

Más de treinta años de vigencia de la lo 1/1982, de 5 de mayo ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?

BIB 2015\4425

María E., Rovira Sueiro. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de A Coruña

Publicación:

Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.8/2015
Editorial Aranzadi, S.A.U.

I. Introducción

La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ha dado lugar, desde la entrada en vigor de la [LO 1/1982 de 5 de mayo](#), a un número importante de pronunciamientos en todas las instancias de los órganos jurisdiccionales civiles, teniendo también una nada desdeñable impronta en el ámbito penal y constitucional, pues se trata de derechos cuyos bienes jurídicos encuentran la máxima protección en la propia [Constitución](#) como fundamentales y en el [Código Penal](#) cuando estemos ante comportamientos considerados más graves.

Honor, intimidad e imagen forman parte de los derechos de la personalidad ligados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad de todos ([art. 10](#) CE), independientemente de edad, creencias, raza, sexo, profesión¹ y como tales inviolables e irrenunciables.

¹ Aunque esto último como veremos a continuación resulta muy cuestionado pues en la práctica colectivos de determinadas profesiones que cuentan con una importante proyección pública ver recortados injustificadamente estos derechos especialmente la intimidad.

Tan valiosos bienes no obstante han sido y siguen siendo objeto de duros embates que provienen no sólo de los poderes públicos en un inadecuado ejercicio de sus potestades sino también de los particulares y de forma más sonora e incluso más grave, de la prensa enarbolando, casi siempre para justificarse, la bandera de la libertad de expresión, como es sabido de contornos más borrosos que la libertad de información, y en la que se concitan la condición no sólo de derecho individual que goza de las más alta protección ([art. 20](#) CE) sino también la de presupuesto del

pluralismo político, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico ([art. 1](#) CE).

Son derechos cuyo contenido se califica de contingente, lábil, cambiante y muy permeable a los cambios sociales que, además de problemas jurídicos, plantea no menos interesantes debates de carácter metajurídico que evidentemente exceden su tratamiento en este contexto por lo que no deberían ser aquí abordados aun cuando en ocasiones resulta difícil, cuando no imposible, su separación. Es por ello que no nos resistimos a apuntar simplemente que en la actualidad asistimos, por una parte, a un debilitamiento de los valores propios de estos derechos que han rebajado o desdibujado las barreras que los protegen, relajado el sentido de la honorabilidad y de lo íntimo. Y, por otra parte, a una fuerte patrimonialización del valor de la imagen sobre todo de determinadas personas lo que demanda una respuesta específica con un régimen jurídico diferente y diferenciado. No procede juzgar si ello está bien o mal pero no puede ignorarse que, en cierto modo, subyace la eterna disyuntiva de hasta qué punto el Derecho debe ser guardián de determinados valores, algunos de los cuales están muy relacionados con determinados principios éticos y morales, que quizá se puedan considerar superados, o debe limitarse a evitar o, en su caso, solucionar los conflictos que las relaciones originan sobre los mismos.

En estos más de 30 años de vigencia de la [LO 1/1982](#) , de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPIHPI) hemos asistido a la resolución satisfactoria de numerosas cuestiones, al nacimiento de otras nuevas y por supuesto a la falta de respuestas de otras para las cuales parece no encontrarse una solución pacífica a pesar de los esfuerzos del legislador no siempre apreciados por los operadores jurídicos. A nadie se le escapa que en ocasiones el tenor literal de la norma constriñe de tal modo que impide resolver problemas que la realidad social demanda pero, otras veces, la solución legal existe y está al alcance de nuestra mano y simplemente dejamos que se nos escape. Incluso en el presente cuestiones ya superadas parecen resucitar al albur de determinadas decisiones judiciales que, guiadas por el reciente afán de búsqueda de la justicia del caso concreto más allá de criterios de razonamiento jurídico, desconocen el acervo jurisprudencial de todos estos años tantas veces criticado pero tantas otras aplaudido y asumido de forma unánime, llegando incluso algunos pronunciamientos a olvidar el carácter vinculante de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

Ilustrativo de lo afirmado es, por ejemplo, la doble dimensión del derecho al honor, puesta de relieve por la doctrina y a pesar de ello desconocida en la primera versión de la [LO 1/1982](#) , cuya omisión fue subsanada por la [DF 4ª](#) de la LO 1/1995, de 23 de noviembre(sic), que modificó el tenor literal del [art. 7.7](#) en virtud del cual no sólo tendrán consideración de intromisión ilegítima divulgación sino la mera la imputación² de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de la persona menoscabando su fama —dimensión externa u objetiva del derecho al honor ya

recogida— sino también, tras la referida subsanación, cuando atente contra su propia estimación —dimensión interna o subjetiva—. Este extremo ha sido puesto en la actualidad en entredicho por algunos pronunciamientos como por ejemplo la [STS 24 de julio de 2012](#)³ en lo que consideramos una fundamentación jurídica muy desafortunada, en efecto en su Fundamento Jurídico cuatro, párrafo 8º, se nos dice que «Los conceptos expuestos sufren una modulación cuando son aplicados al prestigio profesional de las personas. La jurisprudencia constitucional y la ordinaria admiten la procedencia de considerar incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas. Sin embargo, no siempre el ataque al prestigio profesional se traduce en una trasgresión del honor. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC, entre otras [40/1992, de 30 de marzo](#) , [282/2000, de 27 de noviembre](#) ; [49/2001 de 6 de febrero](#) , [9/2007 de 15 de enero](#)) no son necesariamente lo mismo, desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional. Esta distinción, pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, no permite confundir, sin embargo, lo que constituye simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad con un atentado o lesión a su honor y honorabilidad personal. Pero ello, añade el Tribunal Constitucional, no puede llevarnos a negar rotundamente que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona ([SSTC 76/1995, de 22 de mayo](#) , [223/1992 de 14 de diciembre](#)).» Pero se exige, para que el ataque al mismo integre además una trasgresión del derecho fundamental, que revista un cierto grado de intensidad. No basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que es menester la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; cosa que dependerá de las circunstancias del caso (STC ya citada 9/2007) (...)En el caso enjuiciado esa Sala comparte la opinión implícita en la sentencia de apelación en el sentido de que la expresión «mentiroso», aun cuando desde el punto de vista estrictamente semántico, según la definición del DRAE, comporta costumbre o habitualidad en la mentira, en el uso pragmático del lenguaje es una expresión utilizada para denunciar a quien incurre en una mentira que se considera de especial gravedad. Por consiguiente, no podemos considerar que la expresión en sí misma sea injuriosa o insultante para referirse a quien había faltado a la verdad de modo grave. «Esta Sala no puede compartir esta opinión. La condición de juez, además de los deberes estrictamente profesionales, impone deberes de carácter ético no susceptibles todos ellos de ser reconducidos a la competencia profesional. El estatuto judicial, tanto en la [LOPJ](#) , que lo regula básicamente, como en reiteradas disposiciones y acuerdos que lo desarrollan y aplican, contiene constantes referencias normativas a conceptos éticos relacionados con la conducta y la actitud del juez, cuya consideración, además de ser la

expresión de una obviedad, haría excesivamente larga esta sentencia. Faltar a la verdad en un aspecto de relevancia pública que tiene relación con el ejercicio de la función judicial, como es el de las actividades relacionadas con organizaciones ilegalizadas por actos terroristas, no es indiferente desde el punto de vista de la condición de juez de quien incurre en dicha falta, salvo que lo haga en el terreno estrictamente privado ajeno a su condición de juez. No lo es, desde luego, cuando lo hace en el ejercicio de actividades en las cuales, aun siendo privadas, no oculta su condición de juez, y permite que sea tenida en cuenta para valorar sus opiniones por parte de quienes, guiados por el respeto que merece la función judicial, las escuchan como manifestación de quien está investido de una especial *auctoritas* (autoridad moral).» En suma, es lícito, en el marco de la libertad de expresión, relacionar una conducta que puede ser expresiva de una falta de probidad con la condición de juez de quien incurre en ella sin ocultar su carácter, pues, como ha quedado indicado en anteriores razonamientos, la crítica al prestigio profesional, cuando es justificada y tiene carácter veraz, no puede considerarse como atentatoria al honor de la persona.

2 En efecto la reforma del año 1995 del [art. 7.7](#) de la LO 1/1982, además de añadir la dimensión interna o subjetiva del derecho al honor ilegítima la mera imputación, antes se refería sólo a la divulgación. Una alusión al mencionado cambio la encontramos en el fundamento jurídico 4 de la [STS de 7 de marzo de 2006](#).

3

El motivo principal de crítica estriba en la consideración que hace el Tribunal Supremo de que no siempre el ataque al prestigio profesional se traduce en ataque al derecho al honor, pues aun cuando tal afirmación es evidente lo mismo cabe decir con relación al derecho al honor en el sentido de que no cualquier ataque al derecho al honor se puede considerar intromisión ilegítima sino aquélla que tenga la entidad suficiente para hacer desmerecer a la persona en la consideración ajena sin perjuicio de que pueda no sentar mejor o peor a la persona a la que va dirigida.

Más recientemente la [STS de 5 de febrero de 2013](#)⁴ nos dice textualmente que el [art. 18.1](#) CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el [artículo 10](#) CE. El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos ([STC 13/2003, de 28 de enero](#), FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella ([STC 216/2006, de 3 de julio](#), FJ 7) las cuales pueden estar referidas tanto al ámbito profesional como a cualquier otro.

4

La jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional. Reiterada doctrina de esta Sala ([SSTS 15 de diciembre de 1997](#), C n.º 1/1994; [27 de enero de 1998](#), [22 de enero de 1999](#), [15 de febrero de 2000](#), [26 de junio de 2000](#), [13 de junio de 2003](#), [11 de febrero de 2009](#),

[3 de marzo de 2010](#) y [29 de noviembre de 2010](#)) admite que el prestigio profesional forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, pero exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una trasgresión del derecho fundamental. En este sentido, como ha recordado la [STC 9/2007, de 15 de enero](#) , FJ 3, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga.

Obviamente, no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. La protección del [art. 18 CE](#) solo alcanza a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido ([STC 180/1999](#) , FJ 5).

En definitiva no se necesita excluir el prestigio profesional del derecho al honor sino atender exclusivamente a la entidad de la conducta para valorar si hay o no intromisión ilegítima.

Por otra parte, tal y como avanzamos, también existen cuestiones que siguen sin una respuesta específica o al menos satisfactoria como son el uso de Internet y de determinadas redes sociales para el tráfico, casi siempre incontestado, de imágenes y vídeos que son «subidos» a la red y que constituyen, las más de las veces, un flagrante ataque a la intimidad del protagonista, lo cual resulta especialmente preocupante en la medida en que está generalizándose sobre todo entre los más pequeños, preadolescentes y aquellos que, rozando la mayoría de edad, tienen una responsabilidad poco clara pero un uso decidido y reiterado de dispositivos móviles, lo que al final nos sitúa ante unas prácticas asumidas como normales por algunos o padecidas con resignación por la mayoría, salvo en supuestos muy graves, algo en cierto modo sintomático del desconocimiento social del margen legal de maniobra frente a las mismas.

En otras ocasiones el legislador sí proporciona respuestas que, sin embargo, algunos no parecen por la labor de ver y siguen amparándose en una desafortunada redacción. Así ocurre con el [art. 7.5](#) de la LO 1/1982 en virtud del cual tiene la consideración de intromisión ilegítima 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», el cual ha sido interpretado de una forma que, a nuestro juicio claramente, contraviene lo que reclama la naturaleza de estos derechos que es, cuando sean varias las interpretaciones posibles de un precepto, decantarse por aquélla que sea la más favorable para su vigencia. Algo ignorado por muchos y que ha llevado a negar la existencia de vulneración del derecho a la intimidad de una persona cuando su imagen es captada (reproducida o publicada) en lugares públicos en momentos de su vida privada o a desconocer que se lesiona el derecho a la propia imagen de una persona cuando se capta (reproduce o publica) su imagen en un lugar público en un momento no privado. En el primer caso, se estaría vaciando de contenido el derecho a la intimidad de aquellas personas que gozan de cierta notoriedad pública que se verían avocadas a no traspasar los muros de su casa salvo por motivos profesionales. En el segundo caso, se mutila parte del contenido del derecho a la propia imagen pues éste se considera un derecho autónomo e independiente de la intimidad lo que faculta a la persona para impedir su captación, reproducción o publicación por cualquier medio o lo que es lo mismo confiere a la persona un auténtico poder de control de su aspecto físico, elemento fundamental de su identidad personal, cuestión sobre la que incidiremos más adelante.

En tal sentido, consideramos que uno de los cánones hermenéuticos más sencillos y desde luego siempre punto de partida de la aplicación de cualquier norma es su propio tenor y la literalidad en este caso claramente utiliza la disyuntiva «o» en dos ocasiones —(«lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos»)— en vez de la copulativa «y», lo que a nuestro juicio permite concluir que la conducta que en ella se describe debe alcanzar: 1) a los lugares privados y momentos privados, 2) a los lugares no privados y momentos privados, 3) a los lugares no privados y momentos no privados, e incluso 4) a los lugares privados y momentos no privados. En las hipótesis 1), 2) y 4) se estaría protegiendo el derecho a la intimidad y en la 3) el derecho a la propia imagen⁵.

⁵ Vid infra IV.- El derecho a la propia imagen: justificación del carácter ilícito del llamado uso inocuo de la imagen

Sin embargo el criterio apuntado resulta, como trataremos de evidenciar a lo largo de nuestro trabajo, no sólo moderado bajo lo que se denomina «uso inocuo» sino devorado por el canon de la realidad social, la cual se alimenta en determinados foros más allá del cotilleo de auténticas miserias humanas, como el sacar rentabilidad de la comisión de un delito, algo a lo que en cierto modo ha tratado de poner freno la última reforma operada por la de la [LO 5/2010, de 22 de junio](#). Precisamente al análisis del alcance dicha modificación dedicamos las siguientes páginas.

II. La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010

1. El nuevo apartado del artículo 7

Una de las finalidades pretendidas por el legislador con la ambiciosa reforma⁶ operada por la [LO 5/2010, de 22 de junio](#), de modificación del [Código Penal](#), es la de poner freno a una práctica habitual que empezaba a consolidarse en los últimos años consistente en invitar a programas de televisión con elevados índices de audiencia a delincuentes confiriéndoles con ello una notoriedad muy distinta a la derivada de abrir los telediarios el día en el que se cometen o esclarecen los hechos delictivos o se dicta sentencia.

⁶ La calificamos de ambiciosa pues su contenido no se limita en absoluto al ámbito de la [LO 1/1982](#), sino que se trata de un modificación de otras normas pero fundamentalmente del [Código Penal](#) de gran trascendencia por cuanto se modifican numerosos artículos del mismo.

Tal y como recoge la propia Exposición de Motivos «en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada (...) Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de la invasión pública de su honor e intimidad (...)».

Lo anterior justifica la incorporación de un nuevo apartado, el 8, al [art. 7](#) de la LO 1/1982 en virtud del cual tendrá la consideración de intromisión ilegítima «la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas». Aun cuando la Exposición de Motivos hace referencia a atentados contra el honor y la intimidad al concretarse en el texto articulado como puede verse no se mencionan sino que se alude a la dignidad de la que, por otra parte y tal y como es comúnmente admitido, dimanar aquéllos y los demás derechos de la personalidad. A nuestro juicio el empleo del término «dignidad» razón última de la protección del honor, intimidad y propia imagen como cualesquiera otros derechos de la personalidad, adolece de un grado abstracción que quizá podría encontrar cabida en la LOPHIPI sin necesidad de una previsión expresa puesto que en el ámbito de la protección civil y en concreto de la responsabilidad civil que genera la vulneración de estos derechos no se precisa la tipificación de la conducta para poder ser considerada ilegítima, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho penal cuyo carácter necesario y de mínimos excluye aquellas conductas reprobables que por no alcanzar un grado de gravedad suficiente para ser consideradas falta y mucho menos delito no cuentan con una tipificación expresa. En este sentido es prácticamente unánime la opinión de los autores que considera que la enumeración contenida en el [art. 7](#) LOPHIPI a pesar de su exhaustividad es una enumeración abierta en la que se «recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro» tal y como reza la [Exposición de Motivos](#) y confirma el [art. 1.1](#) al establecer que tales derechos

serán protegidos «civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas».

No obstante lo anterior está fuera de toda duda que al legislador le ha parecido oportuna su previsión, pero no sólo eso pues la modificación va más allá de su mera inclusión en la enumeración del [art. 7](#) como conducta constitutiva de intromisión ilegítima al cambiar también la redacción del [art. 9](#) de la LO 1/1982 alcanzando con ello al contenido de la protección judicial de los demás derechos.

En principio no puede sorprender, que cualquier atentado contra la dignidad de la persona merezca protección, tanto más si el ataque proviene de quien con anterioridad ya ha lesionado a la misma con una conducta lo suficientemente grave como para ser considerada delictiva y condenado por sentencia judicial firme.

Ahora bien, la redacción de este nuevo apartado del [art. 7](#) suscita algunos interrogantes a la hora de ponerlo en práctica. Cabe preguntarse si pueden entenderse comprendidas en el mismo las conductas tipificadas como faltas, es decir si engloba cualquier tipo delictivo o solo afecta a determinados bienes. En el texto se nos habla de «delito» por su autor lo cual, a nuestro juicio, no debería excluir a las conductas menos graves pero sí lo suficientemente importantes como para constituir faltas por lo que entendemos que el término delito es utilizado en sentido amplio abarcando cualquier comportamiento tipificado en el [Código Penal](#) pues tal interpretación responde a una mayor eficacia de los derechos vulnerados.

Hay que plantearse también, por lo que respecta al término delito sin más especificaciones, si sería posible circunscribirlo sólo a aquellos que afecten a bienes de la misma naturaleza que los protegidos en la [LOPHIPI](#), esto es, bienes inmateriales o cabe extrapolarlo a todo tipo de bienes. De nuevo la interpretación más favorable para la vigencia de los derechos nos lleva a sostener que no debería excluirse de partida ningún delito. En definitiva no existirían motivos para contrariar la máxima de donde la ley no distingue no debemos distinguir, por consiguiente se consideraría intromisión ilegítima la utilización de cualquier tipo delictivo.

Asimismo creemos que debe cuestionarse qué ocurriría si la persona finalmente resulte absuelta por un defecto de forma, o cuando haya prescrito el delito, o todavía no haya recaído sentencia o ésta no fuese firme. Entendemos que en tales casos la presunción de inocencia más que nunca y el propio tenor literal del [art. 7.8](#) impediría alcanzar los supuestos planteados. Ahora bien, aun cuando el tenor literal y el principio de presunción de inocencia proscriben la posibilidad de que el art. 7.8 se aplique cuando la sentencia no es firme y mucho menos si es absolutoria consideramos que ello no impediría, en determinados casos, que la conducta del presunto delincuente absuelto o no confirmado constituya una intromisión ilegítima al amparo de los otros apartados del art. 7 especialmente del 7º por vulneración del honor de la persona, fundamentalmente en lo que atañe a su dimensión interna o propia estimación, puesto que rara vez el *status* de víctima de un delito puede hacer desmerecer a ésta en la consideración ajena lo que descartaría la vulneración de la dimensión externa de ese derecho. Y también los apartados 3 y 4 del art. 7 por lesión de la intimidad si el delincuente revela datos pertenecientes a la esfera

reservada de la persona e incluso no hay que descartar que pudiera resultar perjudicado el derecho a la propia imagen de la persona (apartados 5 y 6).

Por lo demás, lo que no parece suscitar dudas es que la previsión del párrafo 8 del [art. 7](#) exige que la conducta conlleve el menoscabo de la dignidad, ya sea a través de la utilización del delito con fines económicos o de notoriedad como a través de la divulgación de datos falsos. Esta última modalidad nos lleva a preguntarnos si puede abarcar a alguien más que al «condenado». Puesto que no se nos escapa que aunque la hipótesis más común ciertamente será la del propio autor (y por ende condenado) creemos que no deben descartarse a otros sujetos, como por ejemplo familiares o amigos, que podrían erigirse en portavoces y proporcionar, con o sin intención, datos falsos acerca del hecho delictivo. Otra vez la interpretación amplia del sujeto activo de la intromisión ilegítima vendría justificada teleológicamente por la búsqueda de lograr una mejor protección a la persona por el menoscabo que le pueda ocasionar el delito después de cometido, así como por una interpretación auténtica del art. 7 de la que resulta el carácter abierto de la enumeración que en el mismo se contiene tal y como establece la [Exposición de Motivos](#) de la LO 1/1982⁷.

⁷ En tal sentido la [Exposición de Motivos](#) de la LO 1/1982 señala que en el [artículo 7](#) se recogen «en términos de razonable amplitud» diversos supuestos de intromisiones o injerencias que pueden darse en la vida real.

2. El nuevo artículo 4.4

La introducción de un nuevo apartado al tantas veces mencionado [art. 7](#) para proteger la dignidad de las víctimas frente a la rentabilización del delito por parte de su autor ha conllevado, entre otras consecuencias, la modificación del [art. 4](#) LOPHIPI en el que se regula la legitimación para el ejercicio de acciones de protección civil de estos derechos. Los tres primeros apartados mantienen su tenor literal: «1.-El ejercicio de acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2.- No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada estarán legitimados para recabar protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. 3.- A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento». El cambio ha consistido en añadir un nuevo apartado, el 4º en el que se establece que «en los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de

fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores».

En principio la sencillez de la reforma en este punto parecía no plantear mayores problemas. Por ofendido o perjudicado consideramos que habrá de entenderse que es la víctima del delito y concuerda con la regla general de ejercicio de las acciones por parte del titular del derecho lesionado lo que no impediría, aun cuando no se diga de forma expresa, que en el caso de menores o incapacitados la acción fuese ejercida por sus representantes legales ([art. 3](#) LOPHIPI)⁸.

⁸ El [art. 3](#) establece que «El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (...)». Aunque es evidente que no regula la legitimación para el ejercicio de acciones de los menores e incapaces sino la legitimación para consentir la intromisión creemos que su contenido es extrapolable al ejercicio de acciones siempre y cuando lo permita la legislación procesal.

Sin embargo desde una perspectiva técnica la redacción, aunque salvable, no es muy afortunada mientras que el [art. 7.8](#) se refiere a *víctimas* el [art. 4.4](#) también alude los *derechos de las víctimas* en clara alusión al [art. 7.8](#) pero a la hora de determinar a los sujetos legitimados, alude a *ofendido o perjudicado por el delito cometido*. El empleo de sinónimos es peligroso pues, si bien en sentido coloquial pueden intercambiarse los términos sin variar con ello el significado de la oración, en el ámbito jurídico el lenguaje no suele permitir tales licencias y este caso no es una excepción pues no necesariamente coinciden *víctima* de delito con *ofendido* y *perjudicado*, por cuanto este último término puede ser más amplio y abarcar a unos sujetos diferentes. A título meramente ilustrativo baste recordar que en los supuestos de muertes violentas o negligentes la indemnización por causa de muerte precisa de la distinción entre víctima y perjudicado. Pero es que además, en nuestro contexto, el problema no se detiene en el ámbito de la legitimación activa sino que alcanza a los destinatarios de la indemnización por cuanto el último inciso del [art. 9.4](#) prevé que «la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella». La previsión anterior conlleva también una indeterminación indeseable en el ámbito de los beneficiarios o destinatarios. En el supuesto de que éstos hayan ejercitado la acción no habrá problema *ab initio*, si bien se planteará después a la hora de repartir el montante de la indemnización ya que nada se ha previsto al respecto a diferencia de lo que ocurre con los beneficiarios en casos de intromisiones *postmortem* pues se establece que «corresponderá a las personas a que se refiere el apartado 2 y, en su defecto, sus causahabientes, en la medida en que la sentencia estime que han sido afectados». Por lo demás, cuando se trate de intromisiones *antemortem* no se plantea cuestión por cuanto la indemnización formará parte del caudal hereditario.

Una posibilidad podría ser el pensar que los requisitos de identificación y ausencia de renuncia expresa son suficientes pero cómo considerar perjudicado a quien no ejercita la acción pero tampoco ha renunciado expresamente.

Por otra parte de la redacción del artículo en cuestión también se podría concluir que se produce una ampliación de la legitimación activa a los eventuales perjudicados por el delito de que se trate. Sin embargo, no creemos que pueda ser esa la conclusión cuando con tal previsión de lo que se trata es de proteger la dignidad de la víctima. En tal sentido hubiera sido deseable una redacción distinta del [art. 4.4](#), por un lado menos confusa porque en realidad si pretendía aclarar que a los efectos del ejercicio de acciones de protección civil no era preciso que la víctima hubiese incoado el procedimiento penal y, por otro lado menos genérica pues conferir al Ministerio Fiscal legitimación *en todo caso* consideramos que puede resultar excesiva.

Pero no acaban ahí las cuestiones que plantea el [art. 4.4](#) pues también puede suscitar dudas su alcance, en el sentido de determinar a qué tipo de delitos se refiere. A nuestro entender abarca tanto los delitos perseguibles a instancia de parte como de oficio pues basta para que la conducta sea considerada como intromisión ilegítima la *utilización del delito por persona condenada por sentencia penal firme* lo que únicamente supone la tramitación de un proceso y su terminación por sentencia y que ésta haya adquirido firmeza.

Aunque quizá a nuestro juicio lo que resulta más llamativo deriva de la remisión que se hace a lo previsto en los apartados 1 a 3 del [art. 4](#) para los supuestos de fallecimiento del titular del derecho al reenviarse al régimen general, cuando en vida se aparta del mismo, al conferir legitimación al Ministerio Fiscal en todo caso⁹. De lo que resulta que cuando el bien protegido es la dignidad de la víctima se aleja del régimen de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen para asemejarse a la protección civil de los demás bienes de la personalidad. Dicho en otras palabras, fuera de los derechos protegidos en el [art. 18](#) CE la legitimación del Ministerio Fiscal es doble: por un lado, por sustitución de menores e incapaces y, por otro lado, originaria en virtud del [art. 249.1.2º](#) LEC y de los [arts. 24.1](#) y [162.1.b](#) CE que además no exige la titularidad del derecho fundamental vulnerado basta con un «interés legítimo»¹⁰ Pudiendo llegarse con ello a estar la persona más protegida en vida de lo que hubiese querido pues podría darse el caso de que no ejerciendo las acciones de protección por falta de interés, desidia o simplemente por ser esa su voluntad sin embargo lo hiciese el Ministerio Fiscal al amparo de la legitimación que se le confiere con la expresión «en todo caso» que le permite actuar sin tener en cuenta o incluso en contra de la voluntad de la «víctima», cuando a su muerte sólo resulta legitimado en defecto de designados o parientes. Con lo cual frente a un mismo hecho el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad, no siempre podría actuar puesto que debido a la disponibilidad del objeto del proceso carece de legitimación originaria estando facultado exclusivamente al ejercicio de la acción por sustitución procesal en interés de los incapaces o de las personas fallecidas en ausencia de familiares legitimados (art. 4.3)¹¹.

⁹ Cuando resulte que son varias las personas el [art. 5](#) LO 1/1982 prevé: «1.-Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido. 2.- La misma regla se aplicará, salvo disposiciones en

contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento».

10 Gómez Colomer, J. L., en la obra colectiva *Derecho jurisdiccional. Proceso Civil*, Ed.Tirantlo Blanch, Valencia, 2014, pg.739

11 Algún procesalista ha criticado la previsión del [art. 4.3](#) LOPHIPI por considerar que «absurdamente le faculta, no sólo a actuar de oficio, sino también "a instancia de persona interesada", lo cual es imposible que exista, habida cuenta de que el supuesto contemplado en la norma es el del fallecido que, ni ha designado un sucesor procesal, ni tiene parientes» (cfr.Gimeno Sendra, V. *Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales*, Ed.Colex, Madrid, 2014, pg.404).A nuestro juicio, sin embargo, tal afirmación no es cierta porque puede tener parientes pero que no estén legitimados ya sea por no vivir al tiempo del fallecimiento (pensemos en un hijo póstumo) ya sea por no pertenecer a la línea recta (no ser ascendientes, descendientes ni hermanos) y ser tíos, primos del fallecido coetáneos.

En efecto la [LO 1/1982](#) ha supuesto una modificación a su vez del régimen general de protección de los derechos fundamentales confiriendo legitimación activa de carácter directa que se atribuye al titular de los derechos previstos en el [art. 18](#) CE y otra subsidiaria que atribuye en supuesto de intromisiones *postmortem* a la persona designada testamentariamente por el titular del derecho pudiendo recaer la designación en varias personas y no existiendo designación o habiendo fallecido el designado lo estarán el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos que viviesen al tiempo del fallecimiento y por último a falta de todos ellos el ejercicio de las acciones corresponderá al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que siempre sea parte en este tipo de procesos pues una cosa es ser parte y otra haber ejercitado la acción.

Por lo demás la indemnización corresponderá a los que hayan ejercitado la acción, pero en el supuesto de ejercicio por parte del Ministerio Fiscal corresponderá a los perjudicados debidamente identificados y que no hayan renunciado lo cual, al margen de otras consideraciones, admite la hipótesis de ejercicio de acciones en caso de renuncia¹². Es cierto que se emplea el término en plural «ofendidos o perjudicados» lo que puede suponer que sólo algunos o uno haya renunciado pero, ¿qué sentido tiene el ejercicio de la acción cuando el delito ya ha sido sancionado y los «eventuales daños colaterales» dimanantes de la intromisión ilegítima descrita en el [art. 7.8](#) no merecen reacción por parte del ofendido o perjudicado? Es más, en este sentido puede ser oportuno traer a colación el razonamiento vertido por el legislador en la Exposición de Motivos al justificar la legitimación activa para el ejercicio de acciones en defensa de la memoria del fallecido por intromisiones *ante mortem*. En concreto se nos dice que «en el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, sólo subsistirán éstas si no hubieran podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si pudo ejercitarlas y no se hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal». Lo anterior llevado a nuestro terreno nos hace cuestionarnos hasta qué punto es oportuno conceder legitimación *en todo caso* al Ministerio Fiscal cuando la víctima no actúa, se le está dando una solución igual que si se tratase de menores o incapaces lo cual no encuentra a nuestro juicio explicación razonable.

¹² Lo cual a su vez tendrá sentido cuando resulten ser varios pues de lo contrario si sólo es uno y renuncia no tendrá mucho sentido el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Fiscal.

Por lo demás los beneficiarios de la indemnización siguen planteando problemas a pesar de la reforma operada las hipótesis contempladas en los [arts. 4 y 6](#) de la LO 1/1982. En este sentido el tenor del art. 9.4 ha cambiado por la necesidad de concordar dicho contenido con la previsión del nuevo párrafo del [art. 7](#) si bien la modificación se limita a reajustar la remisión al artículo 4¹³ y añadir un nuevo apartado al párrafo 4 en el que se dispone que: «En el caso del apartado cuatro del artículo cuatro, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella». La cuestión que se nos plantea es determinar qué es lo que ha pretendido el legislador con este precepto. Por un lado, podría entenderse que se trata, simplemente, de una norma que establece las pautas de reparto, pero entonces no tiene sentido que excluya a las personas del apartado 1 del art. 4. Por otro lado, podría pensarse que pretende la exclusión de la indemnización de los daños patrimoniales indirectos, pero tal interpretación resulta excesivamente forzada atendiendo a su tenor literal. Finalmente, podría considerarse que de lo único de lo que se trata es de recortar la indemnización por daños morales en el supuesto de las intromisiones *postmortem*. Pues bien, a nuestro juicio, esta última posibilidad es la que mejor se acomoda al resultado de una interpretación sistemática de la ley en esta materia.

¹³ En concreto establecía que «el importe de la indemnización por daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto corresponderá a las personas a las que se refiere el apartado dos y, en su caso defecto a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado»

En todo caso se mantiene la necesidad de distinguir en este contexto: entre los supuestos del [art. 4](#) , por un lado y, los contemplados en el [art. 6](#) . Consiguientemente, cuando la lesión a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen se produce con posterioridad a la muerte de su titular, los beneficiarios a raíz del ejercicio de la acción serán, en virtud del art. 4: el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos (art. 4.2º), y en su defecto sus causahabientes. Mientras que cuando la intromisión ilegítima se produzca en vida del titular, no habiendo éste podido ejercitar la acción (art. 6), la indemnización se entenderá comprendida en su herencia, consiguientemente los beneficiarios serán: los herederos, establecidos en el testamento, y en caso de sucesión intestada serán en primer lugar los hijos y descendientes, en defecto de éstos sus ascendientes, y a falta de ellos el cónyuge y los parientes colaterales y en último lugar, en defecto de todos ellos, el Estado.

3. El nuevo artículo 9

El precepto que ha sufrido una mayor modificación como consecuencia de la [LO](#)

[5/2010](#) es el [art. 9](#) LOPHIPI. Aún cuando se ha mantenido íntegra la redacción del primero y del quinto apartado y parcialmente la del tercero el resto ha variado ostensiblemente. En definitiva podemos afirmar que el cambio ha alcanzado un calado más intenso incluso de lo que, a nuestro juicio, pretendía el legislador.

Tal y como afirmamos el párrafo 1º conserva su tenor literal original y establece que «la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el [art. 53.2](#) de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Tal previsión se completaba y sigue así en la actualidad con lo dispuesto en la [Disposición Transitoria 2ª](#)

de la propia Ley que dispone que «En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta ley sobre legitimación de las partes, por cualquiera de los procedimientos establecidos en las Secciones II y III de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Agotado el procedimiento seguido, quedará expedito el recurso de amparo constitucional en los supuestos a que se refiere el capítulo I, del título III de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, el Tribunal Constitucional.»¹⁴. Es algo censurable y por tanto merece una valoración negativa que en las sucesivas reformas e incluso en la última del año 2010 no se hayan tenido en cuenta los cambios introducidos por la LEC, en el sentido de que todavía siga sin preverse el del [art. 53.2](#) CE y eso a pesar de todo el tiempo transcurrido y de que la garantía civil de estos derechos recogida en la [Sección 3ª](#) de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, ha sido derogada por la [Disposición Derogatoria Única 2.3º](#) LEC lo que conlleva que la tutela civil de estos derechos se recabe por el procedimiento ordinario ([art. 249.1.2](#) LEC) con lo que, tal y como se ha puesto de relieve la doctrina procesalista, esta norma ha quedado prácticamente vacía de contenido siendo en la actualidad la única vía procesal existente el juicio ordinario.

¹⁴ Resultaba, por lo tanto, evidente que la persona perjudicada por una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de la [LO 1/1982](#) tenía acceso no sólo a la vía contencioso-administrativa, penal y civil, sino también al Tribunal Constitucional, dado su condición expresa de derechos fundamentales. En concreto, la defensa de estos derechos se articulaba por las vías procesales ordinarias y por las previstas en el [art. 53.2](#) CE y, consiguientemente los procedimientos serán: el de los incidentes [arts. 741](#) y ss. de la anterior LEC en concordancia con los [arts. 11](#) a [14](#) de la Ley 62/1978 (el RD legislativo 342/1979, de 20 de enero, amplió la aplicación de la mencionada Ley a los derechos al honor, a la intimidad personas y a la propia imagen), y el declarativo que correspondiese, —con las modificaciones de la LO 1/1982—, que vendría determinado por la cuantía de la indemnización reclamada, si bien en el caso de que se pidiese la publicación de la sentencia (anterior [art. 9.2](#) LO 1/1982) podría éste entenderse de cuantía indeterminada [art. 483.3](#) LEC o inestimable por lo que el menor cuantía se erigía en el procedimiento específico para este tipo de reclamaciones.

Por lo demás siguiendo con el contenido inalterado del [art. 9](#) nos encontramos con el párrafo 5º, relativo al plazo de ejercicio de las acciones de protección, que

establece como en su redacción original que «las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurrido cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas». El plazo de caducidad se aparta de la prescripción que tradicionalmente presidía esta materia consecuencia de la aplicación de los [arts. 1902](#) y [1968](#) CC, algo que no ha sido modificado por la Ley del 2010. La introducción de la caducidad supuso en su momento una importante novedad que lejos de ser casual fue, a nuestro juicio, buscada de propósito por el legislador tal y como se desprende de los debates parlamentarios. Así, desde el punto de vista de técnica jurídica, el cambio efectuado se desplegaba en dos direcciones, una derivada del aumento del plazo, pues se pasa de un año a cuatro años y, otra de la utilización de una figura distinta: la caducidad. Por lo que se refiere al primer aspecto la consecuencia es, en principio, el aumento del plazo que pasaría de 1 a 4 años. Ahora bien, como quiera que la caducidad no admite interrupción y la prescripción sí, el plazo de un año (ex [art. 1968](#) CC) aplicable hasta la entrada en vigor de la [LO 1/1982](#) podía extenderse más allá de los cuatro años contemplados en esta última como consecuencia la mencionada posibilidad de interrupción. Por lo que se refiere al segundo, —la caducidad—, la transformación operada resulta, sin duda, cuando menos llamativa, toda vez que, como se acaba de exponer, rompe con lo que venía siendo habitual en materia de daños: la prescripción. En este sentido, no es extraño que existan algunos autores que se resistan a admitir su oportunidad, mientras que la mayoría, al igual que la jurisprudencia¹⁵, lo admiten sumisamente. Finalmente, por lo que al cómputo del plazo se refiere no hay variación resta señalar que éste seguirá rigiéndose por las normas de los [arts. 1960](#) y [5](#) del CC. Así las cosas el día de comienzo del plazo se tiene por entero y el último día deber cumplirse en su totalidad. Asimismo no se excluyen los días inhábiles.

¹⁵ En este concreto punto —esto es, el plazo de caducidad de 4 años—, y a diferencia de lo que ha sido habitual en esta materia la jurisprudencia se ha mostrado indiferente en el sentido de que se ha limitado a aplicar el contenido del [art. 9.5](#) sin entrar a valorar su oportunidad, en este sentido vid. [SSTS de 3 de julio de 1987](#), FJ 6, de [28 de mayo de 1990](#), FJ 3, de [20 de abril de 1991](#), FJ 1, etc.

Por lo que respecta al párrafo 3º del [art. 9](#) la presunción del daño se mantiene en términos similares por cuanto «la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido», tan sólo se ha suprimido el criterio del *beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma* que, no obstante, no ha desaparecido sólo ha cambiado de ubicación, de tal modo que ha dejado de ser un elemento de cuantificación del montante indemnizatorio para pasar a formar parte de las posibles medidas que pueden adoptarse para la protección civil de estos derechos como se verá con detalle más adelante.

Mencionada y expuesta sucintamente la parte del [art. 9](#) que ha conservado su redacción consideramos oportuno adentrarnos ya en el análisis de las novedades. Para una adecuada comparación y valoración de las mismas consideramos no sólo

oportuno sino sobre todo inevitable tomar como punto de partida la redacción anterior de los párrafos 2º, 3º y 4º del art. 9. En este sentido antes de la reforma operada en el año 2010 se establecía respectivamente que: «2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. 3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma. 4. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo 4, corresponderá a las personas a las que se refiere el apartado 2 y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado».

Como consecuencia de la reforma operada por la [LO 5/2010, de 22 de junio](#), el tenor del párrafo 2º del [art. 9](#) es el siguiente: «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.»

Una primera lectura bien podría conducirnos a considerar que el actual [art. 9.2](#) es muy similar al anterior, sin embargo un análisis más detallado evidencia la introducción de cambios sustanciales sin que por ello se ponga en entredicho su carácter eminentemente tuitivo. En ambas redacciones se emplea el adverbio «todas» para referirse a *las medidas necesarias para poner fin a la intromisión de que se trate*, lo que permite la inclusión de medidas preventivas y cautelares.

Inicialmente se aludía a restablecer al perjudicado en el *pleno disfrute* de sus derechos y ahora se alude a la *reposición del estado anterior*. En nuestra opinión

quizá fuese más acertada la previsión originaria pues aún siendo sólo palabras la reposición del estado anterior es un anhelo más bien falaz porque al movernos en el terreno de bienes de carácter inmaterial la reposición al estado anterior es, a todas luces, una quimera por lo que hubiera sido más realista, y por ende más acertado, mantener el restablecimiento del pleno disfrute.

Otra diferencia que resulta de la comparación de ambas redacciones es que hay una serie de medidas que parecen limitadas al derecho al honor como son el derecho de réplica y la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria algo que además de romper con lo establecido anteriormente, pues se trataba de medidas previstas de forma indiscriminada para los tres derechos, carece, a nuestro juicio, de justificación alguna.

En concreto por lo que respecta al derecho de réplica se sigue haciendo alusión al «procedimiento legalmente previsto (...)» lo cual nos lleva a seguir preguntándonos cuál es. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico éste se regulaba junto con la rectificación en la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta [arts. 58 a 62](#) siendo la mayoría relativos precisamente a la réplica (arts. 58 a 61). Todos estos artículos han sido derogados por la [LO 2/1984](#) reguladora del Derecho de rectificación, en la cual, curiosamente, se omite cualquier alusión al derecho de réplica ya no sólo en su título sino también a lo largo de su articulado. Sin embargo lo anterior no ha sido un obstáculo para que se reconociese como medida de protección en la [LO 1/1982](#), dentro de la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, un derecho de réplica a favor del titular del derecho lesionado sin adscribirla a la vulneración de un derecho en concreto¹⁶ lo cual, en cierto modo, no impedía que el ámbito natural de su eficacia se circunscribiese básicamente al honor pues al replicar se está dando respuesta sobre todo a apreciaciones y juicios de valor mientras que cuando se trata de desacreditar hechos o datos objetivos inveraces o poco exactos operará la rectificación.

¹⁶ La redacción anterior del [art. 9.2](#) respecto a la tutela judicial establecía abarcaría «todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablece al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia (...)»

Por lo demás, aun cuando el legislador presupone la existencia de un procedimiento, recordemos que se refiere a «procedimiento legalmente previsto», a día de hoy su regulación no es una cuestión zanjada, sigue sin contar, al menos en este contexto, con una previsión expresa en el marco de la legislación interna, sin perjuicio de regulaciones sectoriales en ámbitos tan dispares como político¹⁷, los reglamentos de algunos entes públicos¹⁸ o la protección de consumidores y usuarios¹⁹. Por lo que aquí interesa sólo la [Ley 5/1982, de 20 de mayo](#) de creación de la Radiotelevisión Vasca como Ente Público recoge el derecho de réplica y lo dota de contenido ([arts. 26 a 34](#)), sin perjuicio de lo previsto en la [Directiva 2010/13/UE de 10 de marzo](#), relativa a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) cuyo [art. 28](#) regula el derecho de réplica en la radiodifusión televisiva en los siguientes términos: «1.- Sin perjuicio

de las demás disposiciones civiles, administrativas o penales adoptadas por los Estados miembros, cualquier persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad, cuyos legítimos derechos, en particular en relación con su honor y su reputación, hayan sido lesionados como consecuencia de una afirmación errónea realizada en un programa de televisión, deberá disponer de un derecho de réplica o de medidas equivalentes. Los Estados miembros velarán por que el ejercicio efectivo del derecho de réplica o de medidas equivalentes no se vea obstaculizado por la imposición de plazos o condiciones irrazonables. La réplica se emitirá en un plazo razonable después de que haya quedado justificada la solicitud, en condiciones tan semejantes como sea posible a las de la emisión a las que se refiera la solicitud. 2. El derecho de réplica o las medidas equivalentes se podrán ejercer frente a todos los organismos de radiodifusión televisiva que queden bajo la jurisdicción de un Estado miembro. 3. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para establecer este derecho o estas medidas y determinar el procedimiento para su ejercicio. En particular, velarán para que el plazo previsto para ejercer dicho derecho de réplica o dichas medidas equivalentes sea lo suficientemente amplio y para que las modalidades permitan que personas físicas o jurídicas que residan o estén establecidas en otros Estados miembros puedan ejercer dicho derecho o dichas medidas de forma adecuada. 4. Podrá desestimarse la solicitud del ejercicio del derecho de réplica o de las medidas equivalentes si no estuviere justificada con arreglo a las condiciones establecidas en el apartado 1, si constituyere un acto punible, si comprometiera la responsabilidad civil del organismo de radiodifusión televisiva o si fuere contraria a las buenas costumbres. 5. Se establecerán procedimientos mediante los cuales las controversias sobre el ejercicio del derecho de réplica o de medidas equivalentes puedan ser objeto de recurso jurisdiccional».

17 [Art. 192](#) del Reglamento de las Cortes de Aragón de 26 de junio de 1997; [art. 77](#) Reglamento del Parlamento de Canarias de 10 de abril de 2003; [art. 144.4](#) del Reglamento del Parlamento de Cantabria de 26 de marzo de 2007;

18 Vgr. [Art.32.m\)](#) de la Ley 17/2006, de 55 de junio, de Radio y Televisión Públicas; [art. 40](#) de la Ley 9/2011, de 9 de noviembre, de Medios de Comunicación Audiovisual de Galicia; [art. 43](#) de la Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de Radio y Televisión de Andalucía

19 Vgr. En Castilla y León, Castilla-La Mancha, Islas Baleares, La Rioja

Ahora bien aun cuando la versión española de la Directiva se refiere a la réplica, —en la francesa se alude al *droit de réponse* y en la inglesa a *right of reply*—, en realidad el contenido que se le confiere encuentra mejor encaje en la rectificación aún cuando la rectificación en ambos idiomas se alude con el término *rectification*.

La Ley de Prensa e Imprenta parcialmente derogada entre otras por la [LO 2/1984](#) reguladora del derecho de rectificación distinguía entre el derecho de réplica²⁰ ([arts. 58 a 61](#)) y el de rectificación²¹ ([art. 62](#)) distinción que radicaba exclusivamente en la cualidad del sujeto que lo ejercitase. En tal sentido la réplica se llevaba a cabo por personas privadas naturales o jurídicas respecto de informaciones que considerasen injustamente perjudiciales, mientras que la rectificación se limitaba a

la Administración o Autoridades en relación a actos propios de su competencia o función. Ambos derechos fueron objeto de desarrollo, el primero y más prolijo derecho de réplica por el [Decreto 746/1966, de 31 de marzo](#), por el que se regula el Derecho de Réplica y el segundo en menor grado por el [Decreto 745/1966, de 31 de marzo](#), por el que se regula el ejercicio del Derecho de Rectificación²².

20 En concreto el [art. 58](#) establecía que: «1. Toda persona natural o jurídica que se considere injustamente perjudicada por cualquier información escrita o gráfica que la mencione o aluda, inserta en una publicación periódica, podrá hacer uso del derecho de réplica en los plazos y en la forma que reglamentariamente se determinen. 2. Podrán también ejercitar este derecho los representantes legales del perjudicado, así como sus herederos si hubiere fallecido.»

21 Por su parte el [art. 62](#) establecía que: «Los Directores de las publicaciones periódicas están obligados a insertar gratuitamente en el número siguiente a su recepción, y en las condiciones del [artículo 60](#), cuantas notas o comunicados les remitan la Administración o Autoridades, a través de la Dirección General de Prensa o de las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Información y Turismo, rectificando o aclarando información publicada en aquella sobre actos propios de su competencia.»

22 Ambos publicados en el BOE de 4 de abril de 1966 (núm.80)

En la actualidad contamos exclusivamente con la [LO 2/1984, de 26 de marzo](#), reguladora del Derecho de Rectificación cuyo [art. 1](#) es prácticamente idéntico al derogado [art. 58](#) de la Ley de Prensa e Imprenta, al establecer que «toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. Podrán ejercitar el derecho de rectificación el perjudicado aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o representantes de éstos». Realmente se trata de lo que antes se conocía en nuestro ordenamiento jurídico como derecho de réplica.

En cualquier caso la cuestión que se nos plantea es qué quiere decir el legislador con la alusión reiterada al derecho de réplica en el [art. 9.2](#) LOPHIPI tanto en su redacción originaria como en la dada por la reforma operada por la Ley del 2010. Podría pensarse que se trata de un derecho distinto de la rectificación pero en realidad lo que antes se denominaba réplica es lo que hoy responde a la rectificación. Otra opción sería, teniendo en cuenta el tenor literal del actual art. 9.2, considerar que la réplica es una especie de rectificación pero limitada al ámbito del derecho al honor quedando la rectificación para los otros dos derechos intimidad y propia imagen, e incluso podríamos añadir también el honor cuando se tratase de la imputación de hechos, circunscribiendo todavía más la réplica al ámbito del honor cuando se trate de la manifestación de juicios de valor, pues éstos tendrían poca cabida en el ámbito de la [LO 2/1984](#). También cabría entender que el significado jurídico de réplica fuese sinónimo de rectificación lo cual no sería extraño si tenemos en cuenta que la Ley reguladora del Derecho de rectificación es posterior al año 1982 y, por lo tanto, la remisión y el empleo del término réplica por parte del legislador sería del todo correcto puesto que realmente lo que se pretende es la protección civil de estos derechos siendo destinatarios de la misma los particulares y no los poderes públicos ámbito natural, hasta entonces, de la rectificación tal y como hemos expuesto anteriormente.

El derecho comunitario²³, tampoco aporta mucha luz al contrario, contribuye a la confusión aludiendo a la réplica y dotándola de un régimen jurídico al que en realidad responde nuestra regulación de la rectificación ([LO 2/1984](#)).

²³ Véase la Directiva del año 2006

Por lo demás el contenido del derecho de réplica tal y como fue objeto de desarrollo en el [RD 746/1966](#) se aproxima bastante en lo sustantivo al contenido de la ley del 84 sin perjuicio de que en el ámbito procesal el cambio sea sustancial puesto que cuenta con la garantía de la actuación de un órgano jurisdiccional²⁴.

²⁴ Puesto que en los [arts. 4 a 8](#) y ss de la LO 2/1984 se prevé la posibilidad de ejercitar las acciones correspondientes en el caso de que no se hubiera procedido a la rectificación solicitada etc. algo que en el [RD 746/1966](#) sólo se contempla en ultimísima instancia ante la negativa del Ministro de Información y Turismo la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo (art. 21)

Ahora bien si pudiera considerarse sinónimo réplica de rectificación no resultaría aceptable que ésta quedase limitada al derecho al honor, siendo preferible en este sentido la redacción anterior del [art. 9.2](#) en este punto no distinguía entre los tres derechos.

Es lógico que la [LO 1/1982](#) aludiese al derecho de réplica puesto que era lo que procedería cuando se trataba de aclarar unas informaciones que perjudicasen particulares puesto que la rectificación por lo que hemos visto estaba constreñida al ámbito de la Administración y de las autoridades en el ejercicio de sus potestades, lo que sí es más reprochable es que se hubiese regulado al cobijo de la rectificación algo que en realidad constituía hasta entonces el contenido propio del derecho de réplica y de ahí precisamente el desajuste, lo cual podría haberse paliado en la reciente reforma del [art. 9.2](#) asumiendo el contenido de la [LO 2/1984](#) y sustituyendo la alusión al derecho de réplica por el derecho de rectificación.

Por lo demás, aunque muchas veces no es bueno mirar al pasado, máxime si éste nos lleva a un contexto en el que la libertad de prensa no existía más que en el papel, los supuestos de exclusión del derecho de réplica contenidos en el art. 3 del [RD 746/1966](#) resultarían sumamente oportunos en cuanto se establecía en concreto «a efectos del ejercicio del derecho de réplica, no podrán considerarse injustamente perjudicados los autores de obras literarias, artísticas, científicas u otras de naturaleza análoga, o las personas que actúen profesionalmente en espectáculos públicos y que sean mencionados o aludidos con ocasión del ejercicio de la crítica de dichas obras o actuaciones, siempre que esta crítica se publique en secciones especializadas, se concrete a la actividad pública desarrollada por los interesados y se mantenga dentro del respeto a las personas y a la versión no desfigurada de los hechos que con dichas actividades deben ser enjuiciadas».

Lo anterior resultaría muy oportuno en épocas como las actuales en las que bajo el sedicente derecho a la libertad de expresión y de creación se vulnera el honor, la intimidad e incluso la imagen de las personas cuya reacción con un ataque en forma de crítica puede llegar a considerar, sin embargo, que traspasa los límites de ésta

para considerarse atentado contra el honor, prestigio, intimidad siendo al final y paradójicamente ofensor el ofendido.

Siguiendo con las medidas de protección previstas señalar que junto con la réplica se contempla la *publicación total o parcial de la sentencia condenatoria* con una redacción, a nuestro juicio, muy poco acertada puesto que las sentencias siempre se publican y se publican íntegras. Diferente es que se difundan que era precisamente a lo que se refería el artículo en su redacción primitiva. Antes de la reforma la difusión de la sentencia era una más de las medidas de protección de estos derechos, es por ello que no alcanzamos a comprender la limitación actual al ámbito del derecho al honor, excluyendo la intimidad y la propia imagen, cuando la realidad evidencia que está adquiriendo carta de naturaleza en nuestro Derecho el no hacer distinción del derecho lesionado cuando son varios los que encuentran cobijo en una misma norma y tener una características esenciales comunes (vgr. [art. 138 LPI](#)²⁵). En cambio sí merece una valoración positiva la previsión expresa de la persona a quién corresponde asumir el coste de la difusión algo que en este contexto resulta de suma utilidad teniendo en cuenta que hay muchas intromisiones ilegítimas mediáticas.

²⁵ En concreto el [art. 138 LPI](#) dentro de las acciones y medidas que se pueden adoptar ante la vulneración de la propiedad intelectual establece «(...) También se podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor».

Otro de los cambios operados digno de mención es el previsto en el [art. 9.2.d\)](#) al establecer que la tutela judicial comprenderá en particular las medidas necesarias para la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima.

Evidentemente la alusión al lucro obtenido, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no es una novedad puesto que ya se contemplaba en la redacción originaria de la [LOPHIPI](#) (*beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma*) pero formaba parte de los criterios de valoración del daño, algo en su día muy criticado por la doctrina civilista por extraño a la responsabilidad civil y, por lo tanto, en cierto modo perturbador²⁶ si bien a nuestro juicio no lo sería tanto ya que, por una parte, no son figuras tan dispares ni distantes y, por otra parte, su ponderación estaba preordenada a desincentivar este tipo de comportamientos impidiendo al autor cualquier tipo de enriquecimiento como consecuencia de la lesión de los derechos garantizados por el [art. 18 CE](#)²⁷.

²⁶ Así por ejemplo uno de los primeros en manifestarse al respecto fue Rojo Ajuria afirmaba que introducir la noción de reparto de beneficios entre el demandante y el demandado además de ser un elemento perturbador de la responsabilidad civil puede ser un curioso incentivo a la litigiosidad (Rojo Ajuria, L., «La tutela civil del derecho a la intimidad. Comentarios a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» en *ADC*, 1986, Tomo I, p.146) así mismo Igartua Arregui consideraba que «se trata de una pauta ajena a nuestro sistema de responsabilidad civil» ya que la «acción de daños debe dirigirse a repararlos y no a recuperar el beneficio del infractor» y añade que «para ello existen otras vías como por ejemplo la acción de enriquecimiento injusto» (Igartua Arregui, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pg.92). También lo valora negativamente Pantaleón Prieto, F. «Comentario al art. 1902 CC» en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica,

Madrid, 1991, pgs.1972-1973

²⁷ Lo valora positivamente Estrada Alonso, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, Ed.Civitas, Madrid, 1990, p.193 en la medida en que considera que contribuye a impedir la rentabilidad de la dignidad ajena (p.193), en la misma línea Martín Casals sostiene que se trata de una pretensión de enriquecimiento injusto englobada en una acción de daños (Martín Casals, M. «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación e la L.O. 1/1982 de 5 de mayo», en *Centenario del Código Civil*, Ed.Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pgs.1272-1273)

En relación al diferente ámbito de las acciones de enriquecimiento injusto y de responsabilidad civil de forma muy breve se podría afirmar que en la primera el calificativo de injusto no supone necesariamente la comisión de acto ilícito por parte del sujeto enriquecido, tampoco es precisa la concurrencia de culpa y existe, en cuanto a su alcance cuantitativo, el límite de la nivelación del enriquecimiento que no puede superar el aumento patrimonial experimentado por el accipiens (lo que por lo tanto lo beneficiaría si ha sido un mal gestor de su infracción) pero también juega el límite del correlativo empobrecimiento del actor que sólo puede reclamar hasta la cuantía de su propio empobrecimiento aun cuando el demandado se hubiera enriquecido más. Por su parte la acción de responsabilidad o acción de daños precisa del elemento de la culpa, salvo en determinados ámbitos en los que la responsabilidad es objetiva²⁸, y el montante de la indemnización se mide por el daño causado con independencia de la ventaja obtenida por el responsable.

²⁸ Si bien a nuestro juicio sigue siendo una responsabilidad subjetiva basada en el principio de culpa en relación a las razones que pueden esgrimirse a favor de tal consideración vid. Rovira Sueiro, M^a E., *La responsabilidad civil por los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Ed.Cedecs, Barcelona, 1999, pgs.226 y ss

La redacción anterior del [art. 9](#) de la LO 1/1982 no contemplaba una acción de enriquecimiento injusto sino que a nuestro juicio iba más allá puesto que aludía al beneficio obtenido por el causante como consecuencia de la lesión con lo cual, si bien es cierto que rompe con uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil que atiende efectivamente al daño producido, también lo es que está resquebrajando el fundamento del enriquecimiento injusto al prescindir de los límites algo que a nuestro juicio vendría justificado en el contexto en el que se establece por el hecho de que es probable que no exista correlación entre lo que el *accipiens* ha ganado y lo perdido por el *tradens* que económicamente puede ser nada o que ha generado un beneficio que bajo ningún concepto querría el titular del derecho contrario a su explotación²⁹.

²⁹ Es evidente que no es de recibo en principio introducir categorías ajenas al ámbito en el que van a ser aplicadas sólo por una cuestión de búsqueda de justicia material o de equidad, pero la dificultad de reparar los bienes de naturaleza inmaterial y la fragilidad de los mismos ha llevado al legislador hoy y siempre a buscar un remedio universal e infalible para este tipo de lesiones lo cual ha pasado por reivindicar una función punitiva de la responsabilidad civil, los daños punitivos (indemnización coercitiva ley de marcas) o a introducir parámetros de valoración de daños intangibles que lejos están de la reparación del daño efectivamente causado o incluso recurriendo a fuentes lejanas a nuestra tradición jurídica se importan soluciones sin demasiada reflexión en el ámbito de las acciones indemnizatorias de daños a bienes inmateriales, patentes, marcas, la posibilidad de que sea el demandante el que decida qué criterios aplicar para cuantificar su daño. Algo que recuerda al método triple de cómputo del daño la dreifache schandensberechnung construcción jurisprudencial que comenzó en Alemania a finales del

siglo XIX (sentencia del Reichsgericht de 8 de agosto de 1895 relativa al párrafo 18.VI de la Ley de Derecho de Autor de 11 de julio de 1870) a raíz de un supuesto de intromisión ilegítima que no había tenido consecuencias dañosas sino todo lo contrario. De forma muy breve exponer que su *quid iuris* residiría en qué se entienda como hecho dañoso, lo que se traduce en brindar al demandante tres posibilidades para llevar a cabo el cómputo del daño: 1) medir el lucro cesante entre el estado actual de su patrimonio y el que tendría de no haberse producido la intromisión, 2) la cantidad que hubiera tenido que abonar el demandado como cesionario de la explotación usurpada, 3) la ganancia obtenida por el infractor. El más sencillo por la ausencia de necesidad de prueba es el 2) si bien también tiene como parte negativa que se traduce un montante indemnizatorio inferior. En el 1) probar la previsibilidad de la ganancia y la relación causa efecto entre la intromisión y la ausencia de ganancia y en el 3) aunque aparentemente es más fácil también hay que probar la existencia de esa ganancia y algo que suele ser complicado por cuanto a la conducta intromisiva está ligada muchas veces a la pericia, los medios del propio infractor. Lo que late en el fondo para justificar la restitución de la ganancia del infractor es una pretensión compensatoria por la utilización antijurídica por in consentida de un derecho protegido que se contextualiza en la acción indemnizatoria.

iuris

Pero teniendo en cuenta que las principales críticas esgrimidas en contra de la ponderación de este criterio se deben al escaso rigor que resulta de introducir un elemento perturbador de la responsabilidad civil podemos afirmar que en la actualidad se ha corregido al separarlo de la responsabilidad civil y por lo tanto de la indemnización y concebirlo como una de las medidas que puede solicitar el titular del derecho lesionado en el contexto de una protección civil lo más amplia posible lo que permite seguir cumpliendo una importantísima función disuasoria de determinadas intromisiones ilegítimas sobre todo aquellas realizadas con exclusivo ánimo de lucro. Si bien desde el punto de vista probatorio puede resultar más gravosa su situación actual, esto es, que se contemple aparte porque en el ámbito del enriquecimiento injusto deberá ser probado por quien lo alega mientras que como criterio a utilizar por el juez corresponderá a este su prueba.

Además todo parece indicar que procederá sólo en el supuesto en el que realmente haya habido no sólo un animo sino un efectivo lucro por parte del que lleva a cabo la intromisión ilegítima, algo que en principio deberá probar el que lo alega ([art. 217](#) LEC) lo cual no deja de sorprender cuando por otra parte se conserva la previsión relativa a la presunción de perjuicio [art. 9.3](#) .

Lo afirmado anteriormente plantea a nuestro juicio una serie de cuestiones no siempre justas para el titular del derecho efectivamente vulnerado, así se habla de beneficio obtenido por lo que se presupone que ha existido un beneficio pero qué ocurre cuando no se hubiera materializado el beneficio ¿se lesiona menos un derecho cuando el infractor no se ha beneficiado? Una persona celosa de sus bienes de la personalidad y una infractora que no ha sabido negociar con el resultado de su infracción siendo su ganancia inferior, muy por debajo de lo que podría haber obtenido, nos lleva a la absurda situación de desear que el infractor sea un buen negociante porque la falta de pericia del infractor y el exiguo beneficio no siempre está condicionado por una menor difusión o repercusión de la intromisión.

Ahora bien aunque muchas veces sea la indemnización y actualmente imaginamos que también lo acompañará la apropiación del lucro obtenido, las medidas más solicitadas la tutela judicial civil tanto antes de la reforma como ahora

va mucho más allá tal y como recoge la propia [LO 1/1982](#) de modo que se establecen a título meramente ilustrativo otra serie de medidas que en algunas ocasiones servirán por sí mismas para satisfacer la pretensión de la persona cuyo derecho resulte lesionado, pero en cualquier caso ha de ser ella misma la que en su demanda las individualice, toda vez que es consustancial a los procesos civiles el seguimiento de las reglas generales de petición de parte.

Así las acciones defensivas puestas a disposición del perjudicado pueden agruparse en acciones cautelares (inhibitorias y preventivas) y acciones meramente declarativas. Precisamente, como quiera que los daños morales producidos a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son la regla general y no la excepción, la protección de los mismos encuentra en la tutela inhibitoria un medio eficaz para la prevención de actos ilícitos pudiendo incluso, en ocasiones, desbancar a la tutela resarcitoria, la cual en este contexto puede resultar en muchas ocasiones insuficiente. El nada desdeñable protagonismo de la inhibitoria en este campo, se refuerza si tenemos presente la función preventiva que, con mayor pujanza cada día, se añade a la ya tradicional función reparatoria de la responsabilidad civil y, en este sentido, nos adherimos a las, cada vez más numerosas, voces que reivindican una mayor atención a la misma³⁰.

³⁰ En tal sentido, teniendo en cuenta que el mencionado deber de abstención, —de no interferencia de terceros en los valores de inherentes a la persona—, es por naturaleza infungible, un sector doctrinal considera adecuado acudir a la sanción pecuniaria compulsoria para prohibir, por ejemplo, el uso abusivo de la imagen ajena, para prohibir actos ilícitos que pongan en causa el honor, la intimidad, etc. En definitiva, consideran que la tutela inhibitoria puede ser incentivada por la sanción pecuniaria compulsoria como técnica de defensa de la persona humana, debido a la presión que la misma ejerce sobre el autor de la ofensa o de la amenaza oportuna es puesta de relieve por los autores en los ordenamientos en los que existe una norma.

En suma, si bien nuestro ordenamiento jurídico no permite llegar a tal extremo, entendemos que en el ámbito de los derechos de la personalidad no puede infravalorarse la tutela inhibitoria que ayuda a prevenir agresiones ilícitas emergentes del progreso técnico y tecnológico, especialmente de las nuevas y sofisticadas tecnologías informáticas y publicitarias en relación a las cuales la importancia y la naturaleza personal y extrapatrimonial de los valores en presencia hacen insuficiente la tutela meramente resarcitoria. Ahora bien en uno de los ámbitos en los que podría resultar más eficaz este tipo de tutela sería en las intromisiones a través de publicaciones en el sentido de que teniendo conocimiento el titular del derecho de una eventual vulneración de los derechos podría intentar evitar su publicación y por ende difusión algo que no siempre ha sido interpretado de la forma más adecuada dada la naturaleza de los derechos en conflicto y se ha tildado de censura previa figura ya enterrada en el pasado de España que a muchos les gusta resucitar con fines de lo más variados.

III. El consentimiento de incapaces y menores de edad

Uno de los problemas con los que con frecuencia se enfrentan abogados, jueces, notarios y operadores jurídicos en general es la prestación de consentimiento por

parte de personas que siendo mayores de edad y, por lo tanto, en principio plenamente capaces, sufren una minusvalía que les priva de capacidad natural de obrar pero, a las que al no haber sido incapacitadas, se les aplica el [art. 322 CC](#) y ello es así aun cuando tengan una discapacidad incluso reconocida administrativamente que encaja de lleno en las causas de incapacitación del [art. 200 CC](#).

Esta situación no es en absoluto aislada y ha dado lugar a numerosos pronunciamientos en los diferentes órdenes jurisdiccionales, no siendo una excepción el ámbito de la protección civil de los derechos de la personalidad. Por lo que respecta a este último contexto, que es el que aquí nos interesa, nos encontramos con alguna sentencia de lo más desafortunada y, lo que es peor, fruto de un razonamiento jurídico carente de la más mínima lógica y absolutamente reprochable. Es el caso, por ejemplo, de la [sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010](#)³¹ relativo a la emisión en un programa de TV con altas cuotas de audiencia, «Crónicas Marcianas», de una entrevista a una persona con evidentes signos de discapacidad no solo física sino también intelectual. El Tribunal Supremo consideró que no se había producido una intromisión ilegítima en el honor y la propia imagen por entender que mediaba el consentimiento de la persona y porque se trataba de un mayor de edad no incapacitado. Literalmente señala que «nos encontramos en el caso de autos, con una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constancia que el actor fue voluntariamente entrevistado y filmado, no resultando en consecuencia vulnerado su honor e imagen al existir consentimiento. La voluntad se debe presumir a tenor del [artículo 2.2](#) de la citada Ley 1/82 declarando la jurisprudencia de esta Sala al respecto, que no es necesario que el consentimiento se otorgue por escrito, pudiendo deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas, y declara la [Sentencia de 24 de diciembre de 2003](#)³² que "ha de concurrir para poder tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente expreso, lo que implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino por haber mediado información previa suficiente". En el caso de autos, recoge expresamente la sentencia de primera instancia que sufría una minusvalía y se deduce —no lo declara como hecho probado— que no hubo consentimiento, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y los datos fácticos del procedimiento no permiten negar las condiciones precisas, para apreciar que existió consentimiento para emitir por televisión la entrevista objeto de debate. Todo ello unido al contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria conlleva estimar el motivo del recurso de Casación formulado, pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprochable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima.»

³¹ Sentencia recurrida en amparo y que dio lugar a la [STC 208/2013, de 16 de diciembre](#) y a la que haremos referencia más adelante en el texto.

32

Semejante pronunciamiento, además de ignorar el tenor literal del [art. 2](#) de la LO 1/1982 que alude a la necesidad de que el consentimiento sea expreso³³, sobredimensiona en nuestra opinión la presunción de capacidad del [art. 322](#) CC³⁴ lo que resulta especialmente reprobable cuando, como ocurre en el caso enjuiciado, redunda en un tratamiento tan laxo de la protección de la persona incapaz que choca con el dispensado al menor. Es evidente que una minusvalía del 66% reconocida por la Administración no necesariamente significa que existan evidencias tangibles de discapacidad pues muchas veces las dolencias físicas requeridas son inapreciables por quien no es experto. Sin embargo, no parece ser éste el supuesto de hecho de la sentencia en cuestión por consiguiente no podemos admitir, como implícitamente parece hacer el Tribunal Supremo, que la presunción *iuris tantum* de capacidad del art. 322 CC sólo pueda ser desvirtuada por una incapacitación³⁵. Pero es que, además, la interpretación de las normas relativas a la protección de la personas y más aún tratándose de incapaces y de menores debe ser la más favorable a tal fin lo cual, en muchas ocasiones, supone interpretar las limitaciones de forma restrictiva cuando así lo exige el interés superior de tales personas, pero decantarse por una interpretación amplia y más favorable a la capacidad es inadmisibles cuando el resultado es la más absoluta desprotección y cuando la mofa y el escarnio de la persona son su consecuencia.

³³ Como advierte Bercovitz en relación con el pronunciamiento que estamos comentando no debe confundirse consentimiento expreso con consentimiento formal aunque en ocasiones pueda concurrir en el tiempo (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., [«La protección del honor y de la imagen de los discapacitados»](#), *Revista Aranzadi*, núm.11, marzo 2014, pg. 47)

³⁴ Como se recordará el mencionado [art. 322](#) CC establece literalmente que: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

³⁵ Una crítica a esta sentencia se puede leer en Castillo Barea, M. «Comentario a la STS de 19 de enero de 2010», *CCJC*, núm.85, 2011, pgs.100, 101, 103 y ss.

En tal sentido, la muy escasa técnica jurídica de la mayoría de los textos legales a la hora de referirse al *status quo* de las personas con la capacidad de obrar restringida, a incapaces e incapacitados³⁶ es algo asumido por la doctrina. En puridad es cierto que en el primer caso nos movemos en el ámbito real de la capacidad natural de la persona y en el segundo en el formal del estado civil pero ello no es óbice para llevar a cabo una interpretación adecuada más allá de la literalidad de los preceptos en los que se contienen y tener en cuenta los demás cánones hermenéuticos, lo cual en algunos casos llevará a considerar cada palabra en sus propios términos y otras veces se hará abstracción de los mismos y serán considerados como sinónimos y, por lo tanto, intercambiables. Aunque en el supuesto de autos se ponderó también el contexto nuevamente resultó un desacierto, puesto que con ello nuestro Alto Tribunal confirmó la interpretación anterior al considerar que el mismo era «jocoso y desprovisto de agresividad difamatoria» ya que aunque reconoce que resultaba «poco ético la actuación y el

comportamiento del medio televisivo, y las personas intervinientes, se concluye que no fue reprobable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima».

36 Castillo Barea, M., «Comentario a la STS», cit., pg.110

Afortunadamente la sentencia fue recurrida en amparo y tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en [sentencia de 16 de diciembre de 2013](#)³⁷ en la que se nos dice que la [LO 1/1982](#) se refiere al consentimiento de las personas incapaces y dicha expresión ha sido entendida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su [sentencia de 19 de enero de 2010](#) —hoy impugnada en amparo— como una referencia a las personas declaradas judicialmente incapaces y, en aplicación de criterios objetivos, ante la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad, afirma que ha de presumirse su capacidad. Sin embargo, hay que superar esa percepción objetiva de la incapacidad y partir de la premisa obvia de que cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar. En esta dirección, la [Ley 41/2003, de 18 de noviembre](#), sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, asimismo, las normas internacionales de protección de las personas con discapacidad, muy en particular, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de [13 de diciembre de 2006](#), de la que España es parte, suponen un paso más hacia la igualdad de las personas con discapacidad y el reconocimiento de su capacidad para poder realizar actos con importantes consecuencias, no sólo en la esfera patrimonial, sino en la personal. Las normas citadas, si bien son posteriores a los hechos objeto de este amparo, evidencian la progresiva consolidación de un avance en la concepción de la tutela de las personas con discapacidad, al objeto de que su situación se haga depender de la protección legislativa adecuada, si bien aún no suficientemente desarrollada.

37

Partiendo de estas premisas, hemos de afirmar que la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el [art. 3.1](#) de la Ley Orgánica 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad. La propia Ley dispone en su exposición de motivos que, además de la delimitación del ámbito de protección que puede resultar de las leyes, se estima razonable admitir que, en lo no previsto por ellas, la esfera del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, por lo que la Ley se resuelve en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según el momento y las personas. Lo contrario supondría no tener en cuenta que los derechos reconocidos en el [art. 18.1](#) CE aparecen como derechos

fundamentales derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el [art. 10](#) CE, por lo que en el análisis a realizar se han de tener en cuenta otros principios y derechos constitucionales vinculados directa o indirectamente con el art. 18.1 CE; sólo así es posible determinar la existencia o no de la infracción constitucional aducida.

Pues bien, en el presente caso el actor en instancia acudió voluntariamente al lugar donde tendría lugar la entrevista con el colaborador del programa «Crónicas marcianas», de donde la Sentencia impugnada dedujo que consintió libremente a la realización de la misma. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho al honor y a la propia imagen, puesta en conexión con lo dispuesto en el [art. 49](#) CE, lo anterior no es suficiente para considerar válido el consentimiento prestado. En primer lugar, porque el [art. 2.2](#) de la Ley Orgánica 1/1982 exige que el consentimiento sea expreso, exigencia que, en un caso como el presente, debe ser de interpretación especialmente rigurosa, habida cuenta del mandato de tutela de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos consagrados en el [título I](#) de la Constitución, que se contiene en su art. 49. Por tanto, en este supuesto, no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada, tal y como se señala en el Voto particular emitido al Auto de 10 de enero, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones.

Además, existía un segundo aspecto a considerar que fue ignorado por el órgano judicial en la resolución judicial impugnada: la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa —como ha quedado probado en el proceso—, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta. La exigencia de una doble garantía en los casos previstos en el [art. 3.1](#) de la Ley Orgánica 1/1982 se explica por el carácter de los derechos que la Ley quiere proteger. En este sentido, es relevante también la naturaleza del programa en el que se iba a emitir la entrevista y el propio tono de la misma, un montaje burlesco elaborado al objeto del entretenimiento del público que perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la persona entrevistada, por lo que la exigencia de especiales garantías no es sino coherente con las circunstancias del caso. En defecto de tales garantías la presencia voluntaria del entrevistado no podrá equipararse a un consentimiento válido y eficaz.

En consecuencia, hemos de concluir que no existe en el presente caso un consentimiento válido y eficaz que permita excluir la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A. derivada de las conductas de los demandados en el proceso a quo, quienes a pesar de la evidencia de la incapacidad del entrevistado para tomar conciencia del alcance de la entrevista y de

las características del programa en el que se iba a emitir, lejos de extremar el celo y las cautelas exigibles para que la participación de aquél en el programa estuviera rodeada de esas garantías, utilizaron esa situación de vulnerabilidad del señor H. con la clara y censurable intención —como apreciaron las Sentencias de primera instancia y apelación— de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas, atentando de esa manera no sólo contra sus derechos al honor y a la propia imagen, sino incluso contra su dignidad. Y la conclusión anterior no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara una declaración judicial de incapacitación del señor H., pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del [art. 49](#) CE, y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales, a la existencia de tal declaración, limitación que en modo alguno cabe extraer de la previsión constitucional.

El pronunciamiento anterior resulta plausible no sólo por las consecuencias sino también por la trascendencia de sus decisiones y de la doctrina que en el mismo se contiene. Puede concluirse a la luz del mismo que aun cuando es evidente que la [Ley 41/2003](#) y la [Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006](#) son posteriores a la [LO 1/1982](#) ésta debe interpretarse a la luz de las mismas. En tal sentido, si bien en un determinado momento podría aceptarse la consideración de que el término incapaces recogido en el [art. 3](#) de la LOPHIPI se interpretase como sinónimo de incapacitado en la actualidad no puede ser así.

Es cierto que a falta de incapacitación rige la regla general de presunción de capacidad plena de las personas mayores de edad, pero se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario y en todo caso las normas relativas a la capacidad de las personas exigen que cualquier limitación deba ser interpretada de forma restrictiva en aras a la protección de la persona y de acuerdo con su posición institucional como centro del ordenamiento jurídico en un Estado que se califica como Social y de Derecho³⁸. Ahora bien lo que no se puede admitir es que esa interpretación a favor de la mayor capacidad se extienda más allá de la duda razonable cuando existen fundados indicios para presumir precisamente todo lo contrario, esto es, la falta de discernimiento. Resulta especialmente cruel y por ello reprobable que se juegue con subterfugios legales para prevalerse de la situación de indefensión. Es más en el caso de autos estaba más que fundada la exigencia de un consentimiento no sólo expreso sino también escrito así como la intervención del Ministerio Fiscal como garante de los derechos de las personas social y jurídicamente más vulnerables como son los menores e incapaces tal y como exige la propia Ley orgánica. En este último sentido baste recordar el tenor literal del art. 3 en el que se establece que «1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado en poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez» y que viene a

reforzar la LO 1/1995(sic) de protección jurídica del menor cuando establece en el párrafo 3 del [art. 4](#) que «se considera intromisión ilegítimaincluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» y a continuación en el siguiente párrafo que «sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública».

³⁸ Bercovitz(«La protección del honor...», cit, pg.48) aplaude el rechazo a la presunción automática de capacidad del discapacitado no incapacitado judicialmente, resalta el valor del [art. 49](#) CE que impone la exigencia adicional de garantizar que el discapacitado sea plenamente consciente de lo que está haciendo.

Además surgida la duda, como ocurre al emplear el término incapaces y no incapacitados nuevamente hay que estar por la interpretación que sea más favorable a los derechos fundamentales de la persona lo cual en el presente caso obligaría a considerar el término incapaz como persona incapaz natural y no incapacitado sin perjuicio de que pudiera alcanzar también a los incapacitados cuando así lo exigiesen las circunstancias.

Recapitulando lo anterior no podemos dejar de hacer la siguiente reflexión: La [Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006](#) sobre los derechos de las personas con discapacidad ratificada por España mediante instrumento de 23 de noviembre de 2007 basada en los principios de dignidad, autonomía, no discriminación, respeto por las diferencias, igualdad que configuran el marco normativo obligatorio para los Estados Partes a la hora de configurar el *status quo* que las personas con discapacidad merecen de modo que se garantice el goce «pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad»³⁹. Es evidente que no es algo que haya nacido *ex novo* pues las reivindicaciones que tratan de satisfacerse son algo antiguo de ahí que hayan existido antes políticas encaminadas en un sentido semejante si bien no habían alcanzado la trascendencia y transversalidad contempladas en la Convención⁴⁰.

³⁹ Cfr. [Art.1](#) de la Convención

⁴⁰ El profesorRubio Torranosistematiza las actuaciones anteriores en cuatro etapas 1) Compreendida entre 1945 y 1970 en la que se contemplan básicamente políticas asistenciales, 2) Abarca los años setenta donde aparecen las primeras declaraciones sobre derechos de personas con discapacidad, 3) Abarca los años ochenta en la que se adopta un programa de acción mundial y se declara decenio mundial de las personas con discapacidad y 4) Abarca la década de los noventa consolida los esfuerzos anteriores ([«Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», Revista Aranzadi Civil-Mercantil, núm.14/2008, Tribuna](#)).

El marco axiológico anterior determina como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo «la necesaria flexibilidad del sistema de protección de la persona en atención a una gradación de efectos que debe adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona (...) valorar especialmente, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la

persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de decisiones. Voluntad y preferencia de la persona que constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada»⁴¹

41 Cfr. Fundamento Jurídico Tercero de la [STS de 30 de junio de 2014](#)

En nuestro ordenamiento jurídico además de la repercusión general a la hora de interpretar la normativa vigente también podemos constatar que se han producido numerosas reformas con ocasión de la misma así la [Ley 26/2011, de 1 de agosto](#), de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad ha supuesto la modificación de numerosas leyes y más recientemente contamos con el [Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, con la que se da cumplimiento a lo previsto en la [Disposición Final segunda](#) de la Ley 26/2011.

Cuanto acaba de afirmarse llevado al ámbito en el que nos movemos, esto es la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen sobre todo en lo que se refiere a la prestación del consentimiento hace que se eche en falta algún reflejo de algunas de las previsiones contenidas en la normativa aludida anteriormente como sí ocurre, por ejemplo, en otros ámbitos y también respecto de otros derechos fundamentales como la vida. A título meramente ilustrativo cabe traer a colación la modificación del art. 4 de la [Ley 30/1979](#) sobre extracción y trasplantes de órganos con el fin de garantizar el alcance del consentimiento. En tal sentido se prevé que «si el donante fuese una persona con discapacidad (...) la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que le resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad». Es evidente que las personas con discapacidad gozan de los mismos derechos que las demás de manera que los poderes públicos deberán remover los obstáculos que impidan esa igualdad y entre las medidas, aparte de las tomadas en relación a la accesibilidad física a espacios, es tanto o más importante facilitar la información de modo que resulte absolutamente comprensible a *pesar de* la discapacidad puesto que es presupuesto fundamental de un consentimiento libre el que éste sea informado de modo comprensible.

Por lo tanto habida cuenta de todo lo anterior no podemos dejar de criticar el hecho de que no se hubiera tenido en cuenta la LO 1/1982 a la hora de establecer el elenco de leyes a modificar para adaptar su contenido a lo previsto con anterioridad en la [Convención de 2006](#) ([Ley 26/2011](#)) o en la actualidad partiendo de los postulados del [RD 1/2013](#) uno de cuyos principios básicos es el de transversalidad de las medidas a adoptar para lograr su eficacia integral de tal forma que se añadiese un apartado al [art. 3](#) de la LO 1/1982 en el sentido de apoyar a las personas con discapacidad proporcionando la información en formatos adecuados que garanticen su comprensión y potenciar al máximo que pueda ser la propia

persona la que libremente decida una vez disponga de la asistencia adecuada a su concreta necesidad.

En todo caso, mientras no se produzca modificación alguna es preciso interpretar no sólo el [art. 3](#) de la LO 1/1982⁴² sino la legislación concordante, esto es, la Ley del menor y el propio [Código Civil](#) de manera que no se repitan pronunciamientos y mucho menos situaciones como la descrita en la sentencia objeto de comentario pues a todas luces vulnera la dignidad de las personas con discapacidad y, por lo tanto, cualesquiera otros derechos fundamentales.

⁴² Es más el propio [art. 3](#) literalmente se refiere a incapaces razón por la cual resulta más reproble que se interprete como sinónimo de incapacitado.

Por lo demás en este contexto de supuestos de capacidad de obrar restringida ocupan un lugar destacado los menores de edad, en relación a los cuales la realidad evidencia que han recibido un trato más acorde con su especial situación tanto en términos absolutos, esto es, como colectivo en sí mismo considerado como en términos relativos, es decir, en comparación con los incapaces a los que acabamos de referirnos.

El reconocimiento de una protección específica de los derechos de la personalidad de los menores es algo asumido no sólo a nivel interno sino también y con fuerza en el ámbito internacional. Valgan como ejemplo el [artículo 24](#) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966⁴³ o el artículo 8 de las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia a Menores «Reglas de Beijing» adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985⁴⁴; y los [artículos 3](#) y [40](#) de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, otorgan una especial protección al interés del menor⁴⁵. La Carta Europea de derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad. Y también el punto 8.29 de la Carta Europea de 8 de julio de 1992 declara que todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor y el punto 8.43 otorga protección frente a utilidades lesivas de la imagen del menor.

⁴³ Ratificado por [instrumento el 13 de abril de 1977](#). En concreto el mencionado art. 24 se refiere a los derechos del niño: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a la medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familiar como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad

⁴⁴ En concreto el art. 8 se refiere a la tutela del derecho a la intimidad de los menores: «1. Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. 2. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente»

⁴⁵ Ratificado por [instrumento de 30 de noviembre de 1990](#), en concreto el [art. 3](#) establece la obligación

de que cualquier medida concerniente a los niños atiendan al interés superior del niño, asimismo el [art. 40](#) recoge la obligación de que los niños que haya infringido leyes penales deberá ser tratado de manera acorde «con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (...) se garantizará el respeto a la vida privada en todas las fases del procedimiento»

El valor que los Convenios Internacionales adquieren en relación con los menores es además especialmente enfatizado por la CE en su [artículo 39.4](#) y en consonancia reconocido por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En tal sentido y en el ámbito de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, los menores tienen que ser respetados de manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define al tratarse de personas más vulnerables. Dicha protección alcanza su mayor intensidad si cabe cuando el ataque a los referidos derechos de los menores proviene de los medios de comunicación por cuanto por lo general conllevan una multiplicación exponencial del daño provocado. Así en el fundamento jurídico 6º de la [STC 134/1999 de 15 de julio](#) dictada en relación a la divulgación de datos relativos a la filiación biológica de menores de edad adoptados por un matrimonio de personajes famosos ya apunta la protección del legítimo interés de los menores como límite infranqueable a las libertades de información y de expresión ([art. 20.4](#) CE) algo que se reiterará en pronunciamientos posteriores tanto del propio Tribunal Constitucional⁴⁶ como del Supremo⁴⁷ por lo que no puede existir un interés público que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, honor e intimidad de los menores.

⁴⁶ Vgr. [SSTC 127/2003, de 30 de junio](#) y [158/2009, de 29 de junio](#)

⁴⁷ A los pronunciamientos del Tribunal Supremo nos referimos en el texto.

Así pues puede afirmarse que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, como la de la Sala 1ª del Tribunal Supremo teniendo consagrado la primacía del interés del menor el cual se superpone al derecho a la información, sin que el examen de los requisitos que permitirían un ejercicio legítimo del derecho a la información (interés informativo, veracidad y proporcionalidad) sean razón suficiente para franquear el límite que el interés del menor impone en este tipo de casos. Algo por lo demás compartido por el Ministerio Fiscal baste a título meramente ilustrativo traer a colación un informe en el que se recuerda que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores, regulado en el [art. 4](#) de la LOPJM establece en su apartado 2 que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. El apartado 3.º declara, que se considera intromisión ilegítima

en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Tales preceptos los pone en relación con la enumeración de intromisiones ilegítimas del [art. 7](#) y con el [art. 2](#) de la LO 1/1982 y afirma textualmente que «el legislador ha tratado con esta regulación especial, de reforzar los mecanismos de protección previstos en la ley 1/82, por la situación jurídica especial del menor, estando justificada la regulación de unos derechos fundamentales, que ostenta como toda persona, pero que pueden requerir una modulación especial en el caso de los menores⁴⁸. Resulta evidente, por tanto, que pueden plantearse discrepancias entre ambas normas, dado que además, los supuestos que la LO 1/1982 reputa intromisiones ilegítimas, son más amplios que los de la LOPM, que sin embargo parecen pensados más específicamente para menores, por lo que los posibles problemas que puedan plantearse para la adecuada aplicación de ambas normas, deberán resolverse integrando la presente ley en la [LO 1/1982](#), para complementar y reforzar los mecanismos de garantía previstos en la misma. En definitiva la aplicación de las normas en esta materia debe ser complementaria y no excluyente».

⁴⁸ Se trata de un informe al que se alude la fundamentación de la [STS de 11 de junio de 2012](#)

Por lo demás, la impronta de la doctrina del Tribunal Constitucional está presente en todos los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Valgan como ejemplos las siguientes sentencias. La [sentencia del TS de 7 de julio de de 2004](#)⁴⁹ que confirmó la condena a una cadena televisiva por incluir en un programa imágenes de una menor ingresada en un centro hospitalario por maltrato. El interés de la menor se consideró primordial aunque en la información no existiera ánimo de lucro y fuera socialmente relevante.

⁴⁹

Asimismo en la [STS 11 de junio de 2012](#)⁵⁰ dictada con ocasión de la publicación en un periódico de tirada nacional de los datos de una menor de edad en relación al registro de su habitación en el domicilio familiar por la implicación de su progenitor en un asunto de corrupción, prevaleció el interés de la menor por encima del derecho a la información.

⁵⁰ FFJJ 3 y 4

Otro ejemplo es la [sentencia de 18 de febrero de 2013](#)⁵¹ recaída por la divulgación en una revista del corazón de un reportaje fotográfico de una persona de proyección pública en compañía de sus hijos en una playa en Kenia cuyas imágenes habían sido captadas sin consentimiento mediante teleobjetivo en las que aparecen los menores parcialmente pixelados de modo que eran fácilmente reconocibles. Pues bien en este caso el Tribunal reitera que «el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía de los

menores como un atentado a su derecho a la propia imagen y a su intimidad. No existe un interés público en la captación o difusión de las fotografías que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de los menores, pues lo que se considera ilegítimo es la utilización de imágenes en las que se encuentre un menor, con independencia del momento en que se publique, circunstancia en la que habrá de analizarse el resto de los requisitos exigidos por la norma (menoscabo de su honra o contrario a sus intereses).»

51

Por su parte la [STS de 8 de mayo de 2013](#)⁵² se dictó en relación a la difusión de la imagen de un menor en un vídeo de propaganda electoral de un partido político con ocasión de la inauguración de una escuela infantil. En este supuesto resulta oportuno traer a colación su fundamentación jurídica en la que se nos dice que «en definitiva, la inauguración de la escuela infantil podía formar parte de ese video promocional, pero no se habría producido la intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen del menor si su imagen no hubiera aparecido y en todo caso, su anonimato debió quedar protegido, pues como establece el [artículo 2 LPJM](#), el interés del menor prima sobre cualquier interés de tal forma que en la solución de tal conflicto prevalece el interés del menor. Por otra parte, tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el [artículo 18](#), con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico ([STS de 19 de noviembre de 2008](#)).»⁵³

52

53 Fundamento Jurídico 5

Resulta también interesante la [STS de 17 diciembre de 2013](#)⁵⁴ dictada en relación a un programa emitido por la Televisión de Galicia titulado «Expertos en lesiones medulares unifican criterios para paliar a dor» en la que se consideró que se había producido una intromisión ilegítima en el honor del menor (17 años) aún cuando éste había consentido la entrevista realizada en el gimnasio de la unidad de lesionados medulares del Complejo Hospitalario Juan Canalejo. Tanto el Juzgado de Primera Instancia que desestimó la demanda presentada por los padres como la Audiencia Provincial que desestimó el recurso, consideraron que no se había producido intromisión ilegítima. Sin embargo el Tribunal Supremo, ante el que se presentó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, teniendo en cuenta el interés del menor y la protección que del mismo se deriva no sólo de la legislación española sino también de la normativa internacional ratificada por España admitió el recurso y estimó la existencia de intromisión ilegítima razonando

en tal sentido lo siguiente: «Esta especial protección legislativa ha sido reconocida en la jurisprudencia constitucional. Así, la [STC 158/2009 de 29 de junio](#) establece que en "la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta [...] que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor"». También ha señalado que «ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor "viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el [art. 20.4](#) CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz" ([SSTC 134/1999, de 24 de mayo](#) y [127/2003, de 30 de junio](#))»⁵⁵. A lo que añade en el fundamento jurídico 5 que «La doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, así como la de esta Sala, en consonancia con la normativa interna e internacional prima el interés del menor, interés que se superpone al derecho a la información, sin que el examen de los requisitos que permitirían un ejercicio legítimo del derecho a la información en relación a mayores de edad (interés informativo y proporcionalidad, veracidad en caso de intromisión en el derecho al honor) sea suficiente para franquear el límite que el interés del menor impone en este tipo de casos. Se produce una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en virtud de lo previsto en el [art. 4](#) LPJM por la entrevista y difusión de la imagen del menor en el reportaje».

54

55 Fundamento Jurídico 4 apartado 8.

Más recientemente la [STS de 15 de julio de 2014](#)⁵⁶ dictada en relación a una parodia realizada por un canal de televisión sobre el comportamiento que podría tener el hijo de un cargo público (defensor del menor) mediante una entrevista simulada en la que uno de los colaboradores del programa se disfraza, para hacerse pasar por el menor, al que se le imputan conductas que además de denigratorias, —partiendo de la preocupación manifestada por el progenitor en relación al contenido determinadas series televisivas que no permitía ver a sus hijos—, concluye que constituyen un atentado a la intimidad del menor identificado con nombre y apellido reiterando no sólo la especial protección de los menores «por la nota de desvalimiento que les define por tratarse de personas en formación más vulnerables por tanto a los ataques a sus derechos» y en relación a su derecho a la intimidad que «resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, a tenor de lo dispuesto en el [art. 20.4](#) de la Constitución, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz», razonamiento también recogido en la ya citada [STC 127/2003](#).

56

De todo lo anterior podemos concluir que la doctrina pacífica, reiterada y consolidada del Tribunal Constitucional en materia de libertad de información y su relación con los derechos al honor, intimidad y propia imagen sufre una importante modificación, casi un vuelco, cuando en la misma se ve involucrado un menor de edad por su vulnerabilidad y por la necesidad de proteger el anonimato del menor en virtud de lo dispuesto en el [art. 2](#) de la LOPJM. Así pues resultan relegados a un segundo plano, cuando no ignorados, requisitos como la proyección pública de los demandantes, el interés informativo suscitado por su persona o por los hechos, el carácter público del lugar, el momento, etc. Con lo que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener un reportaje son extremos que carecen de trascendencia a la hora de considerar atentados a los derechos de los menores la publicación no consentida de la fotografía, de los datos o de hechos relativos a los mismos.

IV. El derecho a la propia imagen: justificación del carácter ilícito del llamado uso inocuo de la imagen

En el presente seguir negando el contenido patrimonial de la imagen de determinadas personas, —aunque algunas veces sea debido a las más variopintas o extravagantes razones—, y su potencialidad respecto de cualquiera, supone dar la espalda a una realidad social y económica no sólo evidente sino de creciente importancia.

En este sentido, el derecho a la propia imagen a pesar del tiempo transcurrido y de las sucesivas reformas de la [LO 1/1982](#), sigue sin contar con unos mecanismos de protección adecuados a la realidad descrita. Su reconocimiento constitucional en el [art. 18](#) CE como derecho de la personalidad ligado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y su posterior desarrollo legal choca en muchas ocasiones con su innegable dimensión patrimonial también plasmada en la propia Ley del 82 pero, a nuestro juicio, sin demasiada fortuna.

A ello hay que añadir la polémica surgida en torno a lo que se ha denominado «imagen neutra» o «uso inocuo» de la imagen, algo propugnado por algunos autores en el sentido de que el derecho a la propia imagen, al margen del uso comercial, sólo sea tenido en cuenta de forma instrumental en tanto vehículo para la vulneración ya sea del honor o de la intimidad siguiendo el ejemplo de algunos países de nuestro entorno⁵⁷ privándolo, por lo tanto, de eficacia en otros contextos considerados a tal efecto neutros.

⁵⁷ Tal y como pone de relieve Blasco Gascó, F., «Algunas cuestiones sobre el derecho a la propia imagen» ponencia presentada en las XIII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, publicada en la obra colectiva *Bienes de la personalidad*, Ed. Editum (Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia), Murcia, 2008, pgs. 27 y 28..

A nuestro juicio su previsión constitucional no sólo es oportuna sino necesaria para dotarlo sin ambages de la merecida tutela en cuanto manifestación de la personalidad y de la identidad de la persona. Si bien no llega a ser soporte de los demás derechos como ocurre con la vida, sí podríamos atrevernos a decir que es incluso anterior al honor y a la intimidad pues estos bienes se protegen respecto de

personas determinadas y concretas para lo cual resulta imprescindible su identificación a través de su identidad. En este sentido la [STC 208/2013 de 16 de diciembre](#) establece con relación al mismo que «ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho 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 perseguida —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— por quien la capta o difunde. Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación»⁵⁸.

⁵⁸ FJ 6, en un sentido semejante vid. [STC 176/2013 de 21 de octubre](#)

Siendo así no podemos compartir la opinión de quienes consideran llamativo que la sola captación de la imagen sea calificada sin más requisitos como una intromisión ilegítima llegando a afirmar que «una cosa es la imagen que se publica con daño al honor o a la intimidad, o incluso, si se quiere a la imagen que se publica de modo inconstituido, sin más. Pero que hay captaciones absolutamente inocuas es algo que no debería necesitar muchas demostraciones»⁵⁹. Frente a semejante afirmación entendemos que, precisamente, si dejamos al margen las imágenes que lesionan el honor y la intimidad, aquéllas otras consentidas y aquéllas en las que existe un interés público relevante o aquéllas ligadas al ejercicio legítimo de la libertad de información, ¿qué es lo que queda del derecho a la propia imagen? Nada

⁵⁹ Vid. Yzquiero Tolsada, M. «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen» en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil (coord. Fernando Reglero Campos, José Manuel Busto Lago)*, Ed. Arazandi, (5ª Edición), Tomo II, 2014, pgs.1378 y ss. El mencionado autor comparte expresamente la posición mantenida por Blasco Gascó.

Por ello pensamos que reivindicar un uso inocuo de la imagen, resultado de semejante planteamiento, es algo que, cuando menos, no lo permite la legislación actual y es por ello que no deja de sorprendernos la [sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009](#)⁶⁰. En esta ocasión el hecho causante de este litigio fue la publicación inconstituida de la imagen de un atleta en la portada de un libro de divulgación científica titulado *El libro de la ciencia. El mundo funciona*. El Juzgado de Primera Instancia número dos de Zaragoza, en sentencia de 14 de enero de 2003 estimó la demanda al considerar que faltaba el consentimiento negando trascendencia a la argumentación de la editorial. Recurrida la anterior la [sentencia de la AP de Zaragoza \(sección 4ª\) de 20 de enero de 2004](#)⁶¹ la revoca y desestima la demanda por considerar que los hechos entrarían en uno de los supuestos del

[art. 8.2.a\)](#) de la LO 1/1982. Interpuesto recurso de casación por la representación del deportista el Tribunal Supremo declara no haber lugar centrandó la cuestión como el mismo afirma en tres extremos: «El primero, el concepto de intromisión ilegítima que define el [art. 7.6](#) de la LO 1/1982 otorga protección jurídica al derecho patrimonial de la imagen, caso de que ésta se publique con fines comerciales. El segundo, la exclusión de la protección que contempla el [artículo 8.2.a\)](#) de la misma ley, cuando se trate de persona con proyección pública en acto público y el tercero el consentimiento expreso en la utilización de la fotografía, conforme al [artículo 2.2](#) o el tácito que se desprende de los usos sociales en el ámbito que, por sus propios actos, mantenga la persona interesada, conforme al artículo 2.1».

60

61

Sentado lo anterior afirma que «es intrascendente el conocimiento o, en otros términos, la culpabilidad, de quien publica la imagen, ya que se trata de uno de los supuestos de responsabilidad objetiva pura, a la vista de lo dispuesto en el [artículo 9.3](#) que impone una presunción iuris et de iure, es decir, una imposición legal más que presunción, de que la intromisión lleva consigo el perjuicio, objeto de indemnización, que se probará en su caso y en todo caso, el daño moral cuya cuantía viene establecida por unos parámetros concretos que enumeran» y a continuación expone que la doctrina anterior aplicada al caso concreto parte de que: está claro que hubo falta de consentimiento del actor en la publicación de la fotografía en la portada del libro editado por la editorial demandada, que el actor es personaje público y la fotografía está evidentemente tomada, con su consentimiento, en un lugar público (en su participación en unas olimpiadas) y que se ha publicado en un libro de divulgación científica pero con fines comerciales.

Lo cual sitúa a nuestro Alto Tribunal, según sus propias palabras, en una *disyuntiva* que plasma en los siguientes términos: «un personaje público debe soportar, en el sentido de no poder reclamar por intromisión ilegítima, en el caso de que se publique su fotografía en un sitio, con fines comerciales: caso frecuente de imágenes de políticos en libros sobre política o sobre sucesos históricos; o bien, a la inversa, el personaje público puede excluir tal publicación y, si se hace, puede exigir la responsabilidad que le brinda la Ley

La primera posición la mantiene la sentencia del Juzgado de primera instancia; la segunda, la de la Audiencia Provincial.»⁶²

62 Cfr. Fundamento Jurídico 2º

La solución del Tribunal Supremo se resume en el contenido del fundamento jurídico 3 en el que se nos dice que «la posición de esta Sala es la primera de las posiciones enfrentadas. La imagen se relaciona con el derecho a la intimidad, expresión típica del derecho de la personalidad que recoge el [artículo 7.5](#) y también recoge el derecho a la imagen como derecho patrimonial, como contempla el mismo artículo 7.6. En ambos casos, el derecho a la imagen no impide, como dice el

[artículo 8.2.a\)](#) su captación, reproducción o publicación de persona, como el atleta demandante, de profesión de notoriedad pública y la imagen se haya captado en acto público, como es la pose en una competición deportiva que aparece en el caso presente.(...)Por ello, debe ser desestimado el recurso de casación que ha formulado el demandante. El motivo primero alega la infracción del [artículo 18](#) CE y los [artículos 7.6](#) y [9](#) de la mencionada Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo y mantiene su posición que ha sostenido desde la demanda. Ciertamente, se ha utilizado su imagen para fines comerciales, pero debe insistirse aquí en el uso inocuo de la misma en este caso concreto y en la aplicación del artículo 8.1.a) de la misma ley, que ha hecho, además de otros argumentos, la Audiencia Provincial en su sentencia desestimatoria de la demanda. (...)»

No podemos compartir ni uno solo de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en lo que a nuestro juicio supone un fallo muy desafortunado⁶³. En primer lugar, si bien es cierto que el [art. 7.5](#) tiene un redacción confusa, como ya hemos tenido ocasión de evidenciar⁶⁴, no lo es menos que al utilizar la expresión «en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos», permite considerar ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos fuera de su vida privada. Por consiguiente, se ilegitima de forma clara la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona con independencia de la afectación de su intimidad, por lo tanto no es de recibo la primera afirmación del Tribunal. Es más, todo parece indicar que cuando el legislador ha querido poner en relación un derecho con otro, y condicionar la protección de uno al menoscabo del otro, lo ha hecho constar de forma expresa. Así ocurre, por ejemplo, en el primer inciso del apartado 3 del art. 7 al reputar intromisión ilegítima la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia cuando afecten a la reputación o buen nombre de la persona. Si bien no podemos ignorar la ausencia en ocasiones de criterios jurisprudenciales uniformes lo que se proyecta en la existencia de pronunciamientos en los que se afirma la existencia de tres derechos diferentes y no intercambiables: honor, intimidad y propia imagen, que tienen como causa común el preservar la dignidad de la persona⁶⁵, mientras que en otros se sostiene que tales derechos pertenecen al ámbito de la vida privada o, inclusive, que la persona cuya imagen sea reproducida tendrá derecho a un resarcimiento por vulneración de su intimidad⁶⁶.

⁶³ Y ello sin entrar a valorar la afirmación del carácter de presunción *iuris et de iure* del [art. 9.3](#) de la LO 1/1982, algo cuando menos controvertido, ni en el carácter objetivo de la responsabilidad civil por este tipo de ilícitos.

⁶⁴ Vid.Rovira Sueiro, M^a E., «El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito», Ed.Comares, Granada, 2000, pgs.54 y ss

⁶⁵ Vgr.Fundamento jurídico Único de la [STS 13 de noviembre de 1989](#).

⁶⁶ Vgr. [SSTS 11 de abril 1987](#), FJ 1; [29 de mayo de 1988](#), FJ 3.

Por otra parte el [art. 7.6](#) LO 1/1982 al establecer que tendrá la consideración de

intromisión ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» no contempla exclusivamente un uso patrimonial de la imagen, semejante interpretación, a nuestro juicio, no sólo quebrantaría el tenor literal del precepto en cuestión, —pues parece que olvida o pasa por alto el significado de los signos de puntuación, en concreto de la coma, que separa la finalidad publicitaria de la comercial—, sino que además ello conduciría a asimilar el significado del término «publicitario» a «comercial»⁶⁷, con lo cual uno de los dos resultaría superfluo por redundante. Lo anterior nos compele a buscar una interpretación en la que tengan juego ambos calificativos. Así las cosas, entendemos que «publicitarios» se utiliza en un sentido amplio, como equivalente a «divulgativos», cuya finalidad no es otra que la de poner al alcance del público, dar a conocer y es más aun en el caso de que esos fines divulgativos fuesen científicos, pues tal parece ser la categoría del libro en conflicto, y aun cuando no ha sido puesto de relieve por la editorial, sí podría esgrimirse al amparo del [art. 8.1](#) de la LO 1/1982 para suprimir la ilicitud, aunque tampoco sería admisible por cuanto no sería suficiente sino que éste tendría que ser relevante y, además el uso de la imagen, ser calificado de imprescindible algo que no concurre en el supuesto de autos.

⁶⁷ Nótese que el [art. 7.6](#) se refiere a «fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga», mientras que los recurrentes aluden a «fines publicitarios, que sean comerciales o análogos».

Y por último en relación al [art. 8.2](#) su utilización en este supuesto estaría totalmente fuera de contexto puesto que consideramos que es incompatible y, por tanto, excluyente. La aplicación simultánea de los [arts. 7.6](#) y 8.2 supondría vaciar de contenido una buena parte del derecho a la propia imagen.

En tal sentido, hubiera resultado muy clarificadora la línea argumental seguida por la [sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1996](#)⁶⁸ dictada en relación a la utilización incontestada de la imagen de unos deportistas que habían participado en las olimpiadas celebradas en Los Ángeles en el año 1984 para unos calendarios Navideños que se utilizaron con el fin de promocionar una conocida marca de cervezas (Damm). En dicha ocasión nuestro alto Tribunal declaró lo siguiente: «En tal cuestión ha de seguirse la doctrina contenida en la [Sentencia de 9 mayo 1988](#)⁶⁹ acogida sustancialmente por la de [29 marzo 1996](#)⁷⁰ según la cual "..., si bien es cierto que el [art. 8.2](#) de la misma Ley Orgánica de 5 mayo 1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, también lo es que, como viene entendiendo la doctrina más autorizada, el carácter público de la persona cuya imagen se produzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales, y ello cabe sostenerlo por la siguiente argumentación: A) Porque resulta lógico concluir que un derecho fundamental como es el derecho a la protección de la propia imagen, tan sólo puede ceder ante otro que ostente el mismo rango como es el de información, máxime

cuando precisamente por el carácter público del personaje cuya imagen se reproduce ha de entenderse que existe un evidente interés por parte de la sociedad a ser informada de cuanto le afecte en relación con el mismo, pero nunca puede ceder ante el mero interés crematístico de un tercero, que en forma alguna alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derechos fundamentales; B) Porque así parece también desprenderse del tenor literal del número 1.º del art. 8 de la repetida Ley de 1982, cuando señala que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o natural relevante, precepto que ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional en [Sentencia de 26 noviembre 1984](#) en el sentido de que la ley sólo puede autorizar las intromisiones por imperativo de interés público, y que viene, por tanto, a exigir, con carácter general, para que el derecho fundamental a la imagen ceda ante otro derecho que legitime la intromisión producida, la existencia de un interés público, que se halla muy distante de subyacer en el mero interés crematístico de quien, con el propósito de obtener un beneficio económico, acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo, además, sin consentimiento del mismo; C) ello cabe sostenerlo con mayor fuerza aun cuando la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento, tiene un carácter público que acrecienta el interés económico de la difusión".

68

69

70

Realizada la difusión de la imagen de los actores por la sociedad "Damm, SA" con la finalidad publicitaria y de promoción de sus productos, sin haber obtenido para ello el consentimiento de aquéllos, se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho fundamental de los recurrentes, intromisión no justificada por causa alguna de carácter prevalente a ese derecho constitucionalmente reconocido y al no entenderlo así la sentencia "a quo", ha infringido los preceptos legales invocados en los cuatro primeros motivos del recurso que, en consecuencia, han de ser acogidos.»

Evidentemente, con la afirmación anterior no pretendemos exacerbar el importante valor que a la jurisprudencia confiere el [art. 1](#) del Código Civil, pero aún partiendo de su carácter no vinculante sí podría resultar de gran utilidad tenerla en cuenta.

En tal sentido, el que el derecho a la propia imagen alcance no sólo a la representación gráfica de la figura humana por cualquier medio de reproducción sino también al nombre y a la voz de la persona en la [LO 1/1982](#) resulta altamente positivo aunque, no nos convenza en absoluto el contexto en el que se materializa pues claramente el [art. 7.6](#) de la LO1/1982 considera intromisión ilegítima la utilización de la imagen, el nombre y la voz de la persona con *finés publicitarios*,

comerciales o de naturaleza análoga unido a lo previsto en el art. 7.5 que consideración intromisión ilegítima la mera *captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de la persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos*, que concuerda con la dimensión más personalista de este derecho, supone dotar de un mismo régimen jurídico a dos realidades radicalmente opuestas, la esfera moral en la que se encuentra el honor, la intimidad y una faceta del derecho a la propia imagen y la esfera patrimonial en la que se sitúan los signos de identidad más evidentes de la persona que tienen un valor patrimonial socialmente aceptado y jurídicamente aceptable por no contravenir los principios constitucionales y el orden público al tratarse de una dimensión que se incardina en el ámbito netamente civil⁷¹. Esa dimensión bicéfala del derecho a la propia imagen hoy más que nunca y, después de las sucesivas reformas, reclama una regulación acorde con ese carácter y con su versatilidad que le permite encajar en el ámbito de los derechos de la personalidad y gozar de la más alta protección constitucional pero también en el ámbito patrimonial y entrar de lleno en el tráfico jurídico civil.

⁷¹ Aparte de lo dicho plantea también problemas de orden procesal como ha puesto de relieve Pulido Quecedo así afirma que si bien la [STC 81/2001](#) en relación al derecho a la propia imagen traza una línea divisoria entre el plano de constitucionalidad y el de legalidad con perfiles nítidos, separación aparentemente no novedosa, sí lo es en el sentido de que desvincula la protección constitucional en sede de amparo de la llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria a través de la [LO 1/1982](#) optando por considerar que la ley que desarrolla el derecho a la propia imagen no le vincula, lo cual como señala este autor es plenamente correcta desde la perspectiva de la Constitución y del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la misma. En tal sentido compartimos la afirmación de que «la lectura que debe hacerse de la STC 81/2001, parece exigir una acomodación interpretativa (y quizás legislativa) de la vía previa de protección del derecho a la propia imagen. Porque, o bien la Ley Orgánica 1/1982, sólo es vía procesal no reparadora, o bien, contiene aspectos, que como tal vía previa no debería incluir, según TC "dixit". Esa clara diferenciación sustantiva entre la protección constitucional fundada en el carácter personalísimo del derecho y su deslinde del contenido patrimonial cuyo contenido considera protegible, se proyecta sobre las vías procesales antecedentes, no sin algún problema digno de apunte. El TC señala que "la protección de los valores económicos patrimoniales o comerciales, aunque dignos de protección, no forman parte del contenido del derecho fundamental". Es decir, que cabe protección, en la redacción actual de la LO 1/1982, por los tribunales ordinarios incluido el TS, de la intromisión ilegítima fundada en el [artículo 7-6](#) , pero no ante el TC. La pregunta que queda en el ambiente es, si la representación gráfica de la imagen como es el caso estudiado, no alcanza la delimitación de lo que sea "derecho a la imagen protegible legalmente" pero comporta una utilización indebida de una representación ajena, sea en cuanto actor o en cuanto profesional, qué vía de protección le otorga el ordenamiento? Dicho de otro modo, podría en este caso, plantearse de nuevo ante la vía civil ordinaria, sin incurrir en cosa juzgada, una reclamación de daños por la vía del artículo 1902 CC?». (Pulido Quecedo, M. [«La negación del contenido patrimonial de los derechos fundamentales: el Derecho a la propia imagen como derecho personalísimo»](#) [Repertorio Arazandi del Tribunal Constitucional] núm.6/2001 Tribuna, Arazandi, 2001)

Ya en su momento pusimos de relieve la necesidad de dotar a este derecho de un régimen específico, un tratamiento que podría ser semejante a la propiedad intelectual que reconoce y garantiza como merece la dimensión moral de la obra, como creación del espíritu y manifestación íntima de la personalidad de su creador, y la cohonesta perfectamente con el derecho patrimonial del autor de la obra⁷².

⁷² Vid. Rovira Sueiro, M^a E., *El derecho a la propia imagen...*, cit., pgs.140 y ss.

V. Conclusión

A lo largo de nuestro trabajo hemos intentado poner de relieve las principales carencias con las que nos encontramos en la actualidad a la hora de dar una cumplida y merecida protección a bienes tan preciados, y no por ello poco denostados, como son el honor, la intimidad y la propia imagen de la persona porque después de la vida, punto de partida y fundamento de la titularidad de cualquier derecho, poco puede haber máspreciado que la garantía de una existencia digna.

Es esencialmente la dignidad lo que subyace en el reconocimiento de los tres derechos que garantiza el [art. 18](#) de la Constitución por ello no creemos equivocado afirmar que las más de las veces los bienes inmateriales son los más importantes para la persona y su existencia aunque, paradójicamente, no resulten los más apreciados, su valor es incalculable e alcanzable puesto que no se pueden comprar ni vender. Precisamente la naturaleza inmaterial de los bienes, la dificultad de probar los daños, la imposible reparación constituyen, entre otros, factores que obligarían a replantearse la función de la responsabilidad civil en este ámbito.

Honor, intimidad e imagen se vulneran frívolamente todos los días. Baste con ojear determinadas revistas o sintonizar algunos canales de televisión ¿se está protegiendo realmente la libertad de expresión o se está generalizando el insulto, la falta de respeto y la indignidad? Elementos tenemos para garantizar la una y proteger los otros pero ¿interesa ponerlos en práctica? Ojalá no tengamos que dejar pasar otros treinta años de vigencia de la [LO 1/1982](#) para volver la vista atrás y descubrir un panorama diferente en el que la persona y sus valores ocupen el puesto que les corresponde en una sociedad que parece querer destronarla a pesar del significado institucional que el Derecho le reconoce.

VI. Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., [«La protección del honor y de la imagen de los discapacitados»](#), *Revista Aranzadi*, núm.11, marzo 2014 .

Blasco Gascó, F., «Algunas cuestiones sobre el derecho a la propia imagen» ponencia presentada en las XIII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, publicada en la obra colectiva *Bienes de la personalidad*, Ed. Editum (servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia), Murcia, 2008.

Castillo Barea, M. «Comentario a la STS de 19 de enero de 2010», *CCJC*, núm.85, 2011.

Estrada Alonso, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

Gimeno Sendra, V. *Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales*, Ed. Colex, Madrid, 2014.

Gómez Colomer, J. L., en la obra colectiva *Derecho jurisdiccional. Proceso Civil*, Ed. Tirantlo Blanch, Valencia, 2014.

Igartua Arregui, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

Martín Casals, M. «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación e la L.O. 1/1982 de 5 de mayo», en *Centenario del Código Civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

Pantaleón Prieto, F. «Comentario al art. 1902 CC» en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

Pulido Quecedo, M. [«La negación del contenido patrimonial de los derechos fundamentales: el Derecho a la propia imagen como derecho personalísimo»](#), (Repertorio Arazandi del Tribunal Constitucional) núm.6/2001 Tribuna, Arazandi, 2001 .

Rojo Ajuria, L., «La tutela civil del derecho a la intimidad. Comentarios a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» en *ADC*, 1986, Tomo I.

Rovira Sueiro, M^a E., *La responsabilidad civil por los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Ed. Comares, Granada, 2000.

Rubio Torrano, [«Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad»](#), *Revista Arazandi Civil-Mercantil*, núm.14/2008, Tribuna

Yzquiero Tolsada, M. «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen» en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil (coord. Fernando Reglero Campos, José Manuel Busto Lago)*, Ed. Arazandi, (5^a Edición), Tomo II, 2014.
