

Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo



José Ramón de Verda y Beamonte

Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

I. Consideraciones preliminares

El Diccionario de la Real Academia Española define la "imagen" como "figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa"; y, así mismo, como "reproducción de la figura de un objeto".

Por lo que a nosotros nos interesa, y respecto de la persona, podemos tomar dos acepciones de la "imagen": de un lado, la "imagen" como "figura"; de otro lado, la "imagen" como "reproducción" de dicha figura por cualquier procedimiento gráfico, técnico o artístico que la haga perceptible por el sentido de la vista: fotografía, dibujo, pintura, grabado, escultura, televisión, proyección cinematográfica, etc.

La "imagen" como "figura" es un bien de la personalidad, un atributo inherente a la persona, consistente en su aspecto exterior físico, que contribuye a individualizarla y a identificarla ante la sociedad.

La "imagen" como "reproducción" es un objeto exterior a la propia persona, esto es, el concreto procedimiento a través del cual se representa la figura humana de modo reconocible por la sociedad.

El derecho a la propia imagen es entonces 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.

II. La protección constitucional del derecho a la propia imagen

En nuestro ordenamiento jurídico la protección del derecho a la propia imagen es objeto de una triple protección, constitucional, penal y civil.

Existe, así, una protección constitucional del derecho a la propia imagen, que resulta de su consagración como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución, precepto que también consagra los derechos al honor y a la intimidad, personal y familiar.

1. Los mecanismos de protección: recurso de amparo y eficacia entre particulares del derecho fundamental a la propia imagen

La consagración del derecho a la propia imagen como derecho fundamental significa que sólo podrá ser regulado por ley orgánica, que deberá respetar su contenido esencial, según prevé el artículo 53.1 de la Constitución; y, así mismo, que los actos de los poderes públicos que lo vulneren podrán ser objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como resulta del artículo 53.2 de la Constitución, en relación con el artículo 41.2 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

En cambio, no podrán recurrirse en amparo los actos de los particulares que vulneren el derecho fundamental a la propia imagen, por no contemplar esta posibilidad la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y ello, a pesar de que, a mi parecer, los derechos fundamentales, o al menos algunos de ellos, como es, precisamente, el caso del derecho a la propia imagen, no sólo vinculan a los poderes públicos, sino que tienen también eficacia "*inter privatos*", por lo que constituyen un límite a los actos de autonomía privada.

Estimo que esta tesis, aun no siendo pacífica en la doctrina científica, puede apoyarse en diferentes preceptos de nuestra Carta Magna: el artículo 1.1, conforme al cual España se constituye en un "Estado social y democrático de Derecho"; el artículo 9.1, que afirma la sujeción de los ciudadanos a la Constitución; o el artículo 10.1, que eleva a fundamento del orden político y de la paz social los "derechos inviolables" inherentes a la persona, así como el respeto a "los derechos de los demás".

Creo que, en ocasiones, al tratarse del tema de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, no se diferencian adecuadamente dos cuestiones totalmente distintas: de un lado, la cuestión material, consistente en determinar si los derechos fundamentales tienen como destinatarios, exclusivamente, los poderes públicos o también los particulares; y, de otro lado, la puramente procesal, con la que se trata de

dilucidar, simplemente, si los actos de autonomía privada lesivos de los derechos fundamentales pueden, o no, ser recurridos en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Se trata –insisto– de dos cuestiones distintas, ya que una cosa es afirmar la eficacia horizontal de ciertos derechos fundamentales (en mi opinión, el derecho a la propia imagen la tiene); y otra, bien diversa, es que los actos de los particulares, que los vulneren, no puedan ser directamente recurridos en amparo, lo cual, en nuestro ordenamiento, ha sido una opción del legislador ordinario, plasmada en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

La distinción está perfectamente delimitada en la conocida STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 6º, que, a pesar de desestimar un recurso de amparo contra un acto de un particular, por aplicación del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sin embargo afirma que ello “no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1º de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. A continuación, añade que “existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos” (se refiere a los reconocidos en el artículo 24 de la Constitución), de modo que implícitamente está reconociendo que ciertos derechos fundamentales sí tienen eficacia horizontal; y, entre ellos, la sentencia sitúa, precisamente, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

No obstante lo dicho, cabe un control indirecto de los actos privados que vulneren el derecho a la propia imagen de otra persona, por parte del Tribunal Constitucional, si los tribunales ordinarios no estiman la demanda de reparación de la víctima: en este caso, el recurso de amparo tendrá un objeto formal, constituido por la sentencia que se impugna; y un objeto material, que será el acto del particular que lesiona el derecho a la propia imagen del recurrente.

2. La noción constitucional de “imagen”

El artículo 18 de la Constitución consagra el derecho a la propia imagen, pero no define ésta.

En un sentido vulgar es frecuente confundir las nociones de “imagen” y “honor”. Se suele decir, así, que la difusión de noticias que atacan el buen

nombre de la persona vulnera su imagen, lo que no es cierto, ya que, en estricto sentido jurídico, lo que se lesiona es su honor.

Desde el punto de vista constitucional, la "imagen" es la figura humana, esto es, el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se le tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona).

La imagen es protegida, concediendo a la persona el derecho a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos físicos personales, y ello, en un doble sentido: por un lado, permitiéndole que consienta la captación, reproducción o publicación de su figura (contenido positivo del derecho a la propia imagen); y, por otro lado, concediéndole la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, en modo tal, que sea posible su identificación o reconocimiento (contenido negativo del derecho a la propia imagen).

La STC 81/2001, FJ 2º, STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º, y STC 83/2002, de 24 de abril, FJ 4º, dicen, así, que el derecho a la propia imagen es "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 pueden tener difusión pública"; y añaden: "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".

En el mismo sentido se pronuncia la STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6º, que afirma que "el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la 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".

3. La autonomía del derecho a la imagen, respecto de otros derechos de la personalidad

En el artículo 18 de la Constitución existe un expreso reconocimiento del derecho a la propia imagen, posición que contrasta con la de otros textos constitucionales, donde no existe un específico reconocimiento del referido derecho (el proyecto de Constitución europea es buena muestra de ello), por lo que la protección constitucional de la figura humana sólo es posible considerando ésta una específica manifestación de la vida privada de la persona y, como tal, objeto de tutela a través del derecho a la intimidad.

Ello explica la confusión conceptual en la que suele incurrir una parte de la doctrina foránea, entre "imagen" e "intimidad", confusión en la que también incurren algunos de nuestros autores, que explican la expresa mención constitucional del derecho a la propia imagen por el mero hecho de que en la actualidad el mayor riesgo de que la intimidad pueda vulnerarse es el de la divulgación de aspectos de la vida privada o familiar a través de fotografías u otro tipo de reproducciones gráficas.

Sin embargo, a mi parecer, no cabe duda de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen, respecto de los otros derechos que se regulan en el artículo 18 de la Constitución, ya que éstos protegen bienes jurídicos distintos (el buen nombre de la persona o el ámbito de la vida, personal o familiar, que un individuo se reserva como propio y ajeno al conocimiento de los demás), sin perjuicio de que, en ocasiones, una intromisión en la propia imagen pueda suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad de la persona cuya figura se representa. En estos casos, como afirma la STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 2º, "la apreciación de la vulneración del derecho a la intimidad o al honor no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones que a través de la imagen hayan podido causar, pues desde la perspectiva constitucional el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor, a la intimidad o a ambos". Y este desigual reproche de la acción, desde la perspectiva constitucional, también habrá que mantenerlo en el orden civil, de modo que la lesión de dos o más bienes de la personalidad implicará una mayor gravedad de la infracción y por ende una mayor cuantía de la indemnización.

Es, así, posible que, mediante la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere el honor de una persona, si se la representa en alguna actitud vejatoria o degradante, que pueda hacer desmerecer su

buen nombre, su propia estima o su consideración ante la sociedad, o si a la fotografía se le añade un comentario injurioso.

Es también posible que, a través de la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere la intimidad de una persona, si se la representa en algún momento de la vida privada, si se reproducen partes íntimas de su cuerpo, como sucede cuando aparece desnuda, o si la fotografía va acompañada de comentarios sobre aspectos de su vida privada.

Ahora bien, cabe que, mediante una fotografía, se vulnere el derecho a la propia imagen de una persona, pero, en cambio, no su honor, ni su intimidad. Sería, por ejemplo, el caso de una fotografía de una persona, que no menoscabe su buen nombre, ni revele ningún aspecto de su vida íntima, pero que haya sido captada, reproducida o publicada sin su consentimiento, lo que, en sí mismo, constituirá una intromisión ilegítima en el derecho que le asiste a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos personales (a no ser que concurra una autorización legal para tal intromisión en aras de la libertad de información).

El bien protegido por el derecho a la propia imagen es la figura humana, en sí misma considerada, que es un atributo de la personalidad, en cuanto elemento básico para la identificación del ser humano, y de ahí que se tenga la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, sin su consentimiento, con independencia de que dichas intromisiones supongan, o no, la divulgación de aspectos de la vida privada, lo que tendrá especial trascendencia respecto de las fotografías tomadas en lugares públicos.

La autonomía del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad aparece con toda claridad en la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º, tras poner de relieve la vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, señala que, no obstante, "se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para 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". En el caso concreto, se enjuiciaba

la legitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen, ocasionada por cinco fotografías, publicadas en la revista "Diez Minutos", hechas durante un viaje que un conocido hombre de negocios (Alberto Cortina) había realizado con una mujer famosa (Marta Chavarri), con la que públicamente mantenía una relación sentimental, y en las que ambos aparecían en una reserva de caza en Kenia. El Tribunal Constitucional apreció la existencia de una vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente, pero no una vulneración de su derecho a la intimidad, vulneración esta que no se había alegado en ningún momento, ya que las fotografías no revelaban nada que no fuera conocido socialmente, porque la relación de afectividad era pública. La ilicitud estribaba, pues, en la pura reproducción de la figura de una persona, sin su consentimiento, lo que, per se, constituyó una intromisión legítima en un bien de la personalidad, su imagen. En este sentido hay que interpretar la afirmación, contenida en la sentencia, FJ 5, de que lo que se pretende con el derecho a la propia imagen "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 injerencias externas".

III. La protección penal del derecho a la propia imagen

Existe igualmente una protección penal, que se produce a través de la tipificación de ciertas conductas recogidas en el artículo 197 del Código Penal, el cual se halla en el Título X, que lleva por rúbrica "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio"; y, concretamente, en el capítulo I, que lleva por rúbrica "Del descubrimiento y revelación de secretos".

A) Identificación del bien jurídico protegido.

No obstante la mención específica de "delitos contra la propia imagen", junto a "delitos contra la intimidad" en la rúbrica del Título X, lo cierto es que, a efectos penales, la imagen no es objeto de una protección autónoma: la captación, reproducción o publicación de la figura humana no es, en sí misma, ningún delito, si la misma no es un medio para entrometerse ilegítimamente en la vida privada o familiar de las personas, lo que no parece desacertado, dado el carácter subsidiario del Derecho Penal. En cualquier caso, en este sector del ordenamiento jurídico sí que es correcto afirmar que la expresa mención del derecho a la propia imagen se justifica por el mero hecho de que en la actualidad existe un elevado riesgo de que las intromisiones ilegítimas en la intimidad de las personas se produzcan a través de fotografías u otro tipo de reproducciones gráficas.

B) Descripción del tipo penal.

La idea de que, desde la perspectiva del Derecho Penal, la imagen de la persona no es, en sí misma, un bien jurídicamente protegido se intuye con la sola lectura de la rúbrica del capítulo I, que, como hemos visto, lleva por título "Del descubrimiento y revelación de secretos"; y aparece con toda claridad en el tenor del artículo 197, cuyo número primero sanciona, con pena de prisión, de uno a cuatro años, y de multa, de doce a veinticuatro meses, la utilización de procedimientos de reproducción de la imagen, realizada "para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento". El número segundo del mismo precepto, en su párrafo primero, prevé que se imponga la pena de prisión, de dos a cinco años, si las imágenes "se difunden, revelan o ceden a terceros", lo que permite subsumir en la norma la conducta de quien, habiendo reproducido la imagen, la cede para su publicación. Por el contrario, el comportamiento de que quien publica la imagen, a sabiendas de que ha sido captada ilícitamente, encuentra encaje en el párrafo segundo del mismo número, a cuyo tenor "Será castigado con las penas de prisión, de uno a tres años, y multa, de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior".

Del número quinto del artículo 197 del Código Penal resulta que, si la imagen reproducida, cedida a tercero o publicada, pone de manifiesto "datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior". Del número sexto del precepto, resulta también que, si la reproducción, cesión a tercero o publicación de la imagen se realiza con fines lucrativos, se impondrá también la pena respectiva en su mitad superior; y si, además, afecta a datos de carácter personal de los enumerados en el número quinto, se impondrá pena de prisión, de cuatro a siete años.

Según resulta del número primero del artículo 201 del Código Penal, los delitos contra la imagen (que, en realidad, son una especie de los delitos contra la intimidad) sólo son perseguibles, previa denuncia del ofendido o de su representante legal, aunque, cuando la persona sea menor de edad o esté incapacitada, podrá también denunciar el Ministerio Fiscal; e igualmente, cuando la persona agraviada, aun siendo mayor de edad y no estando incapacitada, sea una "persona desvalida", caso en el que, por ejemplo, podrían hallarse los ancianos, que, aun no padeciendo una enfermedad que les impida gobernarse por sí mismos (en cuyo caso, procedería su incapacitación), por razón de su edad, se encuentren en una situación de grave dificultad para

cuidar de sus propios intereses. El número tercero del precepto recoge la otra característica, propia de los denominados “delitos privados”, cual es la extinción de la acción penal o de la pena impuesta, por el perdón del ofendido o, en su caso, de su representante legal.

C) La responsabilidad civil derivada del delito.

Por último, hay que tener en cuenta que las normas por las que se rige la responsabilidad civil derivada del delito no son las del Código Penal, sino las del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, las cuales tendrán que ser aplicadas, tanto en los juicios civiles, como en los penales, si es en éstos donde se ventila la reparación del daño, ya que, en este punto, se ha producido la unificación de las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. Así resulta del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, que, en su número segundo, dispone que “En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito”.

IV. La protección civil del derecho a la propia imagen

Existe, por último, una protección civil, especial objeto de estudio en este trabajo, dispensada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, la cual se dicta en desarrollo del artículo 18 de la Constitución, y tiene como finalidad fundamental posibilitar la reparación del daño moral resultante de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

Concretamente, en el número quinto del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, se califican como intromisiones ilegítimas “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”, que, como veremos en su momento, excepcionalmente, autoriza intromisiones en la imagen, no consentidas por el titular del derecho, en aras de la libertad de información y de expresión; y en el número sexto del mismo precepto se contempla, 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”.

Es de resaltar que también la legislación civil española, al igual que la constitucional, establece un reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen, respecto del derecho a la intimidad, que queda reforzado por la

formulación del número quinto del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, que, al describir las intromisiones ilegítimas, se refiere a la captación, reproducción o publicación de la imagen de la persona en "momentos de su vida privada o fuera de ellos".

En esto, nuestro ordenamiento jurídico se aparta de otros ordenamientos, en los cuales falta un reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen respecto de otros derechos de la personalidad. Por ello, en dichos ordenamientos la tutela de este derecho sólo podrá tener lugar, en principio, en la medida en que la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen suponga una vulneración del derecho al honor o a la intimidad (según los casos).

1. La noción de "imagen" a efectos civiles

La Ley Orgánica, al igual que el artículo 18 de la Constitución, no contiene una definición de "imagen", por lo que se plantea la cuestión de determinar si, desde el punto de vista civil, la noción de "imagen" ha de ser la misma que la que, a efectos constitucionales, ha formulado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A) Identidad de las nociones civil y constitucional de la "imagen".

A mi parecer, el bien jurídico protegido por el derecho a la imagen es el mismo desde la perspectiva civil, que desde la perspectiva constitucional, esto es, la figura humana, atributo de la personalidad, sobre cuya reproducción su titular tiene un poder de decisión, al ser un elemento básico para su identificación como individuo, y que, en consecuencia, genera un deber de respeto, tanto para los poderes públicos, como para el resto de los ciudadanos.

El derecho a la propia imagen es, pues, uno. Su calificación, como derecho fundamental o como derecho de la personalidad, sólo alude a dos diversos mecanismos de protección, previstos por el ordenamiento jurídico: consagrándolo como derecho fundamental, se posibilita el recurso de amparo contra los actos de los poderes públicos que lo vulneren, así como –indirectamente– contra los de los particulares, si la víctima no obtiene satisfacción ante los tribunales ordinarios (cuya sentencia desestimatoria será el objeto formal del recurso); consagrándolo como derecho de la personalidad, se posibilita el resarcimiento del daño moral resultante de la intromisión ilegítima, producida bien por un acto de los poderes públicos, bien por un acto privado.

En ocasiones se afirma que no existe identidad entre el derecho fundamental a la propia imagen, sancionado en el artículo 18 de la Constitución, y el

derecho del mismo nombre, protegido por la Ley Orgánica 1/1982. Dicha tesis se defiende con el argumento de que el número sexto del artículo 7 de la Ley considera intromisión ilegítima no sólo la utilización de “la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, sino también el uso del “nombre o de la voz” de la persona.

Sin embargo, de este precepto no se deduce que la noción de “imagen” contemplada en la Ley Orgánica 1/1982 sea distinta a la del artículo 18 de la Constitución. No se trata, en mi opinión, de que, desde la perspectiva civil, haya que considerar como “imagen” el nombre o la voz, además de la figura humana, sino que lo que sucede es que la tutela civil 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. Su lesión 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 falta un expreso reconocimiento de un derecho fundamental al propio nombre o a la propia voz.

B) Diversidad de las nociones de “imagen” y “voz”, como objetos de derechos de la personalidad autónomos.

En nuestro Derecho no es, pues, necesario acudir al artificio de distinguir una doble vertiente, visual y sonora, de la imagen, desnaturalizando, así, su concepto, para incluir en él no sólo la representación gráfica de la figura humana, sino también la representación oral de la voz.

La voz merece ser protegida por un específico derecho de la personalidad, en tanto que constituye un elemento de identificación de la persona distinto de la imagen.

No se trata del derecho de propiedad intelectual sobre las obras del ingenio, que son una creación del espíritu, de la cual la voz puede ser un soporte, sino de 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.

Por cuanto atañe a la reproducción no consentida de la voz, que, frecuentemente, comportará una lesión simultánea del derecho a la intimidad, que

deberá ser tenida en cuenta a efectos de la valoración del daño moral, hay que reseñar la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 11 de julio de 1977 (D 1977, Jur., 700). En ella se afirma que la voz constituye un atributo de la personalidad, considerando que era reprochable, como atentado al derecho al respeto a la vida privada, el uso, para fines comerciales (venta de un casete), de la voz de un personaje público y notorio (un conocido presentador de radio-televisión), captada ilícitamente en el curso de una conversación telefónica de carácter privado. Igualmente es de interés la sentencia del mismo Tribunal, de 19 de marzo de 1981 (D 1983, Jur., 147). El caso litigioso giraba en torno a la reproducción en una cadena de televisión de dos fragmentos de obras líricas, cantados por Maria Callas, los cuales habían sido captados sin el conocimiento de la artista durante una prueba que había hecho en el teatro de los Campos Elisios, famoso por su acústica, con la sola presencia de su chofer y dama de cámara, con el fin de verificar si conservaba sus extraordinarias cualidades vocales. Callas llegó a la conclusión de que no las conservaba y dejó de cantar hasta el momento de su muerte, acaecida un año después. Los fragmentos fueron reproducidos en un programa dedicado a la soprano, como prueba de que había conservado intacta su voz, para acallar los rumores de que al final de su vida la había perdido. Sin embargo, la madre y hermana de la cantante interpusieron una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, por haberse reproducido la voz de la artista sin su consentimiento. El tribunal llegó a la conclusión de que, al ser la voz un atributo de la personalidad, una especie de imagen sonora, su difusión sin autorización especial y expresa había sido culpable, condenando al secretario general del teatro, que había realizado la grabación ilícitamente y posteriormente la había entregado a la televisión, a pagar una indemnización simbólica de 1 franco a los herederos de María Callas, explicando el carácter simbólico de la indemnización en la constatación de que se había perseguido un fin cultural y de que no había existido ánimo de perjudicar la memoria de la soprano, sino todo lo contrario.

Por lo que respecta a la imitación que pueda inducir a confusión, hay que hacer referencia a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975 (D 1977 Jur., 211). En el origen de la litis se halla la demanda interpuesta por un artista, Claude Pieplu, muy conocido en Francia, porque ponía su voz en una emisión diaria de dibujos animados en la televisión. La demanda se interpuso contra un anuncio televisivo, de una marca de calcetines, que aparecía comentado por una voz que imitaba la suya con tal perfección, que los telespectadores creían que era el propio Pieplu quien hablaba. El tribunal estimó la pretensión resarcitoria del artista, declarando que, constituyendo la voz uno de los atributos de la personalidad, toda persona tiene derecho a prohibir que se la imite en condiciones susceptibles de crear una confusión de personas o de causarle un perjuicio.

Deben, en cambio, ser toleradas aquellas imitaciones de la voz de personajes públicos, realizadas por artistas mediante parodias, en las que no se induzca a ningún tipo de confusión, tal y como ha reconocido la Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 12 de enero de 1988 (BC 1988, I, 5), lo que, en mi opinión, puede también sostenerse en nuestro Derecho, a través de una aplicación analógica del artículo 8.II.b) de la Ley Orgánica 1/1982, asimilando dichas parodias a las caricaturas.

C) La posición de la jurisprudencia.

Hay que observar que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a efectos de su protección civil, define la imagen en el mismo sentido estricto con el que la conceptúa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, identificada con la representación del ser humano a través de sus rasgos personales.

La STS 11 abril 1987 (RJA 1987, 2703), STS 29 marzo 1988 (RJA 1988, 2480), STS 9 febrero 1989 (RJA 1989, 822), STS 13 noviembre 1989 (RJA 1989, 7873), STS 29 septiembre 1992 (RJA 1992, 7424), STS 19 octubre 1992 (RJA 1992, 8079), STS 9 mayo 2003 (RJA 2003, 3891) y STS 13 julio 2006 (RJA 2006, 4969) definen, así, la imagen como “la representación gráfica de la figura humana”. Y, en consecuencia, la STS 7 octubre 1996 (RJA 1996, 7058), STS 27 marzo 1999 (RJA 1999, 2370) y STS 24 abril 2000 (RJA 2000, 2673) afirman que “de acuerdo con la doctrina jurisprudencial [de la Sala Primera del Tribunal Supremo], el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque del derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Se trata –afirma la STS 13 julio 2006 (RJA 2006, 4969)– de un “derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas”.

La STS 30 enero 1998 (RJA 1998, 358) observa que, ante el silencio de la Ley Orgánica, es la jurisprudencia la que “ha venido a delimitar su concepto, al declarar que ha de entenderse por tal la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa y a efectos de la LO 1/1982, equivale a representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico –y con ello cualquier técnica adecuada– para obtener su reproducción”. Por lo tanto, esta definición coincide con la que se contiene en las sentencias anteriormente citadas. Sin embargo, a continuación añade: “La interpreta-

ción 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”.

La frase es sorprendente. ¿Cabe pensar en una imagen que represente a la persona, facilitando su reconocimiento de modo evidente, que, en algún modo, no sea una reproducción de su figura? Tengo mis dudas. En todo caso, el propio tribunal tenía en el caso litigioso una oportunidad de extraer consecuencias prácticas de esa reformulación de la noción de “imagen”, y no lo hizo.

Concretamente, consideró que no vulneraba el derecho a la propia imagen de Emilio Aragón una representación gráfica, utilizada en el anuncio publicitario de un desodorante para calzado, consistente en un dibujo en blanco y negro, de unas piernas cruzadas, con unos pantalones y calzado de deportivos de color blanco, acompañada de una leyenda que decía: “La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies”. El Supremo entendió que dicha representación gráfica no identificaba de modo indubitado a Emilio Aragón, lo que me parece bastante discutible. A mi parecer el “quid” de la cuestión no estaba en si dicha representación gráfica servía para identificar, o no, al artista, que creo que sí, sino en que no entrañaba una reproducción de su figura, de sus rasgos físicos personales, razón por la cual, en ningún caso, podía ser considerada como una intromisión en su imagen.

2. La identificación de la persona a partir de la propia imagen (la exclusión de criterios de asociación externos)

Observa la STS 26 marzo 2003 (RJA 2003, 2596) que el derecho a la imagen se refiere “a la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible”.

Desde luego, para que pueda hablarse de intromisión en la imagen de una persona, es necesario que ésta resulte objetivamente reconocible, a partir de la propia representación gráfica, sin necesidad de acudir a criterios subjetivos de asociación, extrínsecos a ella misma, para identificarla.

En este sentido, la STS 9 julio 2004 (RJA 2004, 5115) no consideró intromisión en el derecho a la propia imagen de una víctima del terrorismo la publicación de una fotografía, en la que una persona, que no era identificable, por no distinguirse los rasgos de su rostro, ni ofrecer una visión de conjunto

que permitiera reconocer sus rasgos físicos, aparecía ensangrentada y con la mano izquierda amputada, acompaña de la reproducción de una frase, "Ven y cuéntalo", utilizada en una campaña de promoción de turismo de la comunidad autónoma vasca. La actora había sufrido el atentado, que fue difundido por los medios de comunicación, tres días antes de la publicación de la fotografía que dio origen a su reclamación, por lo que sostenía que había sido identificada por las personas de su entorno. El Tribunal Supremo entendió, sin embargo, acertado el razonamiento de la sentencia recurrida, que había afirmado que podía decirse, "cabalmente, que, con los solos datos proporcionados por la figura representada, y abstracción hecha de cualesquiera otros, no podría ser señalada siquiera por un observador extraído de entre las personas que se desenvuelven en lo más próximo de su entorno". El Supremo, en definitiva, estima que no puede acudirse a criterios de identificación externos a la propia fotografía, para determinar si ha existido una intromisión en la imagen de una persona. Así, aun admitiendo que cupo asociar la fotografía con la demandante, no obstante, entendió que "dicha asociación no constituye la identidad de la imagen, ni torna en reconocible lo que no lo es, pues la identificación de la imagen no puede ser efectuada prescindiendo de lo que debe entenderse por tal, para tener en cuenta otros elementos completamente distintos de lo que significa su reproducción cognoscible".

La STS 4 mayo 2005 (RJA 2005) desestimó la demanda en la que se alegaba una intromisión ilegítima en la imagen de una persona fallecida en un accidente. La litis tenía su origen en una fotografía, que ilustraba un reportaje sobre la actividad comercial del puerto de Cartagena, en la que, a lo lejos, aparecía la imagen de un cadáver, cubierto con una manta. Sus familiares alegaban que, dada la cercanía de la fecha del accidente y la perfecta identificación del buque y furgoneta funeraria, en el entorno familiar y social del difunto, resultaba extremadamente fácil asociar la imagen con su accidente y posterior muerte. El Supremo volvió a rechazar el uso de criterios de identificación extraños a la propia imagen, confirmando la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda, argumentando que "La información gráfica generada en ningún momento recoge los rasgos físicos del afectado que le hagan reconocible".

3. El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad

Desde la perspectiva civil, el derecho a la propia imagen se califica como un derecho de la personalidad, ya que no recae sobre una realidad física externa al propio titular del derecho, sino sobre un bien o atributo del mismo, su figura.

En tanto derecho de la personalidad, el derecho a la imagen entronca con la propia dignidad de la persona; en consecuencia, es inherente a ella.

Ello explica que, como dice el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, sea irrenunciable, indisponible, e imprescriptible.

A) El carácter indisponible del derecho.

La indisponibilidad del derecho a la imagen suscita alguna reflexión, desde el momento en que el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 no impide que se consienta la reproducción de la propia imagen, mediando una compensación económica. Ello ha hecho que en ciertos círculos de personas "famosas" se haya producido una especie de "profesionalización" de su imagen, de la que han hecho su medio de vida. En la práctica, se ha llegado, así, a un resultado paradójico: la patrimonialización de un derecho, que, en la tradición jurídica continental, se ha considerado extrapatrimonial, por recaer éste sobre un bien de la personalidad, la figura humana.

¿Cómo casar la posibilidad de consentir una intromisión en la propia esfera personal, a cambio de una retribución, con el carácter indisponible de los derechos de la personalidad?

Para explicarlo, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 (muy posiblemente, pensándose en el derecho a la propia imagen) se dice que no cabe la disponibilidad entendida ésta como "la absoluta abdicación de los derechos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de algunas de las facultades que los integran".

A mi parecer, esta afirmación no concuerda bien con el texto de la Ley, cuyo artículo 1.3, al afirmar la indisponibilidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, convierte a estos derechos de la personalidad (así se califican en la Exposición de Motivos) en "*res extra commercium*" y, por lo tanto, les priva de la posibilidad de ser objeto de un contrato (artículo 1271.1 del Código Civil).

B) Exposición crítica de la tesis favorable a configurar un derecho patrimonial a la explotación comercial de la imagen.

En la jurisprudencia estadounidense, y, por su influencia, en algunos estados norteamericanos, en relación con la imagen, se distingue entre el "*right of privacy*" y el "*right of publicity*": con el primero, que reviste un carácter esencialmente moral, se reconoce a la persona la facultad de oponerse a la publicación de su figura, cuando ésta revele aspectos de su vida privada; con

el segundo, se le atribuye un derecho, de carácter patrimonial, a la comercialización, en exclusiva, de su imagen, que puede ser objeto de un contrato, en sentido estricto, y que puede, así mismo, ser deferido a sus herederos, a través de la sucesión "mortis causa".

Por muy sugerente que pueda ser esta concepción patrimonialista del derecho a la imagen, lo cierto es que en nuestro Derecho tropieza con serios obstáculos.

Desde la perspectiva de nuestra legislación, el consentimiento expreso del titular, autorizando una intromisión en su derecho a la propia imagen, es ciertamente un acto de autonomía de la persona, pero no puede ser calificado como un consentimiento contractual. ¿Qué consentimiento contractual sería ése que, según el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, se puede revocar, "en cualquier momento"?

¿Cómo conciliar esta posibilidad de revocación del consentimiento con el principio cardinal del derecho de la contratación, expresado en el artículo 1256 del Código Civil, según el cual "La validez y la eficacia de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes"?

Además, en nuestro Derecho no hay una transmisión "mortis causa" del derecho a la imagen, que, al ser un derecho de la personalidad, se extingue con la muerte del titular. Ello no impide –es verdad– que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 reconozca la tutela "post mortem" de los derechos de la personalidad, pero, como expondré más adelante, la legitimación para ejercitar la acción y la consiguiente indemnización no se atribuye a los herederos del difunto, sino a sus familiares, lo que –a mi parecer– es indicativo de que el daño que se repara no es el que experimenta la persona fallecida (que, en puridad, no experimenta ninguno), sino el daño moral que sufren sus allegados, por la intromisión en el honor, intimidad o imagen de su familiar muerto.

El argumento, utilizado por algunos autores, de contraponer los números quinto y sexto del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 para entender que, en el uno, se contempla un derecho de la personalidad a la imagen y, en el otro, un derecho patrimonial a su comercialización, no me parece convincente. Cuando el número sexto del precepto nos habla de la utilización "de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga", no significa que se le esté reconociendo un derecho patrimonial a su explotación comercial, sino que lo que hace es describir un tipo de intromisión ilegítima, caracterizada por el hecho de que quien la comete obtiene un beneficio económico de su comportamiento ilícito,

lo cual, según el artículo 9.3 de la Ley deberá ser tenido en cuenta en la valoración del daño moral subsiguiente.

C) Propuesta de solución: el consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad.

¿Cuál es entonces la función del consentimiento a la intromisión? En mi opinión, no se puede hablar de un acto de disposición, en sentido estricto, ni siquiera parcial, de las facultades que integran los derechos de la personalidad, incluso cuando el consentimiento se presta mediando una compensación económica. Se trata de un acto de autonomía de la persona, que convierte en legítima la intromisión de un tercero, que de no mediar dicho consentimiento, sería ilícita y, por ende, daría lugar a la correspondiente indemnización. Es, en definitiva, una causa de exclusión de la antijuridicidad de la intromisión de un tercero en un bien de la personalidad ajeno.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en nuestro Derecho existen ciertas matizaciones, que, en alguna medida, pueden llevar a resultados prácticos semejantes a los que resultarían del reconocimiento de un "*right of publicity*" sobre la imagen, en el sentido norteamericano del término.

En primer lugar, quien revoca su consentimiento responde de los daños que dicha revocación causare a quien hubiese confiado en su autorización inicial (artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982), de modo que, si había percibido una compensación económica, deberá restituirla. Parecía, incluso, conforme a la buena fe que, habiendo mediado compensación, el ejercicio de la facultad revocatoria quedara supeditado al previo ofrecimiento de una garantía para cubrir el importe de los daños que de la misma se derivaran.

En segundo lugar, si bien es cierto que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 no contempla directamente la reparación del daño patrimonial causado por la utilización comercial (no consentida) de la imagen ajena, no obstante, el precepto permite considerar, como criterio de valoración del daño moral ocasionado por la intromisión ilegítima, los beneficios económicos que con ella hubiera obtenido el autor de la lesión.

Además, no parece que haya que excluir que, por vía del artículo 1902 del Código Civil, cupiera la indemnización del daño patrimonial que experimentase quien tuviera una expectativa cierta de obtener de un determinado medio de comunicación una remuneración, a cambio de permitir la publicación, en exclusiva, de su imagen para ilustrar un reportaje sobre algún acontecimiento en que hubiera participado (por ejemplo, la celebración de su boda), si dicha expectativa quedase truncada por la publicación, no consentida, de su imagen en otro medio de comunicación distinto.

4. La reparación del daño moral

El derecho a la propia imagen, en cuanto recae sobre un bien de la personalidad, tiene carácter extrapatrimonial, lo que, sin embargo, no impide la indemnización del daño moral resultante de una intromisión ilegítima, aunque la indemnización no es, desde luego, la única consecuencia a que da lugar la intromisión ilegítima, ya que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 contempla otras medidas de reparación, como la difusión de la sentencia condenatoria.

A) Legitimación activa y sucesión procesal a favor de los familiares del demandante.

La legitimación activa para ejercitar la acción para hacer efectiva la responsabilidad civil del infractor corresponde, lógicamente, a la persona, cuya imagen es lesionada.

Ahora bien, el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1982 atribuye a los familiares del difunto legitimación para ejercitar acciones de protección, cuando aquél hubiera fallecido sin haberlas podido ejercitar en vida (por sí o por sus representantes legales); y, así mismo, en el caso de muerte del demandante en el curso del proceso, les permite la continuidad en el ejercicio de la acción de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

El ATC 242/1998, de 11 de noviembre, justifica esta sucesión procesal, afirmando que se trata de derechos "que se proyectan sobre el grupo familiar, trascendiendo de su titular", observando que no se produce "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".

No obstante, hay que tener en cuenta que los beneficiarios de la indemnización no son los familiares que ejercitan la acción, sino los herederos del difunto (que pueden coincidir, o no, con aquéllos), lo que, a mi parecer, es lógico, ya que, producida la intromisión en vida del ofendido, éste adquirió el derecho a percibir una indemnización por vulneración de un bien de su personalidad, el cual se integró en su herencia y se transmitió a sus sucesores; y ello, a diferencia de lo que acontece en el caso de ejercicio "post mortem" de la acción de protección civil del derecho a la imagen de una persona ya fallecida, en cuyo caso, tanto la legitimación para ejercitar la acción como el derecho a percibir la indemnización corresponden a los familiares de aquélla.

B) La presunción del daño moral.

La reparación está especialmente prevista en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, que presume la existencia del daño moral cuando se esté ante una conducta subsumible en los números quinto y sexto del artículo 7, es decir, cuando tenga lugar "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"; y, así mismo, en los casos de "utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

Esta previsión legislativa, que presume el daño moral, en caso de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, salvo los supuestos especialmente autorizados por la ley, es de extraordinaria importancia práctica, ya que viene a exceptuar la regla general, según la cual quien reclama un daño debe probar su existencia.

C) La valoración del daño.

El precepto proporciona, además, pautas para valorar el daño moral: gravedad de la lesión, difusión del medio en que ésta se haya producido y beneficio económico obtenido por el autor de la lesión, criterio este último que es extrínseco al daño mismo, pero que permite aumentar la cuantía de la indemnización, evitando, así, que el infractor pueda sacar provecho de la lesión de un bien de la personalidad ajeno.

Como criterio para valorar la gravedad, habrá que tener en cuenta si la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen comporta también una lesión del derecho al honor o a la intimidad de la persona afectada, ya que, en estos casos, el daño será mayor y, por consiguiente, también lo será la indemnización.

La cuantificación del daño moral es facultad de los tribunales de instancia, por lo que no es revisable en casación, salvo por razones que se justifiquen debidamente, lo que sucederá cuando las pautas de valoración del daño enunciadas en el artículo 9.3 "no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional".

D) La responsabilidad solidaria de los causantes de la lesión.

La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen sujeta a responsabilidad civil al autor del reportaje ("ex" artículo 1902 del Código Civil), así

como al director del medio y al propietario del mismo ("ex" artículo 1903.4 del Código Civil).

Todos ellos responden solidariamente frente a la víctima, como es propio de un supuesto de pluralidad de deudores, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

E) El plazo de reclamación.

El artículo 9.4 de la Ley Orgánica 1/1982 amplía el plazo de reclamación previsto en el artículo 1968.2 del Código Civil, fijando no un plazo de un año, sino de cuatro, para el ejercicio de la acción tendente a exigir la responsabilidad civil del infractor, aunque dicho plazo se califica como de caducidad, y no como de prescripción, de modo que no admitirá interrupción.

5. La tutela "post mortem"

La tutela civil del derecho a la propia imagen (como la del honor o intimidad) parece sobrevivir a la muerte del titular, ya que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 contempla su protección "post mortem", atribuyendo el ejercicio de la acción a la persona designada en testamento por la persona fallecida; en su defecto, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo de su muerte; y, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal, durante un plazo de 80 años, a contar desde el fallecimiento.

A mi parecer, la enumeración de los familiares debiera haber marcado un orden sucesivo entre ellos, respecto a la legitimación para el ejercicio de la acción, ya que es absurdo, por ejemplo, que los descendientes, ascendientes o hermanos de una persona fallecida puedan accionar frente a una intromisión en la imagen de una persona fallecida, que haya sido consentida por su cónyuge viudo.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 explica la tutela "post mortem", que establece del siguiente modo: "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".

Sin embargo, cabe dudar de si lo que aquí se repara es un daño moral por intromisión en el derecho a la propia imagen de una persona, ya fallecida, lo que es un poco absurdo, ya que la muerte extinguió su personalidad ("ex" artículo 32 del Código Civil); o si, por el contrario, lo que se repara es el daño moral que experimentan los parientes más próximos, al haberse producido una intromisión ilegítima en la imagen de un familiar difunto.

A este respecto, hay que observar que es a los familiares a quienes el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 atribuye legitimación activa para ejercitar la acción; e igualmente el artículo 9.4 de la Ley les señala como acreedores de la indemnización; y no a los herederos del difunto, como, en cambio, establece el mismo precepto, en los casos de sucesión procesal de la acción, ya ejercitada en vida de la persona fallecida en el curso del proceso.

Acontece, pues, algo parecido a lo que sucede a propósito de la indemnización por causa de muerte, que según la tradicional jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, corresponde a los familiares próximos del difunto, por razón del daño moral que éstos experimentan al verse privados de su vida, y no a sus herederos, ya que el fallecido no pudo adquirir ningún derecho a percibir una indemnización por el hecho de su muerte, porque ésta extinguió su personalidad y, por lo tanto, su capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones.

En cualquier caso, la STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3º, excluye la posibilidad de que pueda reclamarse la tutela constitucional "post mortem" del derecho a la propia imagen en un recurso de amparo. Observa, así, que los "derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar (...) aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad (...). Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo"; en consecuencia: "una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad (...) lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional".

6. El consentimiento a la intromisión

Como ya he señalado, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 contempla la posibilidad de que el titular del derecho consienta la intromisión de un tercero a su imagen, consentimiento que, aunque sea expresión de un acto de autonomía de la persona, no puede ser considerado como fuente de una obligación contractual, sino que opera como una causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse dicho consentimiento, sería contraria a Derecho y, en consecuencia, generaría una obligación de resarcir el daño moral subsiguiente.

La imagen, en cuanto bien de la personalidad, no puede ser objeto de tráfico jurídico. De ahí que el artículo 2.1 de la Ley Orgánica afirme que el derecho sobre ella sea indisponible. Es cierto que cabe que una persona pueda prestar su consentimiento a la intromisión a su imagen a cambio de una retribución económica, pero en ningún caso cabe considerar dicha retribución una contraprestación por permitir la captación, reproducción o publicación de su figura: la imagen, en cuanto bien de la personalidad, es

“res extra commercium”, por lo que, técnicamente, no cabe un acto de disposición respecto de ella.

Esta idea debe ser tenida en cuenta al interpretar todos los aspectos implicados en la regulación del consentimiento y, en especial, el de su revocación.

A) La forma de prestación del consentimiento: significado de la exigencia legal de que sea expreso.

El artículo 2.2. de la Ley Orgánica 1/1982 exige que el consentimiento sea “expreso”, lo que constituye una garantía de que efectivamente el titular consiente en la intromisión en un bien de su personalidad.

Ahora bien, cabe preguntarse qué es lo que aquí debe entenderse por consentimiento “expreso”.

Pudiera entenderse que el carácter expreso del consentimiento se predica respecto de la forma de manifestarlo, lo que impediría prestar el consentimiento tácitamente o deducirlo de los actos concluyentes de las partes litigantes o de otras circunstancias concurrentes en el caso litigioso (como, por ejemplo, el pago de una cantidad de dinero por parte de quien capta, reproduce o publica la imagen), lo que no parece correcto.

De hecho, no es ésta la posición mantenida por la jurisprudencia, la cual afirma que “el consentimiento exigido por el artículo 2.2. de la Ley 1/1982 no es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas”. En tal sentido se pronuncia la STS 25 enero 2002 (RJA 2002, 21), así como la STS 25 noviembre 2002 (RJA 2002, 10274), que, sin embargo, considera que el hecho de que la actora no haya ejercitado la acción en el plazo de tres años “no es un acto de inequívoca significación, pues lo hace dentro del plazo de cuatro años, y antes del ejercicio no existe un acto abdicativo de la acción”; y concluye “La mayor o menor tardanza de una acción dentro del plazo legal concedido no es, por sí misma, sin ninguna otra circunstancia concurrente, sinónima” de abdicación.

Creo que hay que considerar que el carácter expreso del consentimiento no se refiere tanto a la forma de prestarlo, como a cada uno de los posibles usos de la imagen (captación, reproducción o publicación), los cuales deberán ser específicamente autorizados.

La STS 22 febrero 2006 (RJA 2006, 830) dice, así, que “este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión”.

De ahí derivan las consecuencias que, a continuación, se exponen.

a) La autorización para captar una imagen no significa autorización para publicarla.

El hecho de que una persona haya consentido ser fotografiada no autoriza a deducir que implícitamente haya dado también su autorización para la publicación de las fotografías.

La falta de consentimiento de la persona fotografiada a la difusión de su imagen era evidente en el caso resuelto por la STS 16 mayo 2002 (RJA 2002, 6746), en el que se publicó una fotografía de una mujer, que había sido sometida a una operación quirúrgica, realizada por el médico que la llevó a cabo, en el marco de un anuncio publicitario, considerando el Supremo que, además de existir una intromisión ilegítima en la imagen de la fotografiada, también la había en su intimidad, "pues la publicación de la fotografía [...] figurando bajo las mismas la frase 'Un caso de rejuvenecimiento tratado en Madrid a finales de 1991', constituye la revelación de un dato privado que, además, se divulga con base en unas fotografías obtenidas por el propio médico interviniente".

La STS 17 de junio 2004 (RJA 2004, 3628) consideró igualmente como intromisión ilegítima la publicación, no consentida, de la fotografía de una mujer desnuda, cuya cara aparecía tapada en parte, pero que pudo ser identificada en el entorno geográfico en el que vivía, un pequeño pueblo de 600 habitantes, que conocían los rasgos anatómicos de la fotografiada, al haberla visto frecuentemente en la piscina del pueblo, así como el anillo y el reloj que llevaba en su mano y brazo. La fotografía había sido hecha con el consentimiento de la mujer por su médico, que había fotografiado a varias mujeres con la excusa de necesitar sus imágenes "para aplicaciones de su actividad médica", siendo, posteriormente, objeto el referido médico de una condena penal. La fotografía apareció, junto a la de otras mujeres, en la revista "Interviú", para ilustrar un reportaje sobre los abusos fotográficos cometidos por el facultativo. El Supremo afirma 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".

La STS 22 febrero 2006 (RJA 2006, 830) revocó la sentencia recurrida, la cual había considerado que la publicación de las fotografías, en las que los miembros de una secta aparecían desnudos, no vulneraba su derecho a la propia imagen. La Audiencia había fundamentando esta decisión en

que las personas fotografiadas aparecían posando, deduciendo que habían sido captadas voluntariamente y presumiendo que “quien las tomó podía publicarlas”. Frente a ello el Supremo afirma que tal presunción “vulnera el artículo 2.2. de la LO 1/1982, que exige el consentimiento expreso del titular del derecho para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima en el derecho fundamental que se denuncia como violado”. “Precisamente –añade– la falta de prueba sobre la existencia o no del consentimiento debiera llevar a la Audiencia a la conclusión de que éste no concurrió, ya que el consentimiento presunto no elimina la intromisión”; y concluye: “además, este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada acto de intromisión [...] lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho”.

b) El hecho de que la fotografía proceda de agencia no exime al medio que la publique de la obligación de cerciorarse de si existe autorización del titular para ello.

La autorización para la captación de la imagen no implica, necesariamente, autorización para su publicación, ni siquiera cuando las fotografías hayan sido realizadas a través de agencia, por lo que el medio de comunicación que las publique debe cercionarse de que existe un específico consentimiento de la persona fotografiada para la publicación de su imagen.

En este sentido se pronuncia claramente la más reciente jurisprudencia.

La STS 9 julio 2004 (RJA 2004, 4664) afirma que “la publicación y consiguiente difusión de la fotografía [es un] hecho enjuiciable con independencia de su captación y reproducción”. En el caso litigioso, se consideró una intromisión ilegítima en la imagen la publicación de una fotografía del interior de un local, en la que, al fondo de la barra, podía verse al demandante, con la que se ilustraba un reportaje titulado “Prostitución/Temor a la trata de blancas”, “El Gobierno prepara una Ley para despenalizar a los proxenetas”. El Supremo rechazó el argumento del recurrente de que, al proceder la fotografía de una agencia, debía presumirse el consentimiento del afectado, tanto para su captación, como para su difusión. Frente a ello, afirma que tal planteamiento no puede acogerse, ya que “puede ser ilícita por sí misma la publicación de una fotografía aun tomada con el consentimiento del afectado”. Y añade que, de aceptarse tal tesis, “quedarían totalmente exentas de responsabilidad las cadenas de televisión que hoy dedican cada vez más tiempo de su programación a difundir imágenes de personas más o menos famosas captadas por agencias o profesionales libres y que no pocas veces son las mismas en todas las cadenas, sin que ello pueda suponer el desplazamiento de la responsabilidad del medio que publica las imágenes a la agencia que las cedió ni a la persona que las tomó o grabó, pues la experiencia demues-

tra que cada cadena de televisión, a la hora de editar y emitir las imágenes adquiridas, adopta las decisiones que considera más oportunas en orden a la mayor o menor identificabilidad de cada persona afectada”.

La STS 12 julio 2004 (RJA 2004, 4374) consideró una intromisión ilegítima en la imagen de una menor la publicación en una revista de una fotografía de ésta, a pesar de que en el reportaje que ilustraba se hacía constar que dicha fotografía procedía de una concreta agencia. Dice así que “Tampoco justifica la no obtención del consentimiento de la representante legal de la menor el que el reportaje fotográfico fuese adquirido por la sociedad demandada a una agencia; nada impedía, sino que las más elementales normas de prudencia lo exigían, requerir al autor del reportaje que acreditase la existencia del consentimiento necesario para su publicación”.

c) La autorización para que la imagen se publique en un concreto medio no implica autorización para que se publique en otro distinto.

La autorización para publicar una imagen en un concreto medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la imagen sea publicada en medios distintos a aquel al que se concedió la autorización.

En este sentido, la STS 18 julio 1998 (RJA 1998, 6278) afirma que “el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía”, y la STS 24 abril 2000 (RJA 2000, 2673) y STS 24 diciembre 2004 (RJA 2004, 138), al tratar del carácter expreso que ha de revestir el consentimiento a la intromisión, se manifiestan en los siguientes términos: “El consentimiento, pues, debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre la concreta publicación de la misma en un determinado medio”.

d) No cabe extender la autorización dada para publicar una imagen con una finalidad determinada a otra distinta.

El medio de comunicación autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho (por ejemplo, aquel a quien se concede autorización para publicar una fotografía para ilustrar un reportaje periodístico no puede utilizar dicha fotografía para insertarla en un anuncio publicitario).

Así resulta de la STS 18 octubre 2004 (RJA 2004, 5907), que estimó la demanda de una modelo, que había consentido ser fotografiada para que su imagen se publicara ilustrando un reportaje sobre el divorcio. Este reportaje tuvo lugar, pero tres años después se volvió a utilizar su imagen, esta vez sin su consentimiento, para ilustrar un reportaje sobre prostitución de lujo.

El Supremo afirma que el consentimiento prestado por la modelo “quedaba limitado no sólo en el tiempo sino esencialmente en su objeto, al estar destinadas [las fotografías] exclusivamente a ilustrar un reportaje sobre el divorcio y la ruptura de parejas [...] sin que los términos del concierto ni los usos en el ámbito donde se desarrolla la actividad profesional de la modelo demandante permitan considerar prestado un consentimiento indefinido e indiscriminado para la difusión de las fotografías [...] Ello obligaba a los demandados a realizar tal prueba, que en este punto no sólo han llevado a término, sino que la practicada les resulta adversa”. Observa, además, que el hecho de que su imagen haya aparecido en un reportaje sobre prostitución de lujo, “compromete, en gran medida, no ya sólo la imagen, sino la honra y la consideración propia y ajena de la demandante”.

La misma idea se desprende de la STS 24 diciembre 2004 (RJA 2004, 138). En el origen de la litis se halla una fotografía tomada con la autorización de la persona fotografiada, que dio su consentimiento para ello, con la finalidad de que la imagen se utilizara en una campaña de publicidad sobre los locales de moda de una localidad. Sin embargo, fue publicada en un suplemento dominical de un periódico para ilustrar un reportaje sobre juventud, drogas sintéticas, alcohol y velocidad en la conducción de vehículos de motor, acompañado de las siguientes palabras, que falsamente se atribuían al actor: “La verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo ‘guay’”. El Supremo consideró existir una intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante, argumentando que su consentimiento “ha sido desviado y aprovechado por los demandados, al margen de la autorización del actor del pleito, al rebasar lo consentido; y, así mismo, una intromisión en su derecho al honor, al imputarle una relación con el mundo de las drogas y del alcohol, lo que se traduce “en descrédito y desmerecimiento en la opinión ajena y lesiona la dignidad de la persona”.

B) El consentimiento de los menores e incapacitados: el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y su interpretación por la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.

El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 prevé que los menores e incapaces presten el consentimiento a una intromisión en su propia imagen, “si lo permiten sus condiciones de madurez”, previsión esta, conforme con el texto del artículo 162.1 del Código Civil, reformado en 1981, el cual exceptúa la representación legal de los padres respecto de los actos de sus hijos menores en los que éstos ejerciten derechos de la personalidad, “si lo permiten sus condiciones de madurez”.

Por lo tanto, el dato al que hay que atenerse para decidir si el menor o incapaz puede permitir la captación, reproducción o publicación de su figura,

es el de si tiene, o no, condiciones de madurez suficientes para ello, lo cual remite inexorablemente a la apreciación judicial.

El artículo 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982 prevé que si los menores o incapaces no tienen suficientes condiciones de madurez para prestar, por sí mismos, su consentimiento para la captación, reproducción o publicación de su imagen, cabe que lo presten, en su nombre, sus representantes legales. Los representantes legales deberán prestar el consentimiento, por escrito, requiriéndose, además, que lo pongan previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien podrá oponerse en el plazo de ocho días, en cuyo caso decidirá el Juez.. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia tiende a no atribuir consecuencias a la omisión de dichos requisitos formales, en orden a la calificación de la intromisión como legítima o ilegítima.

Esta regulación debe ponerse en relación con el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, del menor, que, en su número tercero, considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación "que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales a dicha intromisión".

Por lo tanto, cuando el uso de la imagen del menor menoscabe su honor o, en general, sea contraria a sus intereses, por atentar contra su integridad moral o ser negativa para su formación, ni el consentimiento del propio menor, ni el de sus representantes legales (en el caso de que aquél no se halle en suficientes condiciones de madurez para prestarlo) excluyen el carácter ilegítimo de la intromisión.

"Con ello –se explica en la Exposición de Motivos de la Ley– se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve".

En estos casos se prevé la intervención al Ministerio Fiscal, quien, a tenor del número segundo del precepto, "instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados". El Fiscal intervendrá, bien de oficio, bien a instancia del propio menor o de cualquier interesado, según resulta del número cuarto del mismo precepto.

La previsión legislativa, que establece una tutela reforzada de los derechos de la personalidad de los menores, parece adecuada desde la perspectiva de la exigencia constitucional de protección de la infancia y de la juventud, establecida en el artículo 20.4 de nuestra Carta Magna, aunque, lógicamente, la intervención de oficio del Ministerio Fiscal deberá ser cautelosa, con el

fin de evitar injerencias injustificadas en la esfera de libertad del menor o en el ejercicio de la patria potestad de sus progenitores.

En este sentido, hay que destacar que la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, al interpretar el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 1/1996, en su conclusión final segunda afirma que la amplia legitimación que el precepto atribuye al Ministerio Fiscal “deberá en todo caso utilizarse con prudencia, ponderando todos los intereses en conflicto”; y, a continuación, añade: “Especialmente habrá de valorarse si la intromisión ha contado o no con el consentimiento del menor maduro o de los progenitores del menor no maduro. Deberá también valorarse si pese a tratarse de una intromisión no consentida, el menor maduro o sus representantes legales se oponen motivadamente a que el Fiscal ejercite las acciones en protección de estos derechos”. Por último, concluye afirmando que “Habrá de ser excepción la intervención autónoma del Ministerio Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que –sin que concurra conflicto de intereses con el menor– sean contrarias a que se establezcan acciones en defensa del mismo”.

La misma Instrucción, en el párrafo primero de su conclusión final undécima, establece, certeramente, que “Respecto de la indemnización que en su caso se solicite habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que si los padres del menor también han sido demandados, deberán interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga”.

C) La revocación del consentimiento.

El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 permite a la persona que haya prestado su consentimiento para la reproducción o publicación de su imagen revocarlo en cualquier momento.

Esta facultad de revocación sólo se entiende si se tiene en cuenta que el consentimiento prestado para la intromisión no tiene carácter contractual y no da lugar a un acto de disposición del derecho a la propia imagen, que es siempre conservado por su titular.

La posibilidad de revocar se explica porque se proyecta sobre un bien de la personalidad, respecto del cual las intromisiones de terceros sólo son posibles si media un consentimiento actual de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica; de ahí que su ejercicio sea un acto de libertad, que no requiere ser justificado o motivado: basta el mero cambio de voluntad del

titular; y ello, aunque dicha revocación cause daño a quien, en principio, fue autorizado a captar, reproducir o publicar la imagen, por ejemplo, la revista a quien se autorizó a publicar determinadas fotografías. No obstante, en tal caso, el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 prevé que se le indemnicen daños y perjuicios, incluyendo las expectativas justificadas, esto es, el lucro cesante, por ejemplo, el importe de las revistas que se hayan dejado de vender, por no publicarse las fotografías cedidas.

a) Momento de ejercicio de la facultad de revocación.

Respecto al tiempo de ejercicio de la facultad de revocación, el artículo 2.2. de la Ley Orgánica 1/1982 dice que el consentimiento podrá revocarse “en cualquier momento”, lo que debe entenderse en el sentido de que cabe la revocación en tanto no se haya consumado la conducta en la que consiste la intromisión.

Por ello, no estoy de acuerdo con algunas de las consideraciones contenidas en la STC 117/1994, de 25 de abril.

Ana Obregón había atribuido gratuitamente a un fotógrafo “el pleno derecho de distribuir en todo el mundo” una serie de fotografías que ella misma había seleccionado. Posteriormente, éste cedió a la editora de “Play Boy España” la referida facultad, percibiendo un millón de pesetas. Ante ello, mediante requerimiento notarial, Ana Obregón comunicó a la empresa editorial su oposición a la publicación de las fotografías, requerimiento que fue recibido veinte días antes de la tirada del ejemplar en que aquéllas debían aparecer, cuando la revista estaba ya compuesta y en avanzada fase de impresión, de modo que la empresa hizo caso omiso del requerimiento y publicó las fotografías. Ana Obregón interpuso demanda de protección del derecho a la imagen, que fue desestimada en las tres instancias, y, ulteriormente, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Al interpretar la expresión “en cualquier momento”, contenida en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1981, el Tribunal Constitucional afirma que la revocación no puede aplicarse “a situaciones pretéritas, trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes legítimas (FJ 6º), afirmación que resulta indiscutible. Sin embargo, en lo que ya no estoy de acuerdo es en la aplicación que hace de este principio al caso litigioso. El Constitucional desestimó el recurso, haciendo suya la idea, expresada en las sentencias de las tres instancias, de que “la publicación no era un acontecimiento singular e instantáneo, sino un proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes ya se habían producido con anterioridad a la revocación”. Y añade: “Dichas sentencias, pues, han

considerado que se trataba de un acontecimiento que –por su contenido plural y sucesivo– había de tenerse por prácticamente concluido cuando la revocación se produjo” (FJ 8º).

A mi parecer, no era posible fundamentar la ineficacia de la revocación en este alambicado razonamiento. Al tiempo de producirse la revocación, la intromisión, consistente en la publicación de las fotografías, no se había consumado todavía, de modo que la demandante tenía aún la facultad de revocar, la cual, según el tenor del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, se puede ejercitar “en cualquier momento”.

El quid de la cuestión se hallaba –entiendo yo– en que en el requerimiento notarial no se había ofrecido una garantía de la reparación del daño, que previsiblemente se causaría a la editora. Es verdad que el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982 no subordina la eficacia de la revocación a este requisito, pero parece que, en este caso, la buena fe exigía el ofrecimiento de una garantía de resarcimiento de los daños causados por aquélla.

De hecho, a continuación de las consideraciones transcritas, el Tribunal Constitucional afirma que los tribunales de instancia habían otorgado relevancia a “la prevención del necesario resarcimiento de daños y perjuicios dada la inminencia de una publicación costosa que se estimaba ya en marcha”. Y, a continuación, añade: “Apreciación que debe reputarse razonada y razonable [...] máxime si se tiene en cuenta la ya referida falta de ofrecimiento de garantía de resarcimiento económico por quien revoca el consentimiento” (FJ 8º).

A mi parecer, es indudable que el ejercicio de los derechos de la personalidad, como el de todos los derechos subjetivos, deberá ajustarse a la prescripción del artículo 7.1 del Código Civil.

b) Forma de la revocación.

Respecto a la forma, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 no exige ninguna especial para la revocación, pero evidentemente deberá ser realizada mediante una declaración de voluntad recepticia, dirigida a aquel a quien, en un principio, se concedió la facultad de captar, reproducir o publicar la imagen, siendo aconsejable que se haga por escrito y, más concretamente, mediante un requerimiento notarial, a fin de que quede constancia de que la revocación llegó al conocimiento del destinatario de la declaración de voluntad, con el fin de poder acreditar dicha circunstancia, en una eventual reclamación de daños y perjuicios, si, a pesar de la revocación, el destinatario realizó la captación, reproducción o publicación de la imagen.

No obstante la STC 117/1994, de 25 abril, FJ 6º, exige unos requisitos para que la revocación produzca sus efectos, esto es, hacer desaparecer el carácter legitimador de la intromisión, a que dio lugar la inicial autorización del titular del derecho a la propia imagen. Dice, así, que "habrá de acreditar algunas circunstancias, como la de proceder [la revocación] del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por parte de las personas a las que se dirige (incluso publicación en caso necesario), tener lugar en momento en que el derecho cedido todavía pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo (o sea, de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de daños y perjuicios, requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro, sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancia de la revocación, particularmente en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes".

Se reitera, así, la idea de que habrá casos en que la buena fe exigirá que el ejercicio de la facultad de revocación vaya acompañado del ofrecimiento de una garantía de resarcimiento de los daños causados por aquélla.

c) Efectos de la revocación.

La revocación tiene como efecto hacer desaparecer el carácter legitimador que inicialmente tenía la intromisión, debido al consentimiento prestado por el titular del derecho a la imagen.

La revocación es eficaz no sólo frente a quien se concedió la facultad de captar, reproducir o publicar la imagen, sino también frente a los eventuales cesionarios a quienes aquél hubiera cedido esta facultad, por permitírsele así la autorización inicialmente recibida; y ello, porque esta autorización no surge de un contrato, respecto del cual el cesionario pueda invocar la condición de tercero, con el fin de evitar que le sea opuesto, sino que deriva de un acto de autonomía privada, que en ningún caso implica disposición del derecho a la propia imagen, el cual es inalienable, razón por la cual cabe siempre la revocación de la autorización, que producirá sus efectos (hacer desaparecer el carácter legitimador que inicialmente tenía la intromisión) *erga omnes*.

Por ello, me parecen acertadas las consideraciones realizadas a este respecto por la STC 117/1994, de 25 abril.

El Tribunal Supremo había mantenido que la revocación de la autorización para publicar las fotografías, por parte de Ana Obregón, sólo podía ser eficaz frente al fotógrafo a quien había concedido la facultad de distribuirlas, pero no frente a la empresa editorial, a quien aquél, posteriormente, cedió dicha

facultad. Dijo, así: "La Revista 'Play Boy España', que de buena fe adquiere unos derechos de publicación, mediante el pago de una sustanciosa suma y de la comprobación de la autorización correspondiente, recibe una comunicación que se refiere a unas relaciones en las que no intervino y que le son ajenas en cuanto a tercero, desconociendo su verdadero alcance".

Frente a estas consideraciones, que interpretan mal la naturaleza del acto de autonomía privada que autoriza la distribución de las fotografías, atribuyéndole un carácter contractual del que carece, el Tribunal Constitucional, con acierto, afirma que "tratándose de ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la totalidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia" (FJ 5º).

7. Las intromisiones en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley

La tutela de los derechos de la personalidad no es, desde luego, absoluta, sino que debe ceder en aquellos casos en que, desde una óptica constitucional, exista un interés general superior, que justifique una intromisión, ya sea por parte de los poderes públicos, en el ejercicio de sus funciones, ya sea por parte de terceros, en el desempeño de una labor socialmente valiosa.

El artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 dice, así, que "No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante".

Se trata de unas indicaciones genéricas, que, por supuesto, son aplicables al derecho a la propia imagen.

Pero en algunos supuestos, enunciados en el párrafo segundo del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, se autoriza, específicamente, la captación, reproducción y publicación de la imagen de una persona, prescindiéndose de su consentimiento. La razón de esta autorización estriba en la consideración de que, en tales casos, existe un interés general que justifica la intromisión, el cual debe prevalecer sobre el interés particular de la persona a evitar la reproducción de su figura. Se trata de la necesidad de que en una sociedad democrática pueda existir una opinión pública, libremente formada mediante el acceso a informaciones veraces y a través del contraste de opiniones, ideas y valoraciones plurales, sobre asuntos de interés público.

A) Imágenes de personajes públicos captadas en un acto público o en lugares abiertos al público.

El artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982 permite la captación, reproducción o publicación, "por cualquier medio", "cuando se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en un lugar abierto al público".

Esta previsión legal descansa en la presunción de que, en tales casos, la intromisión en la imagen estará al servicio de la libertad de información protegida por el artículo 20.1.d), la cual satisface un interés general de la sociedad, que debe prevalecer sobre el interés puramente particular de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica.

a) La noción de personaje público.

El primero de los elementos del supuesto de hecho contemplado en el artículo 8.2.a) es que estemos ante un personaje público, lo cual es coherente con la finalidad del precepto, que es posibilitar el ejercicio de la libertad de información.

La jurisprudencia realiza una interpretación flexible del precepto, en lo atinente a la noción de persona pública.

La STS 1 julio 2004 (RJA 2004, 4844) expone, así, que "la referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio".

La STS 17 diciembre 1997 (RJA 1997, 9100) afirma que la proyección pública se reconoce por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.

La STS 14 marzo 2003 (RJA 2003, 2586) estimó que era un cargo público un sargento de Policía Municipal, cuya imagen se había captado en lugar público, en ejercicio de sus funciones, y se había insertado en prensa como elemento accesorio de una información periodística sobre desalojo de viviendas. La STS 1 julio 2004 (RJA 2004, 4844) consideró también un cargo público, en ejercicio de sus funciones, a un guardia civil cuya fotografía apareció publicada, ilustrando una noticia sobre la aprehensión de un alijo de hachís, con el titular "Un perro de la Guardia Civil detectó 17 kilos de hachís en el aeropuerto de Gando". En ella aparecía retratado el demandante, adscrito a funciones de detección de droga en dicho aeropuerto, vestido con

su uniforme, y con un perro sobre una cinta transportadora de equipaje. Al pie de la fotografía figuraba el siguiente texto "Lagún, un schnawzer de dos años, descubrió el alijo".

En el caso de imágenes compartidas, la condición de personaje público tendrá que concurrir en todas las personas, cuya figura aparezca representada, a no ser que las imágenes de las que no lo sean revistan un carácter meramente accesorio de las que lo sean, e ilustren un suceso o acontecimiento público, en cuyo caso la intromisión será legítima, pero por aplicación del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982.

b) La noción de lugar abierto al público.

El artículo 8.2.a) de la Ley autoriza la captación, reproducción o publicación de la imagen, sin el consentimiento de su titular, exclusivamente cuando la misma haya sido captada con ocasión de un acto público o en un lugar abierto al público; no si se capta en lugares o momentos de su vida privada (cfr. artículo 7.5^a), lo que está estrechamente ligado a la tutela del derecho a la intimidad, pues también las personas con proyección pública tienen derecho a salvaguardar una cierta esfera de privacidad; además de que, por lo común, la captación, reproducción o publicación de imágenes de personajes públicos en lugares o momentos de su vida privada, carecerán de interés público, por lo que la autorización legal para la intromisión perderá su razón de ser.

Es, pues, ilegítima la captación, reproducción o publicación de imágenes, no consentidas, tomadas en un domicilio particular.

En general, la Ley no autoriza la publicación de fotografías que provoquen lo que la STS 22 marzo 2001 (RJA 2001, 4751) llama una "clara y osada invasión en lo que conforma el espacio vital de la persona". En dicha sentencia el Tribunal Supremo consideró ilegítima la publicación en una revista de la fotografía de una mujer, con proyección pública, en bikini, obtenida en el probador de un establecimiento comercial, sin el consentimiento de la interesada. El Tribunal Supremo distingue, aquí, entre la publicación de una imagen que "representa utilidad general informativa", y la que, simplemente, "sólo se presenta como comercial, por no darse la circunstancia de responder a suceso público alguno, y sólo obedece a obtener una mayor difusión de la revista presentando a los lectores actividades íntimas de las personas, que sólo atraen la atención de una audiencia, que se alinea con la publicación, al ser aficionada a las noticias morbosas, sin otra motivación que la curiosidad malsana por el prójimo, lo que no se puede en manera alguna fomentar".

c) La libertad de información como criterio de corrección del tenor literal de la norma.

El fundamento del artículo 8.1.a), se ha dicho ya, es la presunción de que, concurriendo los requisitos en él previstos, la captación, reproducción o publicación de la imagen será de interés público, por hallarse al servicio de la libertad de información.

Ahora bien, en los casos en que, a pesar de tratarse de la imagen de un personaje público y haber sido ésta captada en un lugar abierto al público, no exista un interés público en su captación, reproducción o publicación, la autorización a la intromisión pierde su razón de ser, y, en consecuencia, debe ser considerada ilegítima; y ello, a pesar de que la misma encaje en el tenor literal del precepto, ya que, en este caso, no habrá ejercicio de la libertad de información, sino que la intromisión obedecerá al mero propósito, por parte del medio, de obtener unos beneficios económicos, mediante la satisfacción de la curiosidad ajena por aspectos de la vida privada de los personajes famosos, puestos de manifiestos por la imagen.

A este respecto hay que hacer referencia a dos conocidos casos, en los que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo mantuvieron distintos criterios.

El primero de los casos es el resuelto por la STC 139/2001, de 18 de junio. En el origen de la litis se hallaba la publicación en una revista de las imágenes de Alberto Cortina y de Marta Chavarri, obtenidas en una reserva de caza en Kenia, durante sus vacaciones en aquel país. El Tribunal Supremo había considerado que la intromisión en la imagen de Alberto Cortina estaba autorizada por el artículo 8.1.a) de la Ley Orgánica 1/1982, dado que el demandante era persona muy conocida en el ámbito financiero y social y que una reserva de caza era un lugar abierto al público. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto por Alberto Cortina, por entender que las fotografías en cuestión eran “un documento personal de carácter estrictamente privado y familiar” (FJ 5º).

El segundo de los casos es el contemplado por la STC 83/2002, de 24 de abril. Aquí se trataba de unas fotografías en las que Alberto Alcocer aparecía besándose en una playa con una mujer. El Tribunal Supremo, como en el caso anterior, había considerado que la intromisión era legítima, por entrar en el ámbito de aplicación del artículo 8.1.a) de la Ley Orgánica 1/1982, al ser la playa un lugar abierto al público y ser Alberto Alcocer un personaje, por ser un conocido hombre de negocios. No obstante, el Tribunal Constitu-

cional volvió a estimar el recurso de amparo, al entender que las fotografías constituían “un documento personal de carácter estrictamente privado y familiar”, que se insertan en el ámbito propio y reservado de lo que es la esfera personal de los afectados” (FJ 4^a).

B) El uso de la caricatura, conforme al uso social.

El artículo 8.2.b) de la Ley Orgánica 1/1982 considera legítima “la utilización de la caricatura de personajes públicos, de acuerdo con el uso social”.

El precepto autoriza, pues, exclusivamente, el uso de la caricatura de personas con proyección pública, pero no el de personas en las que no concurra esta condición.

a) El concepto de caricatura.

La primera de las cuestiones que el precepto plantea es la de determinar el concepto de caricatura.

A este respecto, la STS 7 marzo 2006 (RJA 2006, 1579) precisa que, por caricatura no sólo ha de entenderse, de acuerdo con su primera acepción en el Diccionario de la Real Academia Española, “el dibujo satírico en que se deformen las facciones y el aspecto de alguna persona”, sino que también puede consistir en “un fotomontaje o composición fotográfica”.

Así, pues, lo que define la caricatura es el ser una representación gráfica, no necesariamente un dibujo, o, en general, artística (creo que una marioneta lo es), en el 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 artículo 20.1.a) de la Constitución, entendida ésta, como dice la STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 5, “en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones”.

Por lo tanto, no habrá caricatura cuando estemos ante una reproducción gráfica en la que la figura de la persona no aparezca deformada o la deformación no sea fácilmente reconocible.

Así lo entendió la STS 7 marzo 2006 (RJA 2006, 1579), que, sin embargo, no consideró ser una caricatura un fotomontaje, en el que aparecía el rostro de la demandante, una persona con proyección pública, y el cuerpo de otra mujer distinta, en taparrabos y mostrando unos pechos prominentes, porque ni el uno ni el otro aparecían deformados, sino perfectamente reproducidos.

b) El uso social de la caricatura: delimitación a través de la libertad de expresión.

Remitirse al uso social como criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad del uso de la caricatura tiene sus riesgos; y ello, por el creciente proceso de intromisión en los derechos de la personalidad de los personajes públicos, que tiene lugar en algunos medios de comunicación, lo que provoca que socialmente comiencen a verse normales conductas que en ningún modo pueden verse amparadas por el Derecho.

Por ello, 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 julio 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 sociedad sobre cualquier tema".

De ahí se deducen las siguientes consecuencias.

En primer lugar, la utilización de la caricatura dejará de estar autorizada cuando la crítica que se realiza a través de ella no tenga interés público, ya que, en este caso, no podrá ser considerada una forma legítima de ejercicio de la libertad de expresión al servicio de la formación de una opinión pública plural, que justifique el sacrificio del derecho a la imagen de la persona caricaturizada.

Así, la sentencia STS 7 marzo 2006 (RJA 2006, 1579) consideró que el fotomontaje, que combinaba una persona con proyección pública, y el cuerpo de otra mujer distinta, en taparrabos y mostrando unos pechos prominentes, que formaba parte de un concurso, en el que se valoraba el tamaño de los pechos de la demandante (aparte de no poder ser considerada como una caricatura, por no aparecer deformados los rasgos de las personas fotografiadas) "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"; en definitiva, carecía de cualquier tipo de interés público.

En segundo lugar, el derecho a la libertad de expresión, en su modalidad de humorismo gráfico, tiene que ser cohonestado con la protección del derecho al honor, por lo que no puede justificar el empleo de caricaturas inequívocamente vejatorias o injuriosas, que objetivamente provoquen el descrédito de la persona a quien se refieren, ya que el artículo 20.1.a) de la Constitución no garantiza el derecho al insulto.

Es éste un límite general de la libertad de expresión, cuya aplicación a la caricatura presupone la STS 17 mayo 1990 (RJA 1990, 3736), que, sin embargo, no consideró ilegítima la publicación de una caricatura en un semanario de humor, a la que se acompañaban unos versos dedicados al profesor "Amar-garen" (en evidente referencia al profesor Aranguren), resaltando que se produce "en un contexto jocoso y burlón meramente humorístico" y que el "texto versificado está desprovisto de toda agresividad difamatoria".

En cambio, la STS 14 abril 2000 (RJA 2000, 2565) estimó ilegítima la publicación de la caricatura de un político, que había simultaneado responsabilidades políticas con la condición de miembro del Consejo de Administración de una empresa privada, en la que se le calificaba de "ladrón". Afirma el Supremo 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 personaje objeto de burla". Consideró, así, que la expresión "ladrón" era "inequívocamente insultante", y tenía "una rotundidad vejatoria innecesaria para la crítica social del personaje".

La STS 2 julio 2004 (RJA 5339) afirma que no puede utilizarse la libertad de expresión para incluir en ella "palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificatorias de las personas", precisando que "se puede discrepar, censurar y criticar con toda la fuerza necesaria, pero no insultar". No obstante, no consideró intromisión ilegítima la publicación de la caricatura de un alcalde, que había sido objeto de diversas condenas penales. Éste aparecía, tras su aseo personal, mostrando un preservativo en su mano derecha, en el momento de introducirse en la cama, en la cual había un ejemplar de la Constitución. La viñeta iba acompañada de un texto, en el que se proponía a los lectores de la revista la siguiente pregunta: "¿Deber ser X un violador?". Frente al argumento del recurrente, de que las viñetas lo representaban "en forma vejatoria, insultante y ofensiva", el Tribunal Supremo entendió que la caricatura se había utilizado "en un entorno de enfrentamiento político, que la expresión "violador" era utilizada en un sentido diverso "al que normalmente se asocia con las agresiones sexuales", y que la frase en la que se contenía no era afirmativa, sino interrogativa.

En tercer y último lugar hay que tener en cuenta que, dado que el fundamento de la autorización de la norma estriba en el ejercicio de la libertad de expresión, es evidente que la misma 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.

En este sentido se pronunció la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación francesa, de 13 de enero de 1998 (D 1998, 120), la cual afirmó

que, según las leyes del género, la reproducción no consentida de la figura de una persona, bajo la forma de una caricatura, sólo es lícita para asegurar el libre ejercicio de la libertad de expresión. Casó, así, la sentencia recurrida, la cual había desestimado la demanda de un personaje público contra una empresa que, sin su consentimiento, había utilizado su caricatura en unos "pins", con el argumento de que el derecho a usar la caricatura de personajes públicos abarcaba la facultad de comercializarla.

Es verdad que la publicación de una caricatura en un periódico o revista no está totalmente desligada de una finalidad económica, ya que los periódicos y revistas se editan para ser vendidos. Ahora bien, a través de la caricatura se ejercita en ellos la libertad de expresión, que contribuye a la formación de una opinión pública libre, por lo que, desde el punto de vista del interés general, no se puede decir que se trate de una actividad puramente comercial, lo que, en cambio, sí acontecía en el caso expuesto.

c) Las imitaciones o el uso de dobles.

Las imitaciones realizadas por artistas con fines humorísticos, a través de caracterizaciones, con las que logran sugerir al público una identificación con personajes públicos, creo que han de ser incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 8.2, b) de la Ley Orgánica 1/1982, porque pueden ser consideradas como caricaturas en un sentido amplio.

Para ello, lógicamente, tendrán que ser imitaciones que no induzcan a confusión, en el sentido de que quien las contemple sea consciente de que se trata de una parodia de un personaje famoso, y no del personaje mismo (se cumpliría así el requisito, característico de la caricatura, de la deformación de la imagen); y, así mismo, que, con ellas, no se persiga una explotación comercial de la notoriedad de dicho personaje (por ejemplo, la publicidad de una marca comercial), sino una finalidad artística o satírica.

Lo mismo parece que debe afirmarse respecto del uso de dobles de personajes públicos, que podrán ser utilizados en parodias, pero no con fines crematísticos. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 17 de octubre de 1984 (D. 1985, somm., p. 324), consideró ilícita la utilización de un doble del actor Depardieu para anunciar una marca de chocolates.

C) La utilización de imágenes accesorias de un reportaje de interés público.

El artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá "la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoria".

El precepto permite, así, la representación gráfica de la imagen de personas, carentes de proyección pública, pero con una condición, que la misma sea “meramente accesoria” (expresión esta que indica, bien a las claras, que la autorización ha de ser interpretada con carácter restrictivo) de un “suceso o acontecimiento público”; y ello, porque, en este caso, la intromisión se justificará en el ejercicio de la libertad de información.

La accesoriadad de la imagen significa que ésta debe estar siempre en relación de subordinación con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser “el objeto principal de la noticia o reportaje”.

Por lo tanto, la representación gráfica debe ser realizada de tal modo que no acabe convirtiendo a una persona, que no tiene proyección pública (ni por sus circunstancias personales, ni por tener algún tipo de relación con asuntos de interés general), en el objeto principal de la información.

Me referiré, a continuación a los criterios para determinar el carácter accesorio de la imagen.

a) El tamaño de la imagen.

Al efecto de enjuiciar el carácter accesorio de la imagen habrá que ponderar su tamaño, en relación con el de la página en la que aparece publicada, tratándose de medios de comunicación impresos, o en relación con el de la pantalla, si aparece reproducida en televisión.

La STS 14 julio 2005 (RJA 2005, 9232) consideró que no era accesoria la imagen de la actora, aparecida en un reportaje emitido en un programa de televisión sobre mujeres maltratadas, porque aparecía sola en la pantalla, con la mención siguiente: “con la mujer aislada y a su merced llega la primera paliza”. En este caso, el Supremo entendió que existía, además, intromisión ilegítima en el honor de la demandante, ya que la difusión de su imagen en un programa de esas características “tiene un evidente eco o impacto social que somete a la persona afectada a los rumores y comentarios públicos, y especialmente de sus círculos de amistades y vecinos, con el consiguiente agobio y disminución de la autoestima por la situación personal y familiar que se difunde, todo lo que implica un menoscabo de la propia y ajena consideración”.

b) El plano desde que se capta.

Junto al criterio anteriormente expuesto, la jurisprudencia tiene en cuenta el plano desde el que se capta la imagen publicada.

En tal sentido se orienta la STS 3 noviembre 1988 (RJA 1988, 8408), como también la STS 28 mayo 2002 (RJA 2002, 7253), que entendió que no era accesoria la imagen de un hombre desnudo, cuya fotografía, tomada a corta distancia, se había incluido en un reportaje sobre playas nudistas, porque dicha fotografía, a diferencia de otras tres que se incluían en el reportaje, mostraba al demandante "totalmente desnudo y en posición frontal, por lo cual resulta el mismo identificable y se da publicidad a sus características físicas más íntimas".

La STS 23 mayo 2003 (RJA 2003, 3593) estimó existir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, al emitirse en un programa de televisión un vídeo en el que se grabó la intervención de los bomberos para rescatar a un automovilista accidentado, que había quedado tendido en la calzada y aprisionado por su vehículo en una lenta agonía, que acabaría con su vida, tres días después. El programa de televisión tuvo una duración de una hora y quince minutos y la duración del vídeo en él emitido fue de tres minutos y veintitrés segundos. En el vídeo se reflejaba la labor desarrollada por los bomberos, Cruz Roja y el Samur, salvo en dos precisos momentos (de unos cinco segundos de duración, cada uno de ellos), en los que aparecía un plano del rostro de la persona accidentada, cuando ésta se encontraba aprisionada por el coche. La cadena demandada sostuvo que las imágenes contenidas en el vídeo tenían carácter accesorio respecto del reportaje, argumento que no fue acogido por el Tribunal Supremo, que entendió que "Si bien en el reportaje del accidente [...] pueden calificarse de accesorias las imágenes del accidentado cuando éste, después de ser liberado de entre los restos del vehículo, es colocado en una camilla e introducido en una ambulancia [...], no tienen esa condición de accesoriedad las imágenes en que aparece el rostro del accidentado aprisionado entre el asfalto de la carretera y su vehículo destrozado". El Supremo justifica esta decisión porque "Se trata de primeros planos que ocupan todo el espacio de la pantalla al ser proyectados y en los que, además del accidentado, sólo parece la parte inferior de una pierna de una persona que se encuentra de pie; en estos 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"; y añade: "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 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".

c) Su carácter fugaz o repetitivo.

Habrá también que tener en cuenta el carácter fugaz o repetitivo de la representación gráfica.

La STS 15 julio 2005 consideró legítimo que en un programa de televisión, destinado a hacer reflexionar a los telespectadores sobre los riesgos de la circulación y a realizar una llamada a la prudencia de los conductores, se incluyera una imagen en la que se podía observar nítidamente el cuerpo inerte de una persona fallecida en un accidente de tráfico, cuyo tronco colgaba con la cabeza hacia abajo por la ventanilla de un camión. En el programa se veía la actuación de los miembros del Samur, intentando retirar infructuosamente el cuerpo del conductor de la cabina del camión, así como la de los bomberos, que, finalmente, consiguieron extraer el cadáver, el cual fue envuelto en una especie de papel de plata, colocado en una camilla e introducido en un coche negro. En la resolución del caso se tuvo en cuenta la circunstancia de que el rostro del fallecido sólo había aparecido de modo fugaz y que no había sido visto con nitidez. El Supremo dice, así, que “las imágenes en cuestión no sólo son fugaces, sino que representan un carácter supletorio y subordinado a la información que pretendía transmitirse”.

D) La aplicación del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 a las intromisiones en la imagen de los menores

Las autorizaciones legales a la intromisión en la imagen, establecidas en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, son también aplicables respecto de los menores, si bien, en estos casos, la legitimidad de la intromisión deberá apreciarse a la luz de la exigencia constitucional de protección de la infancia y de la juventud, adoptándose, cuando sea necesario, las medidas indispensables para que no se perjudique su integridad moral o su formación (por ejemplo, utilizar técnicas de distorsión de la imagen o no incluir su nombre, ni otros datos que permitan identificarlo).

A este respecto, parece adecuado tener en cuenta los acertados criterios expuestos por la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, a propósito de la legitimación que el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, concede al Ministerio Fiscal para intervenir en defensa de los derechos de la personalidad de los menores.

a) Así, respecto de la autorización legal contemplada en el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982, en la conclusión octava de la Instrucción 2/2006, se expone que “En principio, cuando los menores puedan por sí considerarse personas públicas o con notoriedad pública, el derecho a la intimidad o a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se

realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público. Pero incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que la misma sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana privada del menor o que estuvieran acompañadas de actos de acoso o seguimiento lesivo para su intimidad”.

b) En relación con la autorización legal del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, en el párrafo primero de la conclusión final tercera de la Instrucción 2/2006, se afirma que no “procederá en general el ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos”. Sin embargo, según se dice, en la conclusión final cuarta, “Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado”.

La STS 7 julio 2004 (RJA 2004, 5273) estimó ilegítima la difusión en un programa de televisión de la imagen de una menor de 9 años, tomada con el consentimiento del centro hospitalario donde se encontraba ingresada, por haber sido maltratada y abandonada. La demandada alegaba que el programa se había emitido en el “Día Internacional de la Familia”, con el fin de llamar la atención sobre los malos tratos a menores, por lo que respondía a un fin de interés público. Frente a ello, el Supremo estimó la demanda interpuesta por quienes posteriormente adoptaron a la niña, afirmando que el consentimiento del centro hospitalario no suplía el de los representantes legales y que las imágenes emitidas “mostraban a [la niña] de espalda, pero luego aparecía de perfil y finalmente se la veía postrada en cama con un primer plano de la cara tomado desde arriba y de enfrente, lo que permitía observar no sólo las lesiones corporales que padecía, sino también su rostro, con toda nitidez”. Observa, además, que “el sujeto pasivo era una menor, cuyos derechos merecen una especial protección”; y, así mismo, que “existen procedimientos técnicos para evitar la identificación de la interesada, a los cuales no se recurrió”.

La STS 13 julio 2006 (RJA 2006, 4969) estimó que no era accesoria la imagen de una menor publicada en un periódico para ilustrar un reportaje sobre discapacitados, en la que esta aparecía sentada, en primer plano, junto a otro niño con una profesora que aparecía de espaldas. El Tribunal Supremo basó su decisión en que el rostro de la menor era el centro de la fotografía y el tamaño de ésta ocupaba media página y resaltaba más que el propio artículo del texto escrito.