

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: CONFIGURACION LEGAL Y LIMITES

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.^a) DE 7 DE OCTUBRE DE 1996

Por
MARIA E. ROVIRA SUEIRO
Profesora Ayudante de Derecho civil
Universidad de La Coruña

TEMA DEL COMENTARIO:

El derecho a la propia imagen: configuración legal y límites.

PONENTE:

Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

EXTREMOS ENJUICIADOS:

Publicación in consentida de la imagen de varias personas, entre ellas un menor, como soporte material de una campaña publicitaria no comercial. Ausencia de interés cultural relevante, entendida la relevancia como imprescindible. Omisión de la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en relación con la imagen del menor.

DOCTRINA SENTADA:

La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución. Este derecho, en su aspecto positivo, se concreta en la facultad exclusiva del titular de obtener, reproducir y publicar su propia imagen y, en su aspecto negativo, consiste en impedir la obtención, reproducción y publicación por un tercero.

Consiguientemente, el derecho a la propia imagen sólo puede limitarse por el propio titular mediante su consentimiento expreso o por la ley. En cualquier caso, como perteneciente a la categoría de los derechos fundamentales, sus límites han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a su eficacia y esencia (Ss.T.C. 159/1986, 254/1988, entre otras).

Partiendo de tales consideraciones se concluye, por lo que se refiere a las posibles intromisiones ilegítimas en este derecho, más específicamente, a las que resulten de la aplicación del artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, que comprenden cualquier tipo de fines publicitarios incluidos los no comerciales. Asimismo, el interés cultural relevante contemplado en el artículo 8.1 de la mencionada ley, no puede ser «una patente de corso» de los organismos oficiales para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas, por tanto, la relevancia como causa limitativa del derecho es entendida como imprescindibleidad del uso de la imagen en atención a sus fines.

TEXTOS LEGALES APLICADOS:

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

FALLO:

No ha lugar al recurso.

HECHOS:

Los hechos originadores de este litigio se refieren a la utilización incontestada de una imagen, en la que aparecen cinco personas, tres adultos y dos niños, como soporte gráfico de una campaña publicitaria de respeto a los mayores promovida en el año 1990 por el Ayuntamiento de Madrid, la cual había sido adjudicada por concierto directo a la entidad «Karacol Animación». Los padres de uno de los niños fotografiados (que en el año 1990 cumpliría tres años) y los cónyuges que aparecen también en la fotografía interpusieron demanda sobre el derecho a la propia imagen contra el Ayuntamiento de Madrid y el fotógrafo.

El Juzgado que conoció el pleito dictó Sentencia con fecha de 13 de abril de 1992 por la que se desestimaba la pretensión por no existir intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de aquéllos.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que mediante Sentencia de 8 de junio de 1993 estima el recurso por considerar que se había producido una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen de los recurrentes.

Tanto el Ayuntamiento como el fotógrafo interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero. En su recurso el demandado recurrente señor Hormaechea Mosquera, formula como primer motivo (art. 1.692.4.º de la L.E.C.) la infracción por inaplicación de lo previsto en el artículo 8.1.º de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Relata el recurrente de acuerdo con los hechos probados que, como profesional de la fotografía y en cumplimiento del contrato concertado con el Ayuntamiento de Ma-

drid, captó diversas fotografías, una de las cuales sirvió al Ayuntamiento para difundir la campaña informativa de «respeto a los mayores» en aras de «sensibilizar al público para que adopte un tipo de conducta más humanizada y tolerante con los mayores, concienciándole de que éstos requieren reconocimiento y respeto». Esta campaña publicitaria se adjudicó por concierto directo a la entidad «Karacol Animación», a través de contrato firmado el 26 de junio de 1990. En el *Boletín Informativo* publicado por el Ayuntamiento con el número 6 del mes de junio de 1990, aparece en la portada

la foto entregada por el recurrente al Ayuntamiento en la que se inserta en su ángulo superior derecho la frase «Campaña de respeto a los mayores»; y al pie de la foto se puede leer: «educa a tus hijos en el respeto a los mayores, porque ellos se lo merecen. Lo han dado todo y, aún hoy, lo siguen dando: cariño, consejos, enseñanzas... Un caudal de experiencias que tienen un valor incalculable y que ellos te lo dan gratis: Colabora en hacer la vida más grata a los mayores. Se lo merecen». Son los padres del niño fotografiado y los cónyuges que aparecen en la imagen quienes han interpuesto la demanda sobre el derecho a la imagen, origen de estas actuaciones.

Segundo. Nadie duda —dice el recurrente— que todo ciudadano debe gozar del derecho fundamental a su propia imagen como reconoce el artículo 18 de la Constitución Española, desarrollado por la Ley Orgánica ya referida. Pero, como acertadamente apunta la Exposición de Motivos de ésta «los derechos protegidos por la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados» y existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales como son los indicados en el artículo 8.º de la Ley. El artículo 8.1 literalmente dice: «No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.» Entiende el recurrente que el interés público y cultural de la campaña en la que se utilizó la fotografía que captó resulta clarísimo. Mas es lo cierto, de acuerdo con el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal, que el interés cultural, no cabe considerarlo tan relevante como para que predomine sobre el derecho fundamental a la imagen. En efecto, es evidente que, como todos los derechos, el derecho a la propia imagen no es absoluto en el sentido de que carezca de limitaciones; también los derechos fundamentales se encuentran sujetos a ellos; pero estas limitaciones no pueden restringir, hasta eliminarlo, el contenido y eficacia expansiva de los derechos inviolables de la persona que, incluso con sus limitaciones, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, según el artículo 10.1 de la Constitución. De ahí que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esen-

cia de tales derechos (S.T.C. 159/1986, de 12 de diciembre, y 254/1988, de 21 de diciembre, entre otras). No es posible, por tanto, entender comprendida entre los límites del derecho a la propia imagen que resultan del artículo 8.1 de la Ley 1/1982, la campaña publicitaria de orientación ciudadana acordada por el Ayuntamiento, que motivó la amplia difusión de las imágenes recurridas, aunque no tuviera la finalidad económica y sí tan sólo meramente educativa, porque la campaña del Ayuntamiento no puede convertirse en título para la vulneración o desconocimiento de un derecho fundamental, cuyo respeto o amparo corresponde a todos los poderes públicos. Esta Sala, en Sentencia de 19 de octubre de 1992, citada por la de instancia, ante un caso muy semejante a éste, no dio lugar al recurso de casación: en determinada publicación con fines educativos para la divulgación de ciertas experiencias entre los rectores de la educación, promovida por la Consejera de la Comunidad Autónoma, se insertó la fotografía del hijo de la actora, imagen que no tenía ninguna relación con la experiencia y que fue obtenida en un Centro hospitalario; ante este caso este Tribunal llegó a la conclusión de que no hay un interés cultural suficiente para justificar la intromisión en el derecho fundamental a la propia imagen del hijo de la actora.

Tercero. Razonablemente, con criterio que plenamente comparte este Tribunal la Sala de Instancia considera que la intromisión no está justificada. El dato de la relevancia falta, además como elemento sustancial del interés cultural. La intromisión ilegítima de los demandados en el derecho fundamental de los interesados en su propia imagen no puede ofrecer duda alguna. El señor Hormaechea capta, por medio de la fotografía, la imagen de los demandantes. Siendo indiferente que la foto la hubiera obtenido él personalmente o alguno de sus colaboradores o empleados, pues debe responder, tanto de sus propios actos (art. 1.902 del C.c.), como por aquellas personas de quienes se deba responder (art. 1.903 del C.c.). Pero es que el señor Hormaechea no se limita a captar la imagen por medio de la fotografía, sino que, además, hace entrega de la foto o del negativo al Ayuntamiento para que, si por éste se decidiera, fuera publicada, con lo que se convierte en el primer eslabón, indispensable e ineludible, de la publicación de la foto. Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid publica la imagen de los demandantes captada por medio de fotografía y la utiliza para fines publicitarios. En el número 6 del artículo 7 de la Ley Or-

gánica 1/1982, de 5 de mayo, se habla de «fines publicitarios, comerciales...», con lo que se patentiza la idea de tener cabida en este precepto los fines publicitarios que no sean comerciales, es decir, aquellos en los que no exista un interés crematístico, como ocurre en el presente caso de la campaña publicitaria de «respeto a los mayores». Aún admitiendo el interés cultural que se resalta en la expresada campaña, ese interés no tiene un carácter relevante, que le haga prevalecer sobre el derecho de los ciudadanos a su propia imagen, dado que la intromisión ilegítima en ese derecho no resulta ni imprescindible ni necesaria para dar cumplida satisfacción al reseñado interés cultural. La referencia al interés cultural no puede ser «una patente de corso» de los organismos oficiales para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino, por el contrario, debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines, imprescindibilidad que, desde luego, no concurre en el caso, pues se pudo y debió solicitar consentimiento o utilizar actores profesionales. Por todas estas razones parece el motivo.

Cuarto. El segundo motivo del recurso que examinamos denuncia la infracción (art. 1.692.4.º de la L.E.C.) del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982 al considerar que dentro de la información gráfica aparecida resulta casual o accesoria la imagen de los actores —y del menor— en el fotograma utilizado. Considera, en este orden el recurrente, que una simple ojeada revela cómo los adultos se encuentran en un segundo plano, en una perspectiva desprovista de relevancia alguna, soportando la imagen expresiva de la fotografía aquellas personas que no se identifican. Mas como razona la sentencia recurrida no nos encontramos en el presente caso ante el supuesto de hecho del que parte este precepto: «información gráfica sobre suceso o acaecimiento público». Es obvio que la presencia en un parque público, un día soleado, de cinco personas adultas y dos niños, siendo todas ellas desconocidas para el público en general, no puede calificarse de «suceso o acaecimiento público». Pero es que además ese carácter accesorio no puede predicarse ni de la captación de la imagen de los demandantes en re-

lación con la totalidad de la foto, ni de la foto en sí con la globalidad de la campaña informativa. Téngase en cuenta que de las cinco personas adultas y los dos niños que pueden observarse en la foto, los únicos a los que se puede identificar perfectamente por encontrarse de frente son el niño y los dos adultos demandantes (además de otro adulto). Y respecto a la campaña informativa ésta se basa y sustenta, como foto «estrella», en la que es objeto de estudio en este proceso. Las razones precedentes que comparte este Tribunal, hacen también inviable este motivo.

Quinto. El Ayuntamiento de Madrid, en su recurso, aduce como primer motivo (art. 1.692.4.º de la L.E.C.) la infracción del artículo 7.º número 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, al entender que esta norma, sólo protege la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, que sean comerciales o análogos, no para aquellos otros supuestos de publicidad en los que no existe interés crematístico, o no existe ningún tipo de interés. Pero como sostiene en escrito de impugnación el Ministerio Fiscal, el derecho a la propia imagen no tiene, como pretende el recurrente, esta protección tan limitada, como si tan sólo se tratara de preservar la imagen de la persona de aquellos ataques que tengan una finalidad económica, o de divulgación con fines publicitarios. La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cual sea la finalidad de esta difusión. El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, mas todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, cuando se trate de personas que ejercen 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 (art. 8.2 de la Ley 1/1982). Evidentemen-

te, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o representante cuya imagen por fotografía se difunde y publica, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, la imagen es publicada. Ninguna de las personas fotografiadas sin su consentimiento puede decirse que desempeñara cargo o profesión pública de notoriedad como la que proporciona el hecho de destacar en el arte, la ciencia, la política o el deporte; trátase de ciudadanos, muy respetables por supuesto, que transitaban o se esparcían en la vía pública cuando fue captada su imagen y después publicada con ocasión de cierta campaña informativa, lo que supone, sin duda, la intromisión ilegítima en el ámbito de protección que dispensa el derecho a la propia imagen, conforme establece el artículo 7.5 de la citada Ley. En contra de lo afirmado en este primer motivo por el recurrente, la sentencia de la Audiencia desde luego no infringe este artículo 7, punto 6, de la Ley 1/1982, que, ciertamente, es citado, junto al punto 5 del mismo artículo, porque son los preceptos en los que el legislador configura el derecho a la propia imagen al determinar cuáles son las intromisiones ilegítimas en este derecho fundamental, para concluir afirmando, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que el derecho a la propia imagen es derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos, supone la vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. En definitiva, el motivo sucumbe.

Sexto. El segundo motivo del recurso (art. 1692.4.º de la L.E.C.), acusa la infracción del artículo 2.1 de la Ley Orgánica de referencia, ya que, al parecer de la entidad recurrente, los usos sociales, los propios actos y las pautas de comportamiento elegidos por los denunciantes al exhibirse en la plaza pública conllevan que la preservación de la intimidad deba de entenderse relativizada. Pero debe remarcar que el derecho objeto de violación es el derecho a la propia ima-

gen. Y desde luego, no hay razones para considerar, en el caso, limitado tal derecho. La sentencia recurrida, con acierto, considera que no estamos en presencia de esta limitación al derecho, afirmando que las personas cuyos derechos fueron vulnerados jamás han permitido la más mínima explotación de su imagen, por lo que los usos sociales no permiten su captación y mucho menos su publicación; a lo que el recurrente opone que la exhibición en la plaza pública conlleva que la preservación de la intimidad debe entenderse relativizada, como si el ciudadano perdiera sus derechos a la intimidad y a la propia imagen por el simple hecho de salir a la vía pública o desde que abandona su propio domicilio. Como, además, pone de relieve el Ministerio Fiscal especialmente, entre las personas cuyos derechos a la propia imagen fueron vulnerados se encuentra un menor de edad (que en 1990 cumpliría tres años), GERARDO JOSÉ GONZÁLEZ GARCÍA DE MARINA, nacido el 22 de noviembre de 1987, respecto al cual cualquier acto de autorización o de disposición sobre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y protegidos civilmente en la Ley 1/1982, habría requerido necesariamente la intervención del Ministerio Fiscal. Los derechos fundamentales regulados por la Ley Orgánica 1/1982, como derechos de la personalidad, tienen carácter irrenunciable e inalienable, aunque permiten determinadas limitaciones impuestas, unas, por la ley, fundadas en el interés público, y otras, por decisión voluntaria del propio titular del derecho, al que se le permite actos de disposición de alguna de las facultades o poderes que configuran el contenido de esos derechos. Entonces, en realidad, no hay intromisión ilegítima en el ámbito de protección jurídica del derecho fundamental de que se trate. La facultad de disposición sobre algunas de las facultades que integran estos derechos no está totalmente eliminada del tráfico jurídico, pero siempre es preciso que conste el consentimiento expreso del titular (art. 2.2), que pueden prestarlo no sólo el sujeto que tenga plena capacidad, sino también los que tienen limitada su capacidad, como los menores e incapaces, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (art. 3.1). Sin embargo, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, como es un niño de tres años, entonces sólo puede manifestar su consentimiento el representante legal (art. 3.2). Pero este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario además, pa-

ra que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación. El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 3.2). Sólo con la intervención de éste el consentimiento no surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. En cualquier caso, el consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la Ley 1/1982, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal, que desde luego en el caso debatido no ha tenido intervención alguna para permitir la captación y reproducción fotográfica de la imagen del menor. Por todas las razones expuestas el motivo se rechaza.

Séptimo. Los motivos tercero y cuarto argumentan (art. 1.692.4.º de la L.E.C.), sobre infracciones ya examinadas al tratar el recurso anterior, concretamente del artículo 8.º puntos 1 y 2.c) de la mentada Ley Orgánica 1/1982, lo que lleva a concluir en la desestimación de los mismos. Sólo resta añadir en consonancia con el Ministerio Fiscal que el derecho a la propia imagen y, como derecho fundamental, es también un derecho de la personalidad que atribuye a la persona la facultad exclusiva a obtener, reproducir y publicar su propia imagen y, en su aspecto negativo, a impedir la obtención o reproducción y publicación de la imagen por un tercero. Este es el contenido sustancial del derecho, que con precisión y exactitud define la sentencia del esta Sala de 11 de abril de 1987, citada y reproducida por otras resoluciones posteriores y que conviene recordar. Dice así: «Imagen es la figura, representación o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse como equivalente a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y, en este sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en cuanto se trata de un derecho de la personalidad. Aun cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borro-

sos y contingentes, las más de las veces, es lo cierto que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida, origina un derecho al resarcimiento por violación de su intimidad.»

COMENTARIO:

I. La tutela civil del derecho a la propia imagen, tras su expreso reconocimiento constitucional en el artículo 18.1 de la Constitución Española, se especifica en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. A tenor de esta norma y, por lo que a este derecho se refiere, las conductas constitutivas de intromisión ilegítima se recogen en los apartados 5 y 6 del artículo 7 en los que, respectivamente, se establece que tendrán tal consideración «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2» y «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

La previsión legislativa que acaba de mencionarse no ha impedido que la protección sustantiva y autónoma de este derecho sea todavía una realidad jurídica cuestionada. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, tal cuestionamiento carece hoy de fundamento si la aludida configuración legal del derecho a la propia imagen se interpreta a la luz de los cánones hermenéuticos a los que hay que atender a tenor del artículo 3.1 del Código civil.

Según el sentido propio de las palabras utilizadas debemos poner de manifiesto que salvo en los supuestos de «lenguajes formalizados» —el de las normas jurídicas no lo es—, el significado de un concepto lo determina su uso en el lenguaje ordinario¹. En este entendimiento, no es extraño, entonces, como ha puesto de relieve abundante jurisprudencia, que la primera idea que se asocia al vocablo imagen sea precisamente la de figura, representación o semejanza de una cosa, si bien

¹ Cfr. SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, págs. 45 y ss.

«a los efectos que aquí interesan, ha de entenderse como equivalente a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción»², pudiendo abarcar no sólo la figura sino también el nombre y la voz para el supuesto de que su utilización obedezca a los fines previstos en el artículo 7.6, esto es, publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Y, en este sentido jurídico, habrá que entender que este derecho, en su aspecto positivo, se concreta en la facultad exclusiva del titular de obtener, reproducir y publicar su imagen y, en su aspecto negativo, consiste en la facultad de impedir la obtención, reproducción y publicación por un tercero.

Por tanto, es indudable que la realidad asignada por la expresión propia imagen es objeto de tutela por el Derecho. Ahora bien, la protección jurídica que se le confiere ¿se supedita a la vulneración de otros derechos de la personalidad, generalmente, el honor o la intimidad, o se considera con entidad suficiente para ser tutelada *per se*?

A nuestro entender, la segunda disyuntiva de la cuestión planteada debe ser contestada afirmativamente. Las razones para fundar la orientación de la respuesta que desde aquí se propone son de toda índole pero, en este contexto, nos limitaremos a las de carácter estrictamente positivo³.

Si de una primera aproximación, meramente literal, se puede afirmar que la imagen goza de protección en nuestro ordenamiento, una inter-

pretación sistemática de la Ley Orgánica 1/1982 que atienda a la finalidad y espíritu de la misma, nos lleva a sostener que la tutela del derecho a la propia imagen se desencadena independientemente de la lesión de otros derechos de la personalidad.

En este sentido, del contenido global de la Exposición de Motivos de la Ley se desprende la consideración de los derechos que en ella se contemplan como realidades diferentes, lo cual se confirma en el propio articulado, básicamente, en los apartados 5 y 6 del artículo 7 y en el artículo 8.2.

El artículo 7.5 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.

Asimismo, la protección dispensada a este derecho en el artículo 7.6 no sólo extiende su objeto más allá de la figura humana, alcanzando el nombre y la voz de las personas sino que, en ningún momento, hace depender su efectividad de la vulneración de los otros dos derechos regulados en la ley. 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 expresamente. Así ocurre, por ejemplo, en el primer inciso del apartado 3 del artículo 7 que, al reputar intromisión ilegítima «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre», está vinculando la intimidad con el honor de manera que, a tenor del mismo, para que la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona sea ilegítima ésta ha de afectar al derecho al honor en su aspecto objetivo, esto es, reputación o buen nombre.

Finalmente, la sustantividad alcanzada por el derecho a la propia imagen se ve reforzada en el artículo 8.2 en el que se positivizan una serie de excepciones aplicables exclusivamente a éste, tal y como se desprende de su encabezamiento: «En particular el derecho a la propia imagen no impedirá (...)», explicitándose a continuación las conductas que tendrán dicha consideración.

Por lo demás, el posicionamiento que venimos sosteniendo no es, en absoluto, aislado, existe un

² Cfr. Ss.T.S. 11 de abril 1987, F.J. 1 (R.A.J. 2703); 9 de mayo 1988, F.J. 3 (R.A.J. 4049); 29 de marzo 1989, F.J. 2 (R.A.J. 2480); 9 de febrero 1989, F.J. único (R.A.J. 822); 19 octubre 1992, F.J. 1 (R.A.J. 8079); 26 marzo 1993, F.J. 2 (R.A.J. 2396).

³ Dentro de los argumentos metajurídicos merece ser destacado el propuesto por LÓPEZ JACOISTE, J. J. («Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil», en la obra colectiva *Homenaje a Juan Berchmans. Vallet de Goytisolo*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1990, tomo IV, págs. 609 y 610) para quien además del texto constitucional y los pasajes legales concretos la autonomía del derecho a la propia imagen es consecuencia de otras circunstancias como el matiz de la «ocasionalidad», «la peculiar contingencia que se capta en un retrato y las grandes posibilidades de alterar la realidad, ya que aun sin ánimo doloso, la mera plasmación hace perdurable algo que quizá fuese pura transitoriedad». La idea de perdurabilidad material del retrato en contraposición a la posible ocasionalidad de lo que en él se refleja, a nuestro juicio, resulta cargada de grafismo.

importante sector doctrinal que se manifiesta sin ambages a favor de la protección autónoma de este derecho⁴. En este sentido, particularmente elocuente resulta lo afirmado por LÓPEZ JACOISTE para quien el derecho a la propia imagen «sustenta y actualiza, desde luego aspectos jurídicos ya abarcados en la protección de la libertad, la identidad, la vida privada y el honor de la persona. Pero, además, viene a significar de modo específico, el poder que al interesado incumbe de asentir o no asentir a la ocasionalidad a que responde toda imagen tanto en cuanto al hecho de ser retratado como quien haya de hacerlo, y la ulterior difusión y utilización del retrato»⁵.

Asimismo, BALAGUER CALLEJÓN, tomando como punto de partida el objeto de este derecho, sostiene que «la imagen constituye un derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad y al honor, cuya diferenciación con éstos estriba fundamentalmente en que la imagen hace referencia a un derecho a lo puramente externo, en contraposición con la intimidad, que consiste precisamente en el derecho a que no sean desvelados aspectos íntimos de la personalidad, y al honor, donde puede tratarse de aspectos externos o internos, pero deben lesionar la dignidad personal»⁶.

⁴ En este sentido, véanse CASAS VALLÉS, R.: «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación», en *P.J.*, núm. 14, 1988, pág. 137; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», *A.D.C.*, 1994, pág. 36; GARCÍA HERRERA, M. A.: «Estado democrático y libertad de expresión (I)», *R.F.D.U.C.*, 1982, núm. 64, pág. 172; IGARTUA ARREGUI, F.: «Comentario a la S.T.S. 28 de octubre 1988», en *C.C.J.C.*, núm. 18, pág. 974; IGLESIAS CUBRÍA, M., *El derecho a la intimidad*, Discurso inaugural del año académico 1970-1971, Universidad de Oviedo, Ed. Universidad de Oviedo, págs. 31; PARRA LUCÁN, M.^a A.: «De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad», *A.D.C.*, 1989, tomo I, pág. 217; PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 297; ROGEL VIDE, C.: *Estudios sobre propiedad intelectual*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 193; ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1987, pág. 21; RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 110.

⁵ LÓPEZ JACOISTE, J. J.: «Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil», *ob. cit.*, págs. 609-610.

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L.: *El derecho fundamental al honor*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 26 y 41.

En este punto será bueno recordar que, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley del 82, ya OLIVEROS LAPUERTA, M.^a V. (*Estudio sobre la protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a*

La misma conclusión se desprende del hilo argumental seguido por la sentencia objeto de comentario, que toma como presupuesto o premisa básica el derecho a la propia imagen independientemente de los demás derechos de la personalidad. Es más, ante una desviación, a nuestro juicio intencionada, del objeto del litigio hacia el derecho a la intimidad, el Tribunal con acierto subraya que se trata del derecho a la propia imagen y lo hace en los siguientes términos: «debe remarcar que el derecho objeto de violación es el derecho a la propia imagen»⁷.

La toma de conciencia de la autonomía del derecho a la propia imagen confiere a esta sentencia una peculiar significación, en la medida en que podría suponer —junto con la de 3 de octubre de ese mismo año⁸—, el comienzo del fin de una jurisprudencia vacilante en exceso. La ausencia, hasta el momento, de criterios jurisprudenciales uniformes se proyecta en la existencia de pronunciamientos en los que se nos habla de 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 persona⁹, mientras que en otras ocasiones se afirma 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 intimidad¹⁰.

El confuso estado de la cuestión no es patrimonio exclusivo de la jurisprudencia, existen, asimismo, numerosos autores que todavía se resisten a reconocer el grado de madurez alcanzado por este derecho, circunstancia ésta que, algunas veces, propicia la incursión en contradicciones. En este sentido, a pesar de admitir el proceso de

la Propia Imagen, Ed. Cuadernos de Documentación, núm. 38, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980, pág. 21) había afirmado que «la imagen de una persona constituye una realidad autónoma susceptible por sí misma de una protección jurídica».

⁷ Cfr. Fundamento Jurídico 6.^o

⁸ R.A.J. 7012. Se trataba en esta ocasión de la utilización en un calendario, para la campaña publicitaria de una conocida marca de cerveza, de la imagen de dos campeones olímpicos en plena competición (don Luis Doreste y don Roberto Molina), con indicación en el mismo de sus nombres y de la obtención de una medalla de oro en la prueba de vela 470.

⁹ V. gr.: Fundamento Jurídico único de la S.T.S. 13 de noviembre de 1989 (R.A.J. 7873).

¹⁰ V. gr.: Ss.T.S. 11 de abril 1987, F.J. 1 (R.A.J. 2703); 29 de mayo de 1988, F.J. 3 (R.A.J. 4049).

sustantivación que ha seguido este derecho, consideran que es en su misma raíz una manifestación del derecho a la intimidad¹¹, un derivado o consecuencia lógica y natural del mismo¹², cuya especificación constitucional estaría justificada al ser a través de su ignorancia como más frecuentemente se viola la intimidad¹³.

En cualquier caso, si tomamos como punto de referencia último el fallo de la sentencia objeto de comentario parece que, al menos en la práctica, va forjándose la idea de la protección autónoma del derecho a la propia imagen.

II. Ya por lo que se refiere a los motivos esgrimidos por los recurrentes, nos encontramos, en primer lugar, con la alegación de la infracción del artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982. Concretamente se afirma que en la campaña publicitaria de «respeto a los mayores», cuyo soporte era la fotografía, el interés público y cultural resulta clarísimo y, por tanto, debería haberse aplicado el mencionado artículo 8.1 en virtud del cual no se reputan, con carácter general, intromisiones ilegítimas aquellas actuaciones en las que predomine un interés cultural relevante.

¹¹ Véase VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984, pág. 125.

La misma idea late con anterioridad en la opinión de FARIÑAS MANTONI, L. M.: *El derecho a la intimidad*, Ed. Trivium, Madrid, 1983, pág. 105, y, con posterioridad, en la de AMAT LLARI, E.: *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Ed. La Ley, Madrid, 1992, págs. 5 y 7.

¹² Véase ROMERO COLOMA, A. M.: *Los bienes y derechos de la personalidad*, Ed. Trivium, Madrid, 1985, pág. 83.

En igual dirección discurre el pensamiento de DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (*Sistema de Derecho civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, vol. I., pág. 343), para quienes el derecho a la propia imagen no es más que una manifestación del derecho a la intimidad que alcanza autonomía en su tratamiento porque es a través de aquél como se viola más fácil y frecuentemente la esfera reservada de la persona, dados los potentes medios técnicos que se emplean para ello.

Asimismo, véase PARDO FALCÓN, J.: «Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *R.E.D.C.*, núm. 34, pág. 167.

¹³ Véase SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J.: «Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Ed. Asamblea Nacional de Murcia, núm. 2, 1990, pág. 51.

La respuesta que dicha pretensión recibe por parte del Tribunal resulta, en nuestra opinión, convincente y clarificadora. Con gran sutileza —inspirada en los criterios hermenéuticos del Tribunal Constitucional respecto de los límites de los derechos fundamentales¹⁴—, interpreta el carácter relevante del interés cultural que debe concurrir para la aplicación del precepto que se entiende infringido en el sentido de que «el acento efectivamente de la relevancia, como causa limitativa de un derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen, la cual desde luego no concurre en el presente caso, pues se pudo y se debió solicitar el consentimiento o utilizar actores profesionales».

El enfoque dado en esta ocasión no tiene precedente en otros pronunciamientos en los que con mayor o menor fortuna se apreció la concurrencia del interés cultural¹⁵, por lo cual conside-

¹⁴ En este sentido, en el Fundamento Jurídico 2.º de la sentencia, que examina la viabilidad de este motivo del recurso, se citan expresamente las Ss.T.C. 159/1986 y 254/1988.

¹⁵ Constituye un ejemplo claro de lo que acabamos de señalar la S.T.S. de 16 de marzo de 1990 (R.A.J. 1704) relativa a la publicación en el *Diario de Cuenca* de dos artículos, el primero bajo la rúbrica «Un libro de Derecho despierta las protestas de los alumnos de la Autónoma» en el que se asegura que un profesor de Derecho canónico (recurrente) obliga a comprar un libro escrito por él, y el segundo con el título «Los alumnos de Derecho se destapan» en el que se manifiesta que el citado profesor los coaccionó a comprar su libro, fueron los desencadenantes de un litigio cuya solución llegó hasta el Tribunal Supremo. En el presente caso, el Tribunal Supremo hace suyos los siguientes hechos probados en la instancia: el profesor obliga a comprar un libro escrito por él, lleva varias semanas sin asistir a clase y al mismo tiempo se dice que el autor del libro es buen profesor.

Partiendo de tales premisas y tras la lectura de los artículos periodísticos en cuestión se señaló que carecían de carácter difamatorio para el recurrente, que no hacían desmerecer en la consideración ajena, pues había en ellos un cierto interés cultural relevante, lo que le llevó a la aplicación del artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 y, consiguientemente, a no reputarlas como intromisión ilegítima. Discrepamos del razonamiento vertido para no reputar la conducta descrita en los artículos como desmerecedora de la consideración ajena. A nuestro entender más que ante la presencia de un interés cultural, el fundamento se encontraría en el propio tenor literal de los artículos publicados que no constituía un ataque a la persona, sino más bien el relato de un acontecimiento que estaría protegido por el derecho a la información o a la libertad de expresión.

Asimismo, se apreció la concurrencia de un interés cultural [S.T.S. de 21 de diciembre de 1994

ramos que esa abstracción del elemento de la relevancia, como sinónimo de imprescindibilidad, resultará de indudable provecho para la interpretación futura del artículo 8.1, erigiéndose en un importante límite a la hora de ponderar la presencia no sólo del interés cultural, sino también de los otros dos intereses legalmente previstos: el histórico y el científico.

Debe retenerse además, como bien apunta la sentencia, que no basta con la relevancia de ese interés, sino que es necesario que éste predomine. Acerca de la valoración de esta prevalencia no se pronuncia específicamente el Tribunal, pero a nuestro entender precisaría de la emisión de un doble juicio de apreciación. Por una parte, habría que determinar el valor intrínseco del interés en conflicto, para lo cual se atendería a la entidad propia de éste en el ordenamiento jurídico. Por otra parte, el resultado así obtenido se completaría a través de una ulterior valoración comparativa que supondría que dicho interés, para ser atendible en el caso concreto, debería ser considerado superior al que está protegido en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Su-

(R.A.J. 9775)], en la publicación de una fotografía sin consentimiento, en este caso, de los herederos de la efigiada. Se trataba en concreto de la utilización de la imagen de una persona fallecida con ocasión de dar publicidad a la reposición de la zarzuela «La Chulapona» que en el año 1934 había sido representada por la actriz. En lo que aquí interesa la mencionada sentencia declara que en el actual supuesto se trata de la reproducción fiel de la imagen de la actriz en relación con los carteles de 1934 y no supone en forma alguna representación grotesca, insultante, ridícula, soez, difamatoria, degradante de la misma o en cualquier manera desdoro para su figura, pues se pretendía con ello hacer un homenaje y reconocimiento de los acreditados méritos de la actriz sin mengua alguna de su fama y con absoluto respeto y lealtad al viejo cartel anunciador. Por todo ello, considera inaplicable el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, puesto que «la publicidad y comercialización que en el mismo se contiene no fue el objetivo de la publicación sino que actuaron como medios para la mejor proyección del interés cultural acreditado». Además, añade el Tribunal que «buena prueba de ello son los reducidos ingresos obtenidos por la venta de posters, libretos, incluso su bajo precio, con lo que el propósito principal se desvanece y pasa a un segundo plano, todo ello con independencia de los producidos por la expedición de localidades, pues no se reprodujo en la escena ni se utilizó para nada la imagen de doña Selica». En este caso, si bien la sentencia afirma la existencia de un interés cultural acreditado olvida mencionar siquiera que éste fuese relevante, lo cual, desde nuestro punto de vista, merece un juicio negativo al menos en cuanto a la forma.

terioridad que, tal y como se desprende de la doctrina constitucional surgida en torno a este precepto, viene dada por imperativos de interés público y que, por tanto, exige «para que el derecho fundamental a la propia 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 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»¹⁶.

III. El segundo motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 8.2.c) de la Ley del 82, al prescribirse en el mismo que el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

A este respecto, teniendo en cuenta que estamos ante una norma de carácter excepcional que, por tanto, necesita de una interpretación restrictiva, resulta ocioso advertir que la plasmación de un momento de ocio o esparcimiento en un parque público un día soleado es un hecho difícilmente subsumible en el precepto que se considera infringido. Como lo es también la afirmación del carácter accesorio de la imagen, cuando ésta es justamente, en palabras del propio Tribunal, la estrella de la campaña.

La vulneración invocada tampoco resulta atendible si se analiza desde la óptica del espíritu y finalidad de esta norma [art. 8.2.c)]. En este sentido, no podemos olvidar que su previsión obedece a razones ajenas al supuesto que aquí se plantea. Todo apunta a que su finalidad no es otra que la de paliar la imposibilidad material de recabar el consentimiento de todas las personas que, accesoria o accidentalmente, aparecen en las imágenes que sostienen la información gráfica de un suceso.

Se trata, en definitiva, de excepciones que obedecen principalmente a la satisfacción de otro derecho fundamental: el derecho a la información. En consecuencia, resulta lógico inferir que un derecho fundamental como es el derecho a la propia imagen, tan sólo puede ceder ante otro

¹⁶ Cfr. Fundamento Jurídico 8 de la S.T.C. 110/1984, de 26 de noviembre, B.O.E. núm. 305, 21 de diciembre.

que ostente el mismo rango como es el de información¹⁷.

Pero es que, además, es preciso subrayar que una interpretación armónica de los artículos 7.6 y 8.2 nos lleva a concluir que la virtualidad de las excepciones contempladas en este último depende de la ausencia de fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga previstos en el primero. Pretender lo contrario supone una desnaturalización paradójica e injustificada del artículo 7.6. Es paradójica porque nos encontraríamos con la posibilidad de que la utilización comercial de la imagen de una persona —utilizando los criterios de accesoriadad que pretenden los recurrentes—, sería legítima, mientras que la simple captación de la misma podría resultar ilegítima (art. 7.5). Asimismo, es injustificada porque al interpretar ampliamente lo que, sin duda alguna, es una norma excepcional se estaría ignorando nuevamente la doctrina del Tribunal Constitucional que impone que los límites de los derechos fundamentales sean interpretados «con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia de tales derechos».

IV. A los motivos anteriores, comunes para el fotógrafo y el Ayuntamiento, se yuxtaponen otros dos alegados por este último. El primero de ellos se refiere precisamente a la infracción del ya mencionado artículo 7.6 de la Ley del 82, que es interpretado por la parte recurrente en el sentido de que esta norma sólo protege la utilización de la imagen para fines publicitarios que sean comerciales o análogos, no para aquellos otros supuestos de publicidad en los que no exista un interés crematístico.

Frente a dicha interpretación —en nuestra opinión extremadamente parcial—, el Tribunal entiende que el derecho a la propia imagen no tiene una protección tan limitada como se pretende, y considera al efecto que los fines a los que se refiere el artículo 7.6 comprenden tanto los publicitarios en sentido estricto como los económicos, e incluso cabría añadir cualesquiera otros que puedan considerarse análogos.

Es más, el Tribunal sostiene que en puridad, de los dos apartados que configuran negativamente el derecho a la propia imagen —apdos. 5 y 6 del art. 7—, en la Ley del 82, la conducta descrita es constitutiva de intromisión ilegítima conforme al número 5 del artículo 7, habida cuenta

de que se considera un ataque al derecho fundamental a la propia imagen todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía filme u otro procedimiento, de la imagen de una persona sin su consentimiento, en momentos o lugares de su vida privada o fuera de ellos.

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, no existe inconveniente alguno que impida subsumir los hechos originadores de este litigio en el número 6 del artículo 7. Pero, aun en el supuesto de que, como se pretende, el precepto aplicable fuese éste, la interpretación que el recurrente efectúa no sólo quebranta el tenor literal del precepto en cuestión —pues parece que olvida la coma que separa la finalidad publicitaria de la comercial—, sino que además ello le conduce a asimilar el significado del término «publicitario» a «comercial»¹⁸, con lo cual uno de los dos resulta superfluo por redundante. Como es de suponer que dicha redundancia no es posible habrá que buscar una interpretación en la que tengan juego ambos calificativos. En este entendimiento, consideramos 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.

Asimismo, la interpretación del recurrente excluiría de la órbita de protección de esta norma la utilización de la imagen, el nombre o la voz de una persona con finalidades benéficas, deportivas, políticas, etc., con la consiguiente reducción injustificada de la protección que la misma persigue.

V. Finalmente, se fundamenta el recurso en la infracción del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 que establece que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». Entiende la parte recurrente que al exhibirse los denunciados en una plaza pública la preservación de su intimidad debe entenderse relativizada.

La argumentación vertida en esta ocasión para rebatir dicha pretensión se proyecta en dos ámbitos: 1) el derecho objeto del litigio, y 2) el consentimiento.

¹⁸ Nótese que el artículo 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».

¹⁷ En este sentido, véase S.T.S. de 3 de octubre de 1996, F.J. 2 (R.A.J. 7012).

Por lo que se refiere al primero, el Tribunal subraya con acierto que el derecho objeto del litigio es el derecho a la propia imagen, no la intimidad y adhiriéndose expresamente a la fundamentación de la sentencia recurrida considera que «no estamos en presencia de esta limitación al derecho, afirmando que las personas cuyos derechos fueron vulnerados jamás han permitido la más mínima explotación de su imagen, por lo que los usos sociales no permiten su captación y mucho menos su publicación», pues no parece concebible que «el ciudadano perdiera sus derechos a la intimidad o a la propia imagen por el simple hecho de salir a la vía pública o desde que abandona su domicilio». A lo cual cabría añadir que aun en el supuesto de que esas personas con anterioridad hubieran explotado su imagen ello no significa que se pueda prescindir del consentimiento del titular del derecho. En efecto, los usos sociales y los propios actos del titular del derecho, como criterios o parámetros legales de la delimitación de la protección civil, cumplen una función que está lejos de surtir los mismos efectos que el consentimiento que, en cualquier caso, deberá ser expreso¹⁹.

¹⁹ El carácter expreso del consentimiento impide, a nuestro juicio, la validez de los consentimientos tácitos y presuntos. En este sentido se pronuncian varios autores, así, por ejemplo, GITRAMA GONZÁLEZ, M.: «El derecho a la propia imagen, hoy», en la obra colectiva *Homenaje a Juan Berchmans. Vallet de Goytisolo*, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, tomo VI, pág. 219; HERCE DE LA PRADA, V.: *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de comunicación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 143; LETE DEL RÍO, J. M. (*Derecho de la persona*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 207), interpreta el artículo 2.2 en el sentido de que la necesidad de que el consentimiento sea expreso «quiere decir que no ha de ser tácito ni presunto».

Esta interpretación restrictiva del consentimiento tiene además su fundamento en la calificación que el propio Tribunal Constitucional hace de este término, puesto que lo considera como una facultad excepcional otorgada (F.J. 5 de la S.T.C. 117/1994, de 25 de abril, B.O.E. núm. 129, 13 de mayo). En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la exigencia del carácter expreso no figuraba en el Proyecto de Ley y fue incorporado posteriormente de forma explícita, a este respecto, véase B.O.C. núm. 104.I, 19 de diciembre, y B.O.C. núm. 104.I, 2 de junio 1981.

La exigencia del carácter expreso, sin embargo, no es unánimemente aceptada. Así, por ejemplo, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. («El derecho a la intimidad», en la obra colectiva *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, vol. 1.º, pág. 661) entiende que «pese a la dicción textual de la ley, puede darse un consenti-

Por lo que se refiere al segundo, esto es, el consentimiento, dejando al margen lo afirmado en relación a la necesaria intervención del Ministerio Fiscal que tratándose de un menor de tres años está fuera de toda duda²⁰, es preciso analizar su vinculación con la disponibilidad. En este sentido, el Tribunal además de referirse al carácter irrenunciable e inalienable de los derechos regulados en la Ley Orgánica 1/1982²¹, como derechos

miento tácito, que se asimila al expreso, aunque también puede incardinarse en el caso de exclusión del ámbito de la intimidad por los propios actos que cada persona mantenga reservado para sí misma o su familia, a que se refiere el mismo artículo 2.1. Es el caso de que el sujeto no consiente expresamente en la intromisión, pero sí tolera que periodistas o fotógrafos penetren o permanezcan en su círculo íntimo». En un sentido semejante, véanse CASAS VALLÉS, R.: «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación», *ob. cit.*, pág. 134; ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, *ob. cit.*, pág. 98.

La validez de los consentimientos tácitos es admitida, asimismo, por MARTÍN MORALES, R.: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1994, pág. 50, en la medida en que afirma que: «En realidad lo que quiere decir el artículo 2.2 no es que el consentimiento no puede ser presunto (...). Ahora bien, a pesar de que formas tácitas de consentimiento también pueden ser válidas, esta modalidad ha de interpretarse muy restrictivamente».

²⁰ En el momento presente, después de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, es posible la intervención del Ministerio Fiscal incluso en relación a las autorizaciones prestadas por el propio menor *ex artículo 4*.

Específicamente, el artículo 4 de la mencionada ley establece, por un lado, que «la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de menores en los medios de comunicación que pueda 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» y, por otro lado, «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».

²¹ Concretamente, el mencionado artículo 1.3 señala que: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2.º de esta ley.»

de la personalidad, sostiene que, no obstante, «la facultad de disposición sobre algunas facultades que integran estos derechos no está totalmente eliminada del tráfico jurídico, pero siempre es preciso el consentimiento del titular».

En nuestra opinión, sin embargo, no puede hablarse de disposición, antes al contrario, como nos enseña DE CASTRO, la persona no tiene sobre ellos un auténtico *ius dispositivum*²². Por consiguiente, el efecto de las limitaciones voluntarias de los derechos contemplados en la Ley Orgánica 1/1982 a través de la prestación del consentimiento de su titular no es otro que el disolvente de la ilicitud. Concretamente, la configuración legal de la facultad de revocar prevista en el artículo 2.3 que establece que «el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas», nos lleva a concluir que lo que en la ley se denomina consentimiento lo es de un negocio autorizativo en sentido estricto cuyo resultado es simplemente un permiso, un mero acto de tolerancia para la intromisión²³.

La falta de disponibilidad que venimos reivindicando, no empece la existencia de un contrato que tenga su origen en el consentimiento proyectado en el artículo 2.2; un contrato que tuviera por objeto, precisamente, la autorización, porque el cauce del contrato en el que apareciese una auténtica obligación consideramos que sería atípico con respecto a esta ley.

Cuanto acaba de afirmarse podría resultar absurdo, o cuando menos insólito, si se pone en relación con el fenómeno en alza de los contratos

de imagen de modelos, deportistas o artistas profesionales. En este sentido, es preciso advertir que en esas relaciones jurídicas existen elementos nuevos constituidos por intereses laborales, profesionales, empresariales, etc., que introducen nuevos valores que hacen que el juicio de reproche a estas obligaciones por parte del ordenamiento jurídico sea mucho menor que cuando se trata de crear una obligación con cargo a personas en las que no concurren los antedichos elementos.

En suma, no puede negarse que la Ley del 82 ha reconocido algo, por lo demás evidente, como es el valor publicitario y comercial de la imagen, la voz y el nombre de la persona, pero no ha previsto un régimen jurídico específico acorde con las necesidades que dicho reconocimiento conlleva. De ahí la necesidad de plantearse una reordenación de esta materia a fin de poder dar cumplida respuesta a los problemas que, con carácter general, plantea el valor publicitario y comercial de ciertos atributos de la personalidad.

VI. Por último, como conclusión reiterar el acierto del Tribunal Supremo al reconocer la protección del derecho a la propia imagen independientemente de la vulneración de cualesquiera otros derechos de la personalidad. De este modo responde satisfactoriamente al espíritu y finalidad de la Ley Orgánica 1/1982, y en particular la interpretación del carácter relevante del interés que debe concurrir para poder aplicar el artículo 8.1 aporta una luz que contribuye a delimitar con mayor nitidez los contornos siempre imprecisos de los intereses contemplados en el mismo.

Ahora bien, lo acertado de este posicionamiento se ve, en cierto modo, empañado por la afirmación de que «aun cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos, borrosos y contingentes, las más de las veces, es lo cierto que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida origina un derecho de resarcimiento por violación de la intimidad».

Tal aseveración, seguramente correcta en el año 1987 en el que la Ley Orgánica 1/1982 tímidamente llegaba al Tribunal Supremo, hoy es más discutible sobre todo en relación a la expresión «las más de las veces», pues cada vez son menos las veces en las que la vulneración del derecho a la propia imagen origina un derecho de resarcimiento por vulneración del derecho a la intimidad.

²² En este sentido, DE CASTRO (*Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 10), afirma literalmente que: «Hay que tener en cuenta que la persona no tiene en ellos un auténtico derecho subjetivo (*ius dominativum*), que carece de un poder dispositivo sobre los mismos, que están fuera del comercio de los hombres (art. 1271) y que sus facultades sobre los mismos (llamados impropriadamente derechos), las de *custos et administrator*, se refieren fundamentalmente a la exigencia de protección y, en su caso, de indemnización. Siendo además sus facultades de ejercicio más limitadas que las que se tienen respecto de los bienes sociales.»

²³ Acerca de la fundamentación detallada de la conclusión expuesta en el texto, véase ROVIRA SUEIRO, M. E.: *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Tesis Doctoral inédita, Universidad de La Coruña, 1997, págs. 276-295.