían porqué estar excluidas de ese ámbito de protección, «de modo que no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica, y si una persona jurídica es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (universitas personarum)*

*sea de tipo patrimonialista (universita bonorum)» (Ss. TC 135/95], 183/95], y del TS de 28-abril-1989, 15-abril 1992, 14-marzo-1996 y 9-octubre-1997).*

En la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza se afirma, en relación con el honor del empresario, que

*supone el derecho de éste a la fama y su crédito en el giro o tráfico propio de la actividad que constituye su objeto. Así, pues, el honor mercantil se identifica con la reputación comercial y el prestigio profesional.*

y se añade que el honor de los empresarios ha sido defendido ante los tribunales también por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del CC<sup>14</sup>.

Ahora bien, aun cuando se reconozca que la norma que protege el derecho al honor es aplicable a las personas jurídicas en general y a las sociedades mercantiles en particular, esta afirmación no está exenta de matizaciones. En este sentido, la SAP Madrid, secc. 11 de 18 de enero de 2007, [JUR 2007\158645], dictada a propósito del presunto perjuicio al honor de una empresa de publicidad farmacéutica, producido por un informe negativo de un jurado al que ésta se había sometido voluntariamente, y que sostuvo que sus procedimientos publicitarios llegaban a suponer claras infracciones a la normativa aplicable, declara, en el FJ 4º, que el prestigio profesional se puede incluir en la protección del honor tanto de las personas físicas como jurídicas, pero que no siempre el ataque al prestigio profesional se traduce en una transgresión del derecho al honor, pues *no son valores identificables*, de modo que al prestigio profesional se le asigna un *valor de protección más*

---

14 Sobre la posibilidad de acudir a una u otra vía civil para la defensa del derecho al honor en general, existe diversidad de pareceres. Así, se ha afirmado que la lesión al derecho al honor genera perjuicios que no tienen por qué coincidir con los daños a que se refiere el art. 1902; que la jurisprudencia del TC y del TEDH ha reconocido la autonomía de las acciones resarcitorias de daños respecto de las de protección del honor (STC 282/2000), y que el Tribunal Supremo ha declarado en ocasiones (STS, Sala Primera, de 14 de noviembre 1998) que el perjudicado puede incluso acumular las acciones de protección del honor o la propia imagen con la derivada del art. 1902 del CC. SANTOS VIJANDE, J.N. – SERRANO HOYO, G., *La protección jurisdiccional, Civil y Penal, del Honor...*, cit., págs. 128 a 130.

*débil* que al que se atribuye al honor de las personas físicas, cuando se enfrentan a la libertad de expresión; y añade que el honor de las personas físicas tiene el carácter de *inmanencia o mismidad* y se refiere a la *íntima convicción o sentimiento de dignidad de la persona* –es decir, se proyecta también en el ámbito interno o subjetivo– mientras que el prestigio profesional se refiere más bien al aspecto externo o trascendencia y valoración social –es decir, la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás–.

## 9. EL CONCEPTO DE «REPORTAJE NEUTRAL»

El concepto de reportaje neutral es el mejor medio de defensa que pueden esgrimir los periodistas y otros profesionales de la información frente a las acusaciones de agresiones al honor de las personas que protagonizan sus reportajes. De hecho, este concepto fundamenta la defensa de los demandados en el proceso objeto de la SAP Sevilla de 12 de marzo de 2007 [JUR 2007\238204] así como en la la SAP Madrid de 22 de enero de 2007 [AC 2007\851], antes aludidas.

En la primera de estas sentencias (de la Audiencia de Sevilla), se condenó a la entidad Telecinco y a los autores de uno de sus famosos reportajes, al pago de una indemnización entre otras consecuencias, por haber afirmado en los medios que el hijo del presidente de un conocido club de fútbol había estado internado en la cárcel de Sevilla y había recibido en ella un trato de favor, lo que resultó no ser cierto. La Audiencia basa su fallo en que, contrariamente a lo que afirmaba la defensa de la entidad de televisión demandada, el reportaje no era neutral. Según esta sentencia, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 27 de febrero de 2006 ha declarado lo siguiente:

«En la STC 54/2004, de 15 de abril (FJ 7) –que, por su parte, remite a la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4– ha declarado este Tribunal que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

»A) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo FJ 5). De modo que se excluye el



reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4b)».

»B) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido».

En el caso examinado por la Audiencia de Sevilla la sentencia concluye que no se cumplieron los requisitos para calificar de neutral al reportaje porque la periodista fue a buscar la noticia cuando, en el transcurso de una entrevista a los presos de la cárcel de Sevilla después de la actuación de una conocida artista para conocer su opinión sobre ésta, les preguntó de repente si habían visto alguna vez a algún hijo de famoso en la cárcel, y tras obtener las declaraciones afirmativas de los presidiarios, difundió la noticia como algo novedoso, sin ni siquiera contrastarla.

Otro supuesto en el que aparece implicado el carácter neutral de un reportaje presuntamente difamatorio fue el de la SAP Madrid de 22 de enero de 2007 [AC 2007\851], si bien en este caso los Tribunales acogieron los argumentos de la defensa de los demandados, que eran editores de una revista, y habían sido demandados por un particular que se había sentido ofendido porque su coche, cuya matrícula era visible, aparecía fotografiado frente a una discoteca en un reportaje sobre el tráfico de drogas, luego publicado en la revista, y que fue calificado por el Juzgado de Primera Instancia como neutral.

## **10. EL «ANIMUS RETORQUENDI»**

Tratándose de delitos de injurias, es frecuente en la doctrina considerar el caso particular del *animus retorquendi*, o la intención de devolver injuria por injuria, que se produce cuando la ofensa se produce en respuesta de otra anteriormente recibida. Ello puede influir en la calificación de ambas injurias en el sentido de disminuir la gravedad de la segunda.

La noción de *animus retorquendi* aparece también en la jurisprudencia civil relativa al derecho al honor de las personas<sup>15</sup>. La SAP Madrid, secc. 19ª, [ JUR 2007\153188] recoge este concepto en relación con el caso de la OPA lanzada por GAS NATURAL a ENDESA. En este supuesto, el presidente de ENDESA, Don J.M., demandó al Secretario del Partido Socialista Obrero Español, Don P.E., por supuesta intromisión en su derecho al honor, afirmando que Don P.E. había divulgado en la prensa y Televisión la noticia sobre unas supuestas donaciones realizadas por Don J.M. al Partido Popular y a la F.A.E., con el fin de obtener apoyo en el asunto de la OPA dirigida por GAS NATURAL. El Juzgado estimó la demanda y Don P.E. apeló la sentencia. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso, revocó la sentencia del juzgado y absolvió a Don P.E. En el FJ 4º afirmó que las declaraciones salían al paso de otras que había realizado Don J.M. en el sentido de que ciertas entidades bancarias y el Partido Socialista de Cataluña habían apoyado la OPA que había lanzado GAS NATURAL, y que las declaraciones de Don P.E. no lesionaban el derecho al honor de Don J.M., por haber sido formuladas con *animus retorquendi*.

## **11. LA INFLUENCIA DE LA VERACIDAD O FALSEDAD DE LAS NOTICIAS EN LA EXISTENCIA DE LESIONES AL HONOR**

Cuando las supuestas intromisiones en el derecho al honor se realizan a través de la revelación de datos de una persona física o jurídica, la veracidad o falsedad de los datos opera de diferente forma, según se trate de casos en que el derecho al honor colisiona con el derecho a la información (en cuyo caso, para que pueda prevalecer el derecho a la información sobre el derecho al honor, y por consiguiente se declare que la intromisión no ha tenido lugar, los tribunales exigen que la noticia difundida sea veraz, como por ejemplo se afirma en la SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 22 de febrero 2007, FD 5º, [AC 2007\813]) o no. Así, si se trata de supuestos simples, en que las intromisiones al derecho al honor se producen fuera del ámbito de la difusión de noticias a través de la prensa, algunas sentencias declaran que la intromisión puede tener lugar aunque los datos sean ciertos.

---

<sup>15</sup> *Vid.*, p.ej., SAP Ávila de 10 de junio de 2002 [AC 2002\1324], FJ 1º y 5º; y SAP Córdoba, secc. 2ª, de 16 de julio 2001 [JUR 2001\269826], FJ 4º.

El problema de la veracidad de la noticia y su relevancia en la calificación de la intromisión en el derecho al honor, provienen en parte del tratamiento de las lesiones al honor de las personas en el ámbito del Derecho penal. Así, como ha puesto de relieve ESTRADA ALONSO<sup>16</sup>, la L.O. 1/1982 no recoge en su art. 8 la *exceptio veritatis* que sin embargo tradicionalmente aparece en la normativa penal (actualmente, en los arts. 207, para el delito de calumnia, y 210 para el de injurias), por lo que se plantean dudas acerca de si la veracidad de la noticia puede eximir de responsabilidad civil al que provoca la intromisión en el honor; y, tras analizar una serie de fallos de los Juzgados y Audiencias, concluye que *incluso la información veraz puede atentar contra el derecho al honor*, si bien en ocasiones esta exigencia ha quedado *difuminada*<sup>17</sup>.

La SAP Valencia de 27 de octubre de 2007 [AC 2007\733], anteriormente citada, realizó un análisis de las facetas del derecho al honor que aparecen involucradas en el supuesto de la noticia divulgada acerca de un joven que presuntamente falleció por sobredosis de droga, con abundante cita de sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en apoyo de sus argumentos. Los demandantes, padres del joven, que solicitaban una indemnización pecuniaria, alegaban la falsedad de la noticia pues al publicarla no se había determinado aún la causa de la muerte y en realidad el joven había fallecido por enfermedad; y, por otra parte, la falta de relevancia social del reportaje, ya que no se trataba de un personaje público. Por todo ello consideraban que no debía prevalecer en esta ocasión la libertad de información. Los periodistas demandados sostenían, por el contrario, que la noticia era verídica, de interés público, el suceso suficientemente contrastado y que en ningún momento se había identificado al fallecido. Tanto el Juzgado como la Audiencia rechazaron las pretensiones de los actores y declararon que en este caso debía prevalecer la libertad informativa. Respecto a la exigencia de la veracidad, como requisito para que prevalezca la libertad de información sobre el derecho al honor, la sentencia matiza que basta con que los medios de información realicen un esfuerzo por buscar la verdad, o que se limiten a publicar los resultados de las investigaciones policiales, pues, según en ella se afirma también, *veracidad no equivale a realidad incontrovertible de los hechos*.

---

16 ESTRADA ALONSO, E., *op. cit.*, págs. 136 a 147.

17 ESTRADA ALONSO, E., *cit.*, pág. 141.

## 12. REFLEXIÓN FINAL

Hasta aquí, una muestra de la aplicación judicial del art. 7.7 de la L.O. 1/1982 que las Audiencias Provinciales están realizando en la actualidad. Se afirmaba al principio que en el estudio se habían clasificado según el criterio de su principal efecto: declarar la existencia o inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, pero la riqueza de los argumentos aducidos para sustentar las correspondientes decisiones judiciales pronto cobró mayor fuerza e interés. Con todo, resta señalar que en nueve de los casos examinados (la mayoría de los supuestos enjuiciados por las Audiencias en el año 2007 objeto de consideración en el presente estudio) se declaró la *inexistencia de intromisión ilegítima* en el derecho al honor<sup>18</sup>, en atención a diversos extremos que han sido objeto de análisis en los párrafos precedentes. Y que en seis de ellos se apreció la *existencia de la intromisión ilegítima*<sup>19</sup>.

---

18 SAP Madrid, secc. 9, de 26 de octubre de 2007 [AC 2007\706] (presuntas irregularidades funcionamiento de la ONCE); SAP Madrid, secc. 11, de 18 de enero 2007 [JUR 2007\158645] (empresa publicidad farmacéutica que fue objeto de un informe negativo emitido por un jurado a cuya decisión se había sometido libremente); SAP Madrid, secc. 19, de 14 de febrero 2007-10-14 [JUR 2007\153188] (expresiones realizadas con *animus retorquendi* en la OPA de Gas Natural a Endesa); SAP Madrid, secc. 20, de 22 de enero [AC 2007\851] (reportaje sobre tráfico de droga que publicaba la foto del demandante frente a una discoteca); SAP Madrid, secc. 20, de 23 de enero 2007 [AC 2007\850] (publicación noticia de participar una empresa en la venta indebida de datos estadísticos); SAP Cádiz, secc. 4ª, de 3 de junio 2007 [AC 2007\320] (funcionario expedientado por presunta alteración fecha empadronamiento ciudadanos chinos); SAP Valencia, secc. 7ª, de 23 de abril 2007 [AC 2007\1206] (descalificaciones al administrador de una comunidad de vecinos); SAP Valencia (secc. 7) de 2 octubre 2007 [AC 2007\733] (caso noticia de fallecimiento por presunta sobredosis de droga); SAP Vizcaya, secc. 4, de 24 de mayo 2007-10-14 [JUR 2007\97166] (insatisfacción vecinos con la actuación de la administradora de una comunidad de vecinos).

19 SAP Alicante 19 febrero 2007 [JUR 2007\238959] (sobre descalificaciones a médico por el jefe de sección de un hospital); SAP Sta. Cruz de Tenerife, secc. 4, de 28 agosto 2007 [AC 2007\272] (inclusión indebida del demandante en el registro de morosos de ASNEF/EQUIFAX); SAP Zaragoza, secc. 5ª, de 22 de febrero 2007 [AC 2007\813] (inclusión indebida de persona jurídica en el registro de morosos de ASNEF/EQUIFAX); SAP Madrid, secc. 19, de 3 de abril 2007 [AC 2007\962] (reportaje *esteticienne* grabada con cámara oculta); SAP Barcelona, secc. 1ª, de 3 noviembre 2007 [JUR 2007\113828] (grabación oculta en reportaje sobre el fútbol); y SAP Sevilla, secc. 5ª, de 12 de marzo 2007 [JUR 2007\238205] (revelación en programa televisivo del falso dato de haber estado en la cárcel el hijo del demandante, presidente de un conocido club de fútbol).

# ALGUNAS NOTAS JURÍDICAS ACERCA DE LOS BIENES DE LA PERSONALIDAD<sup>1</sup>

JAIME VIDAL MARTÍNEZ  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universitat de València

La construcción jurídica de los derechos de la personalidad no fue acogida en los códigos civiles del siglo 19, pero hunde sus raíces en lo más profundo de nuestra civilización. La escuela española de Derecho Natural proporcionó la base técnica para la especificación de la esfera de la personalidad al referirse a bienes interiores a la persona<sup>2</sup>, habiendo reverdecido la citada

---

1 Acerca del tema de la presente comunicación los estudios de Jaime Vidal Martínez «Algunos datos y observaciones acerca de la construcción civil de los derechos de la personalidad (derechos y libertades inherentes a la persona) en la actual etapa de desarrollo tecnológico» Publicado en el Torno I de los *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo* Madrid 2003:1073-1104 y «El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona» en *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho. Carlos María Romeo Casabona (Ed) Bilbao-Granada 2004*, y la bibliografía que en los mismos se cita.

2 En este sentido Federico DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales». *Anuario de Derecho Civil* 1959, pp. 1237-1275. Sin embargo, el Derecho en el mundo moderno se centraría en la regulación de la circulación de bienes económicos negando protección jurídica a estos bienes que no podían ser comprados, pero que de hecho podían ser objeto directo o indirecto de contrato (p. 1238). Al decir de Hans Hattenhauer, se debe igualmente a la escuela española de Derecho Natural el reconocimiento de que únicamente los hombres son

construcción de los bienes y derechos de la personalidad en algunos códigos civiles del siglo 20 y en proyectos de codificación civil para el siglo 21<sup>3</sup>, al tiempo que ha encontrado apoyo en algunos países en una jurisprudencia evolutiva y –en la segunda mitad del pasado siglo– en la infraestructura que proporcionan normas constitucionales<sup>4</sup> y convenciones internacionales, llegándose en la época actual en algunos casos a la configuración de una suerte de *soft law* a escala internacional para proteger los bienes de la personalidad amenazados por los abusos en la utilización de los avances tecnológicos, particularmente en el campo de la medicina y biología<sup>5</sup>.

El Código Civil español, pese a dedicar su libro primero a las personas no contiene una regulación orgánica de los bienes y derechos de la personalidad, pero en su articulado hay muestras de la protección que dispensa a esos bienes configurados en la hora presente como derechos en el ordenamiento jurídico español<sup>6</sup>.

El auge en la técnica de las comunicaciones ha contribuido decisivamente al asombroso desarrollo tecnológico de nuestros días, pero generó desde sus comienzos conflictos con la vida privada de las personas a los que el derecho debía atender, y que no han hecho sino crecer exponencialmente con el tra-

---

personas, y consecuentemente (a ellos corresponde) el beneficio de la protección jurídica. *Conceptos fundamentales de Derecho Civil*. Traducción de Gonzalo Hernández Barcelona 1987, p. 15. La idea de que el ser humano tiene unos derechos originarios, en su versión laica, no se impuso totalmente hasta el Derecho Natural de los siglos XVI– XVIII (Autor y obra citados p. 16).

3 En esta línea los códigos civiles de Suiza (1907). Italia (1942), Portugal (1966) y el Código Civil Peruano de 1984, así como los proyectos de reforma del citado Código (1997) y del Código civil argentino (1998).

4 Paolo Zatti en la obra *Corso di Diritto Civile*. Padova 2007, se refiere a la importancia de la Constitución en Italia para la interpretación de las normas de Derecho Privado y a la exigencia creciente en los últimos decenios de proteger intereses de carácter estrictamente personal-no sólo en las relaciones de los ciudadanos con el estado, sino también entre particulares: 7,71(mi traducción), ocupándose al tratar de *I diritti de la persona de la integritá fisica e salute-: nome, immagine, integritá morale; riservatezza e privacy-: diritti dei consumatori e degli utenti; auteterminazione e liberta (71-81)*.

5 Tal sucede con el Convenio de Biomedicina firmado en Oviedo (España) en 1997 y en Declaraciones Internacionales del presente siglo sobre genética humana y biomedicina y derechos humanos.

6 La obligación de alimentos entre parientes encuentra su fundamento en la protección de la vida, salud, y educación del alimentista (artículo. 142 C.C.) Se extraen consecuencias jurídicas de hechos o actuaciones que pueden afectar a la intimidad personal y familiar en los artículos 960 C. C. y 1247 (originario) *in fine*. Se declara nulo el arrendamiento de servicios para toda la vida en el artículo 1583 C.C. protegiendo la libertad personal de quienes estén dispuestos a aceptar tan prolongada dependencia.

tamiento automático de la información. A principios del siglo 20 comienza a perfilarse en la jurisprudencia americana el llamado *right to privacy*, que trata de extender la autonomía del individuo, limitada por el interés extrínseco del Estado, al tiempo que en España se inicia una línea jurisprudencial que reconocerá la existencia del derecho al honor y de otros derechos de la personalidad, así como la indemnización del daño moral atendiendo a una finalidad eminentemente tuitiva y de respeto a la persona<sup>7</sup>. En Francia se introduce en 1970 en el Código Civil (artículo 9) el derecho al respeto a la vida privada facultando a los jueces, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido ordenar medidas destinadas a impedir o hacer cesar un ataque a la vida privada, quedando así el análisis y precisión del citado derecho confiado a la interpretación jurisprudencial<sup>8</sup>.

Por otra parte, los avances operados en los últimos decenios en el campo de la informática y en las llamadas ciencias de la vida, el empleo de técnicas que permiten separar la sexualidad de la reproducción y obtener y seleccionar seres humanos, las esperanzas puestas en una medicina regenerativa y en los logros de la biotecnología han dado lugar a un proceso de creciente complejidad. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del ser humano con su marco de convivencia pudiendo afirmarse que nunca como en esta época se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales<sup>9</sup>.

Los cambios operados en la realidad social mostraron la insuficiencia del Derecho civil codificado en múltiples puntos, entre los mismos el Derecho de daños, centro nervioso del Derecho Privado<sup>10</sup>. La Constitución española de 1978 sin modificar sustancialmente las instituciones civiles ha permitido salvar muchas de las aludidas carencias, al configurar un ordenamiento jurídico avanzado en la protección y promoción de los derechos fundamenta-

---

7 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 relativa a una noticia falsa e injuriosa publicada en un periódico de Madrid y transmitida por telégrafo. Véase De Castro. Estudio citado: 1269.

8 Miguel Urabayen *Vida privada e información. Un conflicto permanente*. Pamplona 1977; 280.

9 Gabriel García Cantero «Derecho, Biografía y Globalización». Comenta la obra de R. Domingo (ed) *Juristas universales*. En Revista Jurídica del Notariado nº 54. Abril-junio: 247301 2005. Las citas del texto corresponde a Pérez Luño: 298.

10 En este sentido Díez Picazo, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)* Madrid 1979: 89 y siguientes.

les, cuyos principios básicos se hallan en cierto modo condensados en el artículo 10. C.E. al que se ha referido el Tribunal Constitucional como germen o núcleo de unos derechos inherentes a la persona, precisando que la dignidad es un valor jurídico fundamental, espiritual y moral e inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable y que proyectado sobre los derechos individuales, constituye un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe salvaguardar<sup>11</sup>.

Por mi parte vengo manteniendo desde las coordenadas del Derecho español, susceptibles de ser asumidas en este punto en espacios jurídicos más amplios y a la postre con vocación de universalidad, la posibilidad y conveniencia de diferenciar un núcleo duro de derechos y libertades fundamentales caracterizados por su inherencia o conexión orgánica a la persona de la que derivan sus peculiares características de irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptibilidad que los diferencian de los derechos subjetivos patrimoniales<sup>12</sup>.

La construcción jurídico-civil de los derechos de la personalidad se solapa en algunos ordenamientos avanzados con el reconocimiento de los derechos fundamentales. Hay diferencias, no obstante, entre ambas construcciones, tanto en lo que concierne a su origen histórico, cuanto en su ámbito de actuación, protección y garantías<sup>13</sup>. El solapamiento aumenta allí donde se acepta –como resulta lógico en la hora presente–, la eficacia entre particulares de estos derechos, establecidos originariamente para proteger a la persona frente al Estado y los poderes constituidos<sup>14</sup>.

A mi entender la convergencia entre las mencionadas construcciones jurídicas puede resultar beneficiosa para dotar a los derechos de la persona-

---

11 STC 53/1985 F.3 y 8. STC 120/1990 F.4.

12 La inviolabilidad es la característica de los derechos fundamentales en general, necesaria no sólo para la protección jurídica de la persona sino también para conformar un Estado de Derecho. La inherencia a la persona a la que se refiere el artículo 10.1 C.E. proporciona, en mi opinión, el argumento jurídico clave para la protección de los bienes y derechos de la personalidad de cualquier ser humano en el ámbito del ordenamiento jurídico español. La protección de los derechos fundamentales redundará siempre en beneficio de los derechos de la personalidad, pero algunos derechos fundamentales pueden ser suspendidos en estados de excepción, lo que no ocurre con otros, como se infiere del artículo 55 de la Constitución.

13 En este sentido Rogel Vide, Carlos, *Derecho de la persona*. Barcelona 1998: 127.

14 Véase la STC 91/2000 y el estudio de José Ramón De Verda y Beamonte «El respeto a los derechos fundamentales como límite a la autonomía privada» en *Gaceta Jurídica* Agosto 2001: 47 y siguientes.



lidad de la necesaria infraestructura normativa y a los derechos fundamentales de la flexibilidad suficiente para hacer frente a las inéditas posibilidades de cosificación, y por ende, de agresión, a los bienes y derechos de la personalidad en la sociedad tecnológica<sup>15</sup>.

Promulgada la Constitución, tempranamente el legislador al reformar el Código civil reconoció implícitamente la existencia en el ordenamiento jurídico español de los derechos de la personalidad<sup>16</sup>. Por otra parte, la Ley orgánica de 5 de mayo de 1982 al establecer una extensa regulación para la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen encuadra en su preámbulo este derecho «tricéfalo» entre los de la personalidad, favoreciendo considerablemente la configuración y el tratamiento jurídico de este tipo de derechos, en la medida que los principios informadores de la citada Ley Orgánica sean de aplicación a la protección de otros derechos de la personalidad que aun siendo distintos, habrán de guardar forzosamente similitudes, dada la concatenación existente entre los bienes objeto de protección inherentes a la persona humana<sup>17</sup>.

El desarrollo en la técnica de las comunicaciones-vertiginoso en la era presente-extraordinariamente positivo, presenta como contrapartidas, la posibilidad de la fiscalización intrusiva o la difusión instrumentalizadora del conocimiento adquirido, del núcleo íntimo de la persona humana, amén de permitir el comercio con los bienes de la personalidad, respecto al cual – aquí y ahora– la sociedad parece mostrarse ampliamente permisiva.

De este modo, la Ley de 5 de mayo de 1982 conforma un ámbito protegido frente a todos en el que resulta esencial para la persona el disfrute de su libertad. Obsérvese que se trata de un ámbito personalizado delimitado por las leyes y por los usos sociales, pero que también toma en cuenta el *modus operandi*, de cada persona en la protección de su intimidad personal y fami-

---

15 La técnica de los derechos fundamentales implica asimismo la protección y promoción de bienes y valores jurídicos (Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985. F. 3 y 4). Las normas que declaran derechos fundamentales suelen tener una estructura principal. Y la aplicación de los principios sigue la técnica de la ponderación que difiere de la técnicas de subsunción pues de lo que se trata es dar al valor o bien jurídico la mayor efectividad posible. (En este sentido, Luis María Díez Picazo, Sistema de derechos fundamentales. Cizur Menor (Navarra) 2005:45 y siguientes).

16 Artículo 162 C.C.

17 La delimitación de los bienes de la personalidad no ofrece una dificultad insuperable, dado que el Derecho tempranamente procedió a la delimitación de bienes inmateriales, exteriores a la persona, al regular la llamada propiedad intelectual.

liar<sup>18</sup> y que el mecanismo legal es básicamente preventivo, pues, producida la intromisión ilegítima<sup>19</sup> que podría producir daños –en sentido estricto irreparables– puede también sobrevenir la reacción del Derecho encaminada de entrada a «poner fin a la intromisión» y a «restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos»<sup>20</sup> –tal por ejemplo, su intimidad– en el sentido antes apuntado.

La figura humana tiene un valor antropológico<sup>21</sup> y por tanto forma parte de la zona nuclear de la persona humana protegida por el derecho a la intimidad. Las facilidades que el progreso tecnológico ofrece para «la representación o reproducción de la figura humana en forma visible y reconocible»<sup>22</sup>, y consecuentemente, para «capitalizar» en beneficio ajeno o propio, este bien de la personalidad que guarda también conexión con el honor de las personas<sup>23</sup>, explica posiblemente la sustantivación del derecho a la propia imagen.

De este modo, «la Constitución de 1978 como la Ley de 1982 que desarrolla el artículo 18.1 de aquélla han convertido lo que era un principio general de Derecho derivado de un superprincipio: el deber general de respeto a la persona, *el clásico alterum non laedere* en un trío de auténticos y ya típicos derechos subjetivos. Se ha producido en este punto un verdadero salto cualitativo: ya no se está en el plano teórico del Derecho de daños, sino en el campo típico de los derechos de la personalidad cuya tutela corresponde en definitiva al Poder Judicial». Es ello lo que explica que esta Ley se denomine de «protección civil» y no «de desarrollo», de «regulación de ejercicio» u otra fórmula similar.»<sup>24</sup> Para el autor al que vengo siguiendo el consentimiento a

---

18 A.2.1 L.0.5-5-1982.

19 No se considera intromisión ilegítima la autorizada de acuerdo con la ley o consentida (a.2.2. y 8.1 L.O 5.5.1982).

20 A.9.2. L.O. 5.5.1982.

21 Como muestra el artículo 30 del Código Civil.

22 La definición del entrecomillado– se contiene en el estudio del profesor Manuel Gitrama González Imagen/»derecho a la propia». Enciclopedia Jurídica Seix 1962, páginas 315 y siguientes. Esta temática sería retomada en una conferencia pronunciada por dicho Profesor en el Instituto Jurídico Italo– Español de Roma en 1982, «El derecho a la propia imagen, hoy», modificada en sucesivas intervenciones y actualizada en febrero de 1990 para su publicación en el Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: 203-252.

23 Que guarda una relación directa con la dignidad de las persona (Como se infiere del artículo 7.6 L.0.5.5.1982) hasta el punto de ser configurado en algún ordenamiento como una suerte de «derecho cierre».

24 Gitrama González, Manuel «El derecho a la propia imagen, hoy»: 210, 211.

la captación o publicación de la propia imagen no implica una renuncia lo que sería contrario a la naturaleza del derecho sino una aplicación de la máxima *volenti non fit injuria*, (en definitiva la cesión de una facultad parcial y bien delimitada de cierto aprovechamiento de la imagen, no en el plano del *ius disponendi*, sino meramente en el del *ius fruendi*.<sup>25</sup>

Por mi parte opino que el consentimiento al que se refiere el artículo segundo, apartado dos y tres de la Ley de 5 de mayo de 1982 no es –en el contexto de la citada Ley– negocial<sup>26</sup> quedando intacta la libertad personal a la que se refiere el artículo 17.1 C.E<sup>27</sup> que es también un derecho de la personalidad, y la libertad de contratación en los términos que establece el Código Civi<sup>28</sup>. Por otro lado, considero que los parámetros establecidos en el artículo 9.3: «La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la lesión efectivamente producida»... «también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma», son susceptibles de generalización a otros casos de lesión de otros bienes y derechos de la personalidad, mostrando que la patrimonialización de los bienes de la personalidad-inevitable-es sin embargo, desde la óptica jurídica, un efecto a evitar.

Esta es también, en mi opinión, la línea a seguir en la protección de la esfera corporal de la persona y en toda su trayectoria como sujeto vital, por cuanto en este campo la inherencia de los bienes y derechos se torna más acusada, recordando que la imparable revolución tecnológica no sólo significa una amenaza para los bienes de la personalidad como consecuencia de acciones violentas o negligentes, sino también mediante acciones manipuladoras. De ahí la necesidad de afinar en la respuesta jurídica y de considerar los bienes de la personalidad no solo inviolables sino también irrenunciables,

---

25 Autor y obra últimamente citados: 218.

26 Lo que el Derecho puede proteger y el Derecho español afortunadamente protege no son los actos íntimos de los hombres, sino el hecho de que estos puedan producirse en la intimidad (S.T.0 3.6.1987. F.2).

27 «Expresión subjetivada y concretada en un derecho fundamental del principio de libertad...en el terreno de lo físico, de lo corporal». Joaquín García Morillo «Algunas consideraciones sobre el reconocimiento constitucional de la libertad personal», en Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya. Tomo I. Valencia 2000: 559–575, p. 568 y 569.

28 Entiendo que en relación con el punto que aquí me ocupa, el orden público al que se refiere el artículo 1255 del C.C. e implícitamente el artículo 1271 C.C. viene representado por el artículo 10.1 de la Constitución y las consecuencias que del mismo extrae el Tribunal Constitucional en las aludidas Sentencias 53/1985 y 120/1990.

estudiando las circunstancias del caso de modo que resulten cumplidamente justificadas las excepciones a esta regla, congruentemente con los principios de responsabilidad y precaución, que de algún modo encuentran reflejo en la Ley de 5 de mayo de 1982.

Considero que la configuración institucional de los bienes de la personalidad no sólo es una premisa en el plano lógico jurídico para el reconocimiento y adecuada aplicación de los correspondientes derechos de la personalidad, sino que mediante los principios generales del derecho es posible la protección jurídica de valores jurídicos de la mayor trascendencia en la actual etapa de desarrollo tecnológico, tal cuando se trata de un ser humano en gestación *in vivo* o *in vitro*, o de intereses legítimos estrechamente ligados a la persona, pero que desbordan el marco tradicional de los derechos de la personalidad, bien por tratarse de personas fallecidas o de derechos que no tienen esta consideración<sup>29</sup>.

La construcción jurídica de los bienes y derechos de la personalidad podría resultar particularmente valiosa, en mi opinión, para avanzar de acuerdo con los principios mencionados de responsabilidad y precaución en áreas de actividad que suscitan en el momento presente especial preocupación a escala mundial. En este sentido, la reciente Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación biomédica (BOE 4 de julio 2007) establece en su artículo 1 que la citada Ley tiene por objeto regular la investigación biomédica «con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona».

---

29 García Pérez, Carmen fundamenta la defensa de intereses legítimos por personas distintas de los titulares de los correspondientes derechos de la personalidad, en los artículos 162 1.b) y 24 de la Constitución, *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*. Valencia 2001:/32.

## LA HORIZONTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profª. Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

En la actualidad, se recurre a menudo a la «*privatización*» de espacios y derechos o «*reserva del derecho de admisión*» para lograr mantener, con una sedicente legitimidad, discriminaciones por razón de sexo o nacionalidad, conculcándose, así, el art. 14 CE, que proclama la igualdad de todas las personas. Piénsese en el caso de la inadmisión de varias mujeres, hijas de pescadores, para ingresar en la secularmente masculina Comunidad de Pescadores de El Palmar de la Albufera de Valencia o en los frecuentes supuestos en los cuales se veda la entrada en determinados locales a homosexuales o inmigrantes. Lo privado se erige, estratégicamente, en muro o barrera infranqueable para toda reivindicación paritaria.

Tras tales situaciones se encuentra la interesante y difícil cuestión de la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y, más concretamente, si su titular está protegido únicamente frente a la injerencias del poder político (relación de subordinación), o también frente a vulnera-

ciones –naturalmente, no constitutivas de ilícito penal<sup>1</sup>– por parte de otros titulares de derechos fundamentales (relación de coordinación).

Es la sobradamente conocida, según la terminología alemana, *Drittwirkung der Grundrechte*<sup>2</sup> o, si se prefiere, *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*.

Concretamente, los derechos fundamentales ¿son aplicables en las relaciones entre particulares?; el respeto a dichos derechos constitucionalmente

---

1 En cuyo caso el problema viene resuelto por el Derecho Penal.

2 La tesis de la *Drittwirkung* fue elaborada por el iuslaboralista NIPPERDEY: *Grundrechte und Privatrecht*, Monaco, 1961 y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. En la doctrina alemana, *vid.* RAISER: *Il compito del Diritto Privato*, trad. it. de M. Graziadei, Milano, 1990; HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. e introduc. de Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995 y VON MÜNCH: «Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania», en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, (Salvador, coord.), Madrid, 1997, págs. 30 y ss. y bibliografía que allí se recoge.

En la doctrina española cabe destacar, entre otros, QUADRA SALCEDO: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales*, Madrid, 1981; GARCÍA TORRES/GIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986; CRUZ VILLALÓN: «Derechos fundamentales y Derecho Privado», en *Academia Sevillana del Notariado*, 1988, págs. 97 y ss.; LÓPEZ AGUILAR: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1990; ALFARO AGUILA-REAL: «Autonomía privada y derechos fundamentales», en *ADC*, 1993, págs. 57-122; ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; DE VEGA: «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1994, págs. 41-56 y «La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte», en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional, Libro Homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo*, coord. Por Aguiar de Luque, 2005, págs. 801-822; LÓPEZ Y LÓPEZ: «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», en *Quaderni Fiorentini*, 1996, págs. 434 y ss.; BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, 1997, y «Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», en *Teoría y realidad constitucional*, 2006, págs. 147-198 y «Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (coord. por Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Manuel José Terol Becerra, Francisco Javier Pérez Royo), Vol. 1, 2006, págs. 819-842; SALVADOR CODERCH (coord.): «Asociaciones, democracia y Drittwirkung», en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* (Salvador, coord.), Madrid, 1997, págs. 55 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE: «El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones *inter privatos* (su incidencia en la disciplina del error matrimonial)», en *Aranzadi Civil*, 1997, II, págs. 69 y ss. y *El error en el matrimonio*, Bolonia, 1997, págs. 257 y ss.; NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

reconocidos ¿funciona como un límite a la autonomía privada y, por tanto, como una restricción de la libertad de actuación de los particulares?<sup>3</sup>

Como se sospechará, una respuesta a la *Drittwirkung* no resulta nada fácil: frente a una posición contraria a la virtualidad de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado existe otra favorable en la que algunos se inclinan por la horizontalidad directa sin necesidad de mediar ninguna norma interpuesta, en tanto que otros consideran que los derechos fundamentales informan el concreto contenido de las cláusulas y conceptos generales del Derecho Privado, como la buena fe, moral, buenas costumbres u orden público (arts. 7.1, 1255 y 1258 C.c.), conceptos jurídicos abiertos e indeterminados que le permiten adaptarse adecuadamente a los continuos cambios de nuestra frenética sociedad.

Sin poder entrar en mayor detalle, en aras de la brevedad requerida, puede decirse que, en las distintas experiencias comparadas, se acepta una cierta operatividad de los derechos fundamentales en el ámbito privado<sup>4</sup>, si bien la aplicación de los derechos fundamentales entre los particulares es más matizada, dada la prevalencia en él del principio de autonomía de la voluntad y libertad negocial, que en la esfera de lo público<sup>5</sup>.

En nuestra opinión, la superioridad normativa de la Constitución y su efecto de irradiación en todo el Ordenamiento jurídico, así como los valores

---

3 LÓPEZ Y LÓPEZ: «La autonomía privada», en *Derecho Civil. Parte General*, cit., págs. 558-559, plantea las siguientes hipótesis: en relación al principio de igualdad *ex art. 14 CE*, ¿pueden los estatutos de una asociación deportiva (privada, por definición: art. 35.2 C.c.) establecer que no podrán formar parte de ella los individuos pertenecientes a una determinada etnia?; una persona que se dedique al suministro de bienes y servicios, ¿carece de las posibilidades de establecer con sus clientes el precio y las condiciones de los mismos, una vez que los haya fijado con el primero, porque todos los siguientes tienen el derecho (constitucional) a ser tratados de manera igual?; ¿puede un profesional negarse a prestar sus servicios, o todos tiene derecho a ellos, por aplicación del principio de igualdad?. En relación al derecho fundamental a la libertad de expresión, ¿puede un empleado de una empresa ampararse en él para hacer propaganda negativa de los productos de la misma? o ¿el derecho a la libertad ideológica permite a un profesor de un centro privado enfocar su enseñanza en contra radicalmente del ideario de dicho centro?.

4 En Suiza, el artículo 35 de la Constitución federal de 18 de abril de 1999 ha acogido la tesis de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales. El precepto lleva por título «Réalisation des droits fondamentaux», y dispone:

«1. *Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.*  
2. *Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.*

3. *Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.*

5 STC 177/1988, de 10 de octubre (RTC 1988, 177).

superiores de libertad, justicia e igualdad –formal y material– del Estado social y democrático de Derecho hacen inevitable la existencia de algún grado de horizontalidad en los litigios interindividuales.

Cierto es que el art. 53 CE establece: «*los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos*», olvidándose, como puede verse, de los ciudadanos, a los que sí contempla, en cambio, en su art. 9.1<sup>6</sup>.

Sin embargo, a pesar de la omisión, nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 177/1988, de 10 de octubre, considera: «*ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 ( RTC 1984\18) (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C. E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».*

Parece que el art. 53.1 lo que quiere insistir es en la vinculación con lo que son los principales destinatarios de los derechos fundamentales que son los poderes públicos, y, en particular, fijar la vinculación del Parlamento al contenido constitucional de los derechos fundamentales, pero ello no implica exclusión de los particulares. Prueba de ello que, aparte del art. 9.1, existen

---

6 Para FREIXES SANJUAN: *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, 1992, pág. 113, el art. 9.1 CE podría ser el precepto consagrador, en nuestro Ordenamiento Jurídico, de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.



otros preceptos en la Constitución de los cuales se deduce que los particulares están sujetos también a los derechos fundamentales, como, verbigracia, el art. 10.1 CE, el art. 20.4 cuando habla de los límites de la libertad de expresión, el art. 32.1 en relación con el matrimonio o el 35.1 en relación con el derecho de trabajo.

El Tribunal Constitucional, haciéndose eco de la doctrina proclamada por el Alto Tribunal alemán sobre el doble carácter de los derechos fundamentales en su conocida Sentencia de 1958, considera que los derechos fundamentales adquieren una doble dimensión, objetiva y subjetiva. Son, desde luego, derechos subjetivos de naturaleza reaccional que garantizan a cada uno de los ciudadanos, individualmente considerados, un status jurídico de libertad en su ámbito particular de existencia, pero son, también, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana, justa y pacífica que integra la propia configuración del Estado como social y democrático de derecho. Las libertades y derechos fundamentales actúan como límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. El papel funcional como límites de lo decidible, se manifiesta, por tanto, en las relaciones del ciudadano con el Estado y de aquellos entre sí. De ahí, su indiscutible eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, cuyos actos, negociales o no, con repercusión para terceros no podrán desconocer nunca su contenido esencial<sup>7</sup>.

Aceptada, pues, una cierta virtualidad de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*, el Tribunal Constitucional ha señalado, en relación al ámbito laboral —el cual fue, precisamente, el que dio origen, en Alemania, a la doctrina de la *Drittwirkung*—, que los derechos fundamentales no son ilimitados<sup>8</sup>, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengán establecidos<sup>9</sup>. En particular, todos los derechos han de ejercerse de acuerdo con los dictados de la buena fe (arts. 7.1 y 1258 C.c. y arts. 5 a), 20.2 y 54.2 d) E.T.).

Así las cosas, la buena fe es un límite al ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, de modo que la jurisprudencia

---

7 Entre otras, SSTC. 25/1981, de 14 de julio, 101/1983, de 18 de noviembre, 18/1984, de 7 de febrero.

8 STC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985, 88).

9 SSTC 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 6) y 126/1990, de 5 de julio (RTC 1990, 126).

cia constitucional<sup>10</sup> exige al trabajador, aun disponiendo de libertad para ejercer sus derechos fundamentales, el ejercicio según la buena fe de los derechos fundamentales y, en especial, de las libertades de expresión e información que reconocen los artículos 20.1 a) y d) CE.

Puede resultar llamativo que la buena fe adquiera, de este extraño modo, rango constitucional, aunque, si nos paramos a pensar más detenidamente, quizás la rareza no sea tal, pues se ubica en el Título Preliminar del Código civil.

Es evidente que los derechos fundamentales no operan, por igual, en cualquier relación *inter privatos*, de ahí que la *Drittwirkung* sólo puede encontrar una solución puramente casuística, precisándose, caso a caso y bajo las específicas circunstancias, la ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen en la horizontalidad conforme a un *juicio de razonabilidad*<sup>11</sup>.

En los conflictos horizontales, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada, libertad contractual y, en definitiva, del Derecho Privado, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público<sup>12</sup>.

Recordemos el caso citado al iniciar estas páginas de la Comunidad de Pescadores de El Palmar, en el que se producía una colisión entre el principio de igualdad y el derecho de asociación: se produjo una vulneración del principio de igualdad al excluir a cinco mujeres, hijas de pescadores, que solicitaron infructuosamente su ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar en las mismas condiciones que los hijos de pescadores.

---

10 SSTC 120/1983, de 15 de diciembre (RTC 1983, 120); 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985, 88); 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 6); 4/1996, de 16 de enero (RTC 1996, 4); 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996, 106); 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204); 1/1998, de 12 de enero (RTC 1998, 1); 197/1998, de 13 de octubre (RTC 1998, 197); 90/1999, de 26 de mayo (RTC 1999, 90); 241/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 241); 20/2002, de 28 de enero y 213/2002, de 11 de noviembre [ RTC 2002, 20 y 213 ] ).

11 V. CARRASCO PERERA: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en REDE, 1984 y MARTÍNEZ TAPIA: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, 2000.

12 V. LÓPEZ Y LÓPEZ: «Estado social...», cit., pág. 439.

Interpuesta demanda ante Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Valencia, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ésta fue estimada. Recurrída en apelación por la Comunidad de Pescadores, la AP de Valencia, en su Sentencia de 24 de abril de 1999, desestimó el recurso, confirmando la sentencia de instancia: *«El sexto y último motivo del recurso en el que se pretende amparar la demanda es en el derecho de asociación en su vertiente negativa, de no asociarse, en cuanto que como Comunidad de Pescadores no puede serle impuesta la admisión de ningún socio y en punto a ello cabe decir que es jurisprudencia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 218/1988, de 22 de noviembre y auto 2/1993 de 11 de enero), la que declara que el derecho de asociación reconocido en el artículo 22.1 de la Constitución, en su contenido esencial comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo, de ahí que si bien los tribunales deben respetar el derecho fundamental de autoorganización de las asociaciones, al ser esta faceta de dotarse de su propia normativa, uno de los aspectos de dicho derecho fundamental de asociación, no lo es menos que tal facultad no significa que dentro de la asociaciones existan zonas que hayan de quedar exentas de control judicial, puesto que es ese derecho, en cualquier caso, el que se ha de ejercitar dentro del marco de la Constitución, lo que quiere decir que aunque las normas aplicables por el Juez, habrán de ser en primer término las contenidas en los estatutos de la asociación, ello lo será siempre que no fuesen contrarias a la Constitución y a la Ley, por lo que, en consecuencia, no se podrá so pretexto del derecho de autorregulación de la asociación, permitir que coexistan situaciones que vayan contra la norma constitucional y en concreto contra el derecho fundamental del artículo 14 que consagra el principio de igualdad de las personas y de la no discriminación por razón de sexo, procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia»* (FJ 5º).

Interpuesto recurso de casación por la Comunidad de Pescadores, fundado, entre otros motivos, en la infracción por inaplicación del derecho fundamental de asociación reconocido y amparado en el art. 22 CE, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de febrero de 2001<sup>13</sup>, declaró no haber lugar

---

13 RJ 2001, 544.

al mismo al considerar que el factor sexo había sido el elemento determinante de la discriminación laboral a que habían sido sometidas las cinco actoras.

Muy recientemente, el Tribunal Supremo, en una Sentencia de 13 de julio de 2007, ha tenido de nuevo ocasión de pronunciarse sobre la fiscalización judicial de un caso de eficacia horizontal de los derechos fundamentales en relación a la denegación, por parte del Comité de Admisión de una asociación deportiva, de la solicitud de ingreso como socio de un particular interesado en disfrutar de los derechos derivados de tal condición.

En su F. J. 5º, tras advertir que, ante un cruce de derechos fundamentales, es ardua tarea la determinación del alcance de uno y otro y el grado de fiscalización y de control atribuido al respecto a los tribunales, trae a colación la doctrina constitucional y jurisprudencial de la «base razonable» para concluir que *«la negativa a la admisión como socio (en relación con la persona física presentada para el ejercicio de los derechos de tal, de quien no es posible desvincular a la persona jurídica solicitante de la condición) no contradice los Estatutos de la Asociación, por cuanto éstos exigen la aprobación unánime del Comité de Admisión. La decisión de este Comité se apoya en una «base» que hay que considerar objetivamente «razonable», sin que corresponda al control judicial ninguna otra consideración subjetiva. La asociación demandada es «puramente privada», porque por su finalidad –práctica de golf– no es de las que cabe atribuirle posición de predominio, representación de intereses sociales por vías institucionales, o de intereses profesionales económicos, culturales o sociales de especial trascendencia, o de utilidad pública (art. 32 LODA). Y, por otro lado, sin necesidad de ninguna otra consideración, no existe ninguna base para deducir que se le produce un perjuicio significativo al Sr. Gonzalo, pues el exigible no cabe referirlo al hecho de poder mantener relaciones sociales en la urbanización. Y, finalmente, no cabe estimar que el Comité de Admisión actuó arbitrariamente y por represalia, pues ha decidido con base en los Estatutos y en una causa cuya entidad subjetiva, dadas las circunstancias expuestas, no es posible fiscalizar en el ámbito judicial».*

Para finalizar, tan sólo me queda aludir a los casos de inadmisión en establecimientos de ocio abiertos al público, lamentablemente en aumento al compás de la creciente xenofobia y homofobia que respiramos en nuestras ciudades, los cuales vienen solventándose, en la práctica, mediante la imposición, por parte de la Administración, de sanciones económicas a aquellos lo-

cales que incumplan la normativa correspondiente reguladora del derecho de admisión de personas en tales establecimientos, que suelen oscilar, en Andalucía<sup>14</sup>, entre los 600 y 1200 euros. Pero, ¿realmente a golpe de multa puede alcanzarse la igualdad/no discriminación?

---

14 Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.





# APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil



UNIVERSIDAD  
DE MURCIA

SERVICIO DE PUBLICACIONES