

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD (AL
HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN)
COMO CATEGORÍA UNITARIA

FUNDAMENTAL RIGHTS RELATING TO THE PERSONALITY (TO
HONOUR, PRIVACY AND OWN IMAGE) AS UNITARY CATEGORY

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 54-111



José Ramón
DEVERDAY
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: En el presente trabajo se propone la adopción de una categoría unitaria de los derechos fundamentales de la personalidad, con identidad conceptual y de contenido, en la que confluyan las dos visiones tradicionales provenientes del Derecho Público y del Derecho Privado.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, derechos de la personalidad, honor, intimidad, propia imagen.

ABSTRACT: The present paper suggests steps to a unitary category of fundamental rights relating to the personality with conceptual identity where two traditional views taken from public and private Law come together.

KEY WORDS: Fundamental rights, rights relating to the personality, honour, privacy, own image.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. LA EFICACIA PRIVADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La posición de la doctrina española: la tesis de la eficacia directa/indirecta. 3. Toma de posición. 4. Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo como medio de control indirecto de la constitucionalidad de los actos de los particulares. III. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. 1. El alcance del principio de autonomía privada en los derechos fundamentales de la personalidad. 2. El significado de que el consentimiento sea expreso. 3. El consentimiento de las personas menores y discapacitadas. La posibilidad de revocación del consentimiento. IV. LA IDENTIDAD SUSTANCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD. 1. Planteamiento del problema. 2. La distinción norteamericana entre right of privacy and right of publicity y su falta de ajuste al sistema español. 3. La inadecuada distinción entre el “aspecto constitucional” y el “aspecto civil” del derecho a la imagen. V. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD. 1. La Pretendida titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas privadas. 2. La titularidad del derecho a la intimidad. VI. LA SINTONÍA DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y CIVIL RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA DE LOS FALLECIDOS. VII. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD QUE NO SON DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO PARADIGMÁTICO DEL DERECHO A LA VOZ. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Una de los problemas dogmáticos recurrentes en el ámbito del Derecho de la Persona es explicar de modo adecuado la relación entre la categoría de los “derechos fundamentales” y la de los “derechos de la personalidad”. Las dificultades nacen por el diverso origen de ambas: los derechos fundamentales se conciben inicialmente como reductos de inmunidad frente a las injerencias de los poderes públicos¹; los derechos de la personalidad como una técnica del Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en ámbitos de la propia

¹ Es pacífico en la doctrina que la consagración jurídico-positiva de los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo respondía a la finalidad básica de establecer límites a la actuación de los poderes públicos, garantizando ámbitos de libertad de la persona frente al Estado. Así, exponen GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986, p. 11: “Es sabido (y aun a veces olvidado de puro sabido) que los derechos fundamentales y su plasmación positiva en las Declaraciones y Constituciones a partir de finales del siglo XVIII se forjan en la idea de garantizar un ámbito personal inmune a la injerencia estatal”. Véanse, sin embargo, las observaciones críticas de BALLARÍN IRIBARREN, J.: “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *REDC*, 1988, núm. 24, pp. 285-288, a propósito de esta “concepción clásica” de los derechos fundamentales.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Actualmente dirige el Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, “Impacto social de las crisis familiares”. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012, o “Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones”, Thomson-Aranzadi, 2015.

esfera personal (física o psíquica) de los seres humanos², justificando la puesta en marcha de la tutela inhibitoria (para hacer cesar la intromisión) y resarcitoria (para obtener la reparación del subsiguiente daño moral)³.

2 Lo evidencia DE ÁNGEL YAGÜE, R.: "La protección de la personalidad en el Derecho Privado", *Revista de Derecho Notarial*, 1974, pp. 13-14, al conectar al "marco de las relaciones entre individuos y terceros, esto es, del campo propio del Derecho Privado", "las doctrinas de la personalidad, del derecho subjetivo, de la autonomía privada y, sobre todo, con la de daños".

3 En la doctrina continental europea de matriz latino no puede dejar de destacarse la cuidada y temprana elaboración debida a PERRAU, E.H.: "Des droits de la personnalité", *RTDC*, 1911, pp. 505-507, que, por ejemplo, reconoce ya el derecho a la propia imagen en el marco de los que llama "derechos del individuo como tal", concernientes a su individualidad física. Observa, así, que la jurisprudencia ha debido completar la protección de la personalidad física, sobre todo después de la invención y desarrollo de la fotografía y el cinematógrafo, y colmar de la mejor manera posible una laguna de la legislación positiva, decidiendo que el respeto a la personalidad física impide la reproducción reconocible de los rasgos de la fisonomía de una persona, sin su autorización y su exposición o venta al público. Por el contrario, el autor trata del derecho al honor dentro de los derechos concernientes a la individualidad moral, como también del derecho a la intimidad, en una brevísima referencia, en la que afirma la libertad de la persona para organizar su vida privada. Con carácter general, asigna a los derechos de la personalidad dos notas principales: su oponibilidad *erga omnes* y ser inestimables en dinero, sin perjuicio de admitir, no obstante, su reparación como medida de protección de la víctima; de esta segunda nota principal (imposibilidad de exacta estimación pecuniaria) deduce que son inalienables, imprescriptibles, intransmisibles a título de herencia y no susceptibles de ejercicio por medio de representación.

En Francia es, desde luego, temprano el reconocimiento y protección jurisprudencial de los derechos de la personalidad. Así, en relación al derecho a la propia imagen, hay que referirse al viejo fallo del Tribunal Civil del Sena, de 11 de abril de 1855 (*Ann. prop. ind.*, 1860, p. 167), que, en el caso, Sor Mélanie c. Fougère, afirmó que un artista no tenía derecho a exponer en un salón de bellas artes un cuadro, sin el consentimiento de la persona representada o del propietario de la pintura. En el caso litigioso se mezclaba el tema del uso indebido de un cuadro contra la voluntad de su propietario, con el derecho a la imagen de la monja en él representado, superiora de una congregación religiosa, que había sido condecorada con la Legión de honor, por su actuación durante una epidemia de cólera y que –supongo– estaba muerta al tiempo de plantearse el litigio. La demandada la retrató y regaló el cuadro a la congregación, la cual posteriormente le encargó una réplica del mismo, entregándole el original, a fin de que pudiera copiarlo. Sin embargo, la demandada lo envió a la exposición de Bellas Artes de París, donde fue admitido. A instancia de la representante de la orden religiosa, el Tribunal ordenó que el cuadro fuera retirado de la exposición, fundándose en que el mismo era propiedad de la congregación y, en consecuencia, no podía ser expuesto sin su consentimiento y, sobre todo, contra su voluntad. Posteriormente la Sentencia del Tribunal Civil del Sena, de 14 de marzo de 1860 (*Ann. prop. ind.*, 1860, p. 171) afirmó que el retrato de una persona no podía ser reproducido, expuesto y vendido, sin su consentimiento o el de su familia, después de su fallecimiento. En realidad, el mismo Tribunal ya había hecho aplicación de esta regla, en relación con la imagen de las personas fallecidas, en dos célebres fallos anteriores: en la Sentencia de 16 de junio de 1858 (*Ann. prop. ind.*, 1858, p. 250), en el caso Félix c. O'Connell, sostuvo que nadie tenía el derecho, sin el consentimiento de la familia, a reproducir los rasgos de una persona sobre su lecho de muerte, cualquiera que hubiera sido la celebridad de la misma y la mayor o menor publicidad, ligada a los actos de su vida; en la Sentencia de 11 de noviembre de 1859 (*Ann. prop. ind.*, 1860, p. 168), en el caso Sergent c. Defonds, sostuvo que la familia de una persona muerta tenía el derecho a oponerse a la reproducción y a la exposición de su retrato. En cualquier caso, la "entrada" de los derechos de la personalidad en el Código civil francés ha sido relativamente reciente". El legislador galo de 1804 (y, por su influencia los códigos civiles de impronta francesa, como es el español o el italiano de 1865) no se cuidó, en efecto, de incluir en el *Code* una regulación de los derechos de la personalidad, sin duda, porque consideraba que se estaba ante una materia propia del Derecho Público, preocupándose, eso sí, de consagrar una "Declaración de derechos del hombre y del ciudadano", aprobada por la Asamblea Constituyente el 26 de agosto de 1789, con el fin de garantizar ámbitos de libertad a las personas frente a eventuales injerencias por parte de los poderes del Estado. Sólo, tras la Ley 70-643, de 17 de julio de 1970, el art. 9 del Código civil francés consagró el derecho al respeto a la "vida privada" y, posteriormente, la Ley 94-653, de 1994, de 30 de julio introdujo en el *Code* el derecho al respeto al cuerpo humano, en su formulación de los arts. 16, 16-1 a 16-9.

El derecho al respeto de la vida privada, consagrado en el vigente art. 3 del *Code* se ha convertido en una especie de concepto general capaz de dar cobertura otras manifestaciones de la personalidad distintas a la intimidad, como por ejemplo, el derecho a la propia imagen. V. en este sentido, por ejemplo, Sentencias de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 13 enero de 1998 (D 1999, Somm, 167) y de 16 de julio de 1998 (D 1999, Jur., 541), así como la Sentencia de la Sala Segunda de la misma Corte, de 19 de febrero de 2004 (D 2004, Jur., 2596). La Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 12 de diciembre de 2000 (D 2001, 2434) ha afirmado, incluso, que los atentados contra el derecho a la vida privada y el derecho a la propia imagen son fuentes de perjuicios diversos; y en el mismo sentido se ha orientado la posterior Sentencia de la misma Sala, de 10 de mayo de 2005 (D 2005, p. 1380), que afirma que el respeto debido a vida privada y a la propia imagen constituyen derechos distintos. Puede verse un tratamiento extenso y actualizado de los derechos de la

personalidad en Derecho francés, con múltiples citas doctrinales y jurisprudenciales, en MALAURIE, Ph. y AYNÉS, L.: *Droit des Personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 8ª ed., LGDJ, Paris, 2015, 117-191.

En Alemania, a pesar de la existencia de algunos precedentes doctrinales favorables, el BGB de 1896 no consagra la categoría general de los derechos de la personalidad, limitándose en su § 12 a reconocer el derecho de la personalidad al nombre, si bien el § 823.I BGB establece la obligación de indemnizar el daño causado a quien intencional o negligentemente lesione la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u "otro derecho semejante" (*ein sonstiges Recht*) de otra persona. El precepto, pues, simplemente prevé la posibilidad de resarcir la lesión de ciertos bienes de la personalidad (entre los que no se contemplan el honor o la intimidad), a los que, en ningún momento, se les califica explícitamente como "derechos". Pero posteriormente, el art. 2.I GG consagrará el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (*das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), lo que, unido al principio de inviolabilidad de la dignidad humana (*Würde des Menschen*) proclamado en el art. 1.I. GG, permitió a la jurisprudencia germana afirmar la existencia de un derecho general de la personalidad, del que deducir derechos de la personalidad específicos carentes de reconocimiento legal expreso subsumibles en el último inciso del § 823.I BGB (*ein sonstiges Recht*) en orden a su reparación en caso de ser lesionados (es paradigmático el caso del derecho a la propia voz). LARENZ, K.: "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", traducción por J. Santos Briz, *Revista de Derecho Privado*, 1963, pp. 639-645, da cuenta de esta elaboración jurisprudencial, de manera crítica, con exposición de numerosos fallos. La jurisprudencia alemana ha admitido también la protección *post mortem* de la memoria de los fallecidos, siendo muy conocido el caso resuelto por el BGH, en Sentencia de 20 de marzo de 1968 (BGHZ 50, 133). En el origen del pleito se encuentra la publicación de una novela, titulada "*Mephisto, Roman einer Karriere*", escrita por Klaus Mann, contra la cual reaccionó el hijo adoptivo de un actor, llamado Gustaf Gründgens, el cual había alcanzado renombre, por su interpretación del personaje de Mephisto en la época de la República de Weimar, y que, durante el período nazi, había realizado una brillante carrera administrativa, que culminó con su nombramiento como máximo responsable de los teatros de Prusia. Se daba la circunstancia de que el escritor había tenido que huir de Alemania con su hermana, que había estado casada con el actor, así como con su padre (Thomas) en 1933. En dicha novela, sin que se utilizara expresamente el nombre de Gründgens, se hacía clara referencia a él, relatándose, entre otros hechos, un episodio en el que el protagonista se servía de la Gestapo para raptar a una bailarina negra con la cual mantenía una tormentosa relación. El Tribunal Supremo germano confirmó la prohibición de publicar la obra, declarando que, si bien el derecho a la personalidad del art. 2.I GG no impedía que el escritor presentara, de manera crítica, la vida de una personalidad que, como Gründgens, había tenido una relevancia pública, sin embargo, no era lícito incluir en la trama de una novela elementos ficticios, de tal manera, que permitieran al lector confundir ficción con realidad.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en Alemania existe una de las más tempranas normativas europeas en materia de protección del derecho a la imagen, que es la contenida en la antigua Ley de 9 de enero de 1907, relativa al derecho de autor sobre las artes figurativas y la fotografía (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, KUG*), la cual surgió ante la conmoción social que produjo la publicación de una fotografía del canciller Bismarck, en su lecho de muerte, sin el consentimiento de sus familiares. El § 22 KUG establece el principio general (matizado en los términos del § 23 de la misma, por razones de interés histórico o en aras de la libertad de información) de que la imagen no puede ser difundida o expuesta públicamente, más que con la autorización de la persona representada. Admite, sin embargo, que dicha autorización pueda entenderse dada, en caso de duda, cuando la persona reproducida haya obtenido una retribución por haber servido de modelo. Añade, además, que, después de la muerte de la persona representada, es necesaria la autorización de sus parientes próximos, hasta que trascurriera un plazo de diez años, entendiéndose, por tales, el cónyuge superviviente y los hijos de la persona representada, y, si no existieran, el padre o la madre.

HUBMANN, H.: *Urheber- und Verlagsrecht*, 8ª edición continuada por M. REHBINDER, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1995, p. 306, afirma que en este parágrafo se consagra el derecho de la personalidad a la propia imagen (*das Recht am eigenen Bild*), para la defensa de un bien de la personalidad (*Persönlichkeitsgut*), lo cual significa que la efígie de una persona no puede ser difundida o expuesta públicamente, sin su permiso. Observa, además, que, desde un punto de vista sistemático, este derecho es materia propia del BGB, explicando que sea regulado en la legislación sobre derechos de autor, por el hecho histórico, que marcó su reconocimiento, y, además, porque el derecho de la personalidad de la persona a su propia imagen significa una limitación del derecho de autor sobre la obra, por él creada, en el que aquélla se representa. LARENZ, K.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª edición continuada por M. WOLF, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 156, resalta claramente la autonomía del *Recht am eigenem Bild*, afirmando que su defensa es independiente de si con la publicación de la imagen se produce un invasión en la esfera privada o íntima de la persona. ELSNER, J., y MOSE, S.: "Das Recht am eigenen Bild", *Recht und neue Medien* (on-line), junio 1997, p. 1, precisan que la defensa de este derecho de la personalidad, comprendía, en un primer momento, tan sólo las imágenes inanimadas, como dibujos, cuadros y fotografías, pero que rápidamente se extendió a otras formas de representación, por ejemplo, en teatro, película o novela.

En su § 23, la KUG establece excepciones al principio general de la necesidad de autorización de la persona representada para publicar o difundir su retrato, las cuales vienen referidas a los retratos que puedan considerarse como propios de la historia contemporánea, a las ilustraciones en las que las personas aparezcan como accesorias de un paisaje o cualquier lugar, a las ilustraciones que reproduzcan reuniones, actos públicos u acontecimientos semejantes en las que las personas representadas hayan participado y a los retratos que hayan

Este diverso origen de las categorías y las distintas finalidades con las que surgieron ambas explica la dificultad del “diálogo” entre ellas, haciendo que los constitucionalistas hablen usualmente de derechos fundamentales “a secas”, considerado innecesaria la arraigada terminología, cara a los civilistas, de derechos de la personalidad; y, por su parte, que los privatistas, a veces, se aferren a la categoría dogmática de los derechos de la personalidad, refiriéndose a la protección constitucional de los mismos, como una especie de forma de tutela de los mismos, que resulta un simple “añadido molesto”, al que no hay más remedio que integrar en el marco de las enseñanzas tradicionales.

La finalidad de este trabajo es proponer una categoría única y transversal, la de los “derechos fundamentales de la personalidad”, en la que confluyan las dos visiones clásicas del fenómeno, convencido de que, en realidad, ambas hacen referencia a la misma realidad, evidenciado técnicas de protección distintas⁴. Una matización: me referiré aquí, exclusivamente, a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por ser los que en el ordenamiento jurídico español son objeto de una protección civil más depurada, hasta el punto de que la regulación contenida en la

sido hechos por encargo, con tal de que su difusión y exposición sirva a un interés artístico superior. Precisa, no obstante, que esta autorización legal no se extienda a los casos en que la difusión o exposición de los retratos pudiera dañar intereses legítimos del modelo o, si había fallecido, de sus padres.

Los §§ 22 y 23 KUG siguen actualmente en vigor, ya que el § 141, Nr. 5, “in fine” de la Ley de 9 de septiembre de 1965, de derechos de autor (*Uhreberrechtsgesetz*), que deroga la KUG, ha declarado vigentes dichos parágrafos. En otros códigos civiles más modernos sí, que, en cambio, se contiene una regulación de los derechos de la personalidad. Es el caso del Código civil italiano, en cuyo título I del libro I, dedicado a la persona física, después de referirse a los clásicos conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar regula en arts. 7 a 11, consecutivamente, los mal llamados “actos de disposición sobre el propio cuerpo”, el derecho al nombre y el derecho a la propia imagen, que, no obstante, ya era protegido por el art. 11 del Real Decreto Ley de 7 de noviembre de 1925 (nº 1950), en el que se aprecia una evidente influencia de la KGU de 1907, en la medida en que se regula dicho derecho de la personalidad, como una excepción al derecho de autor, lo mismo que acontece en los arts. 96 y 97 de la vigente Ley, de 22 de abril de 1941 (nº 633), sobre protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio. Una excelente visión de conjunto sobre la materia puede verse en CARAPEZZA FIGLIA, G.: “La protección del derecho a la imagen en el Derecho italiano”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, pp. 180-199.

Especial mención merece, desde luego, el Código civil portugués de 1966, que en título II del libro I dedica una sección específica a los derechos de la personalidad, encabezados por un precepto, el art. 70, que lleva por rúbrica “Tutela general de la personalidad”, en la que se establece la protección legal de los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral, contemplando no sólo la reparación del daño provocado, sino también la adopción de medidas tendente a evitar la consumación de la amenaza o a la atenuación de la ofensa ya cometida. Posteriormente, contiene una detallada regulación de los derechos al nombre, a la intimidad y a la imagen.

En el ámbito iberoamericano destaca la notable y extensa regulación de los derechos de la personalidad (incluyendo la protección civil del derecho al honor, sin necesidad de que exista una infracción penal) contenida en códigos civiles, como el boliviano de 1975 (arts. 6 a 23) o el peruano de 1984 (arts. 3 a 32), que contiene, además, un explícito reconocimiento del derecho a la propia voz y un extenso tratamiento del derecho al nombre; y, más recientemente, el Código civil y comercial argentino de 2014, cuyo art. 51 conecta muy certeramente, los derechos de la personalidad con la dignidad de la persona, dedicando a la regulación de aquéllos los arts. 52 a 72, en los que se reglamentan minuciosamente materias novedosas (desde el punto de vista de visión tradicional de los Códigos civiles), tales como la experimentos con seres humanos, el consentimiento para los tratamientos médicos o el testamento vital.

4 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, p. 1114, observa que los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales “se requieren mutuamente”. “En el orden teórico –añade– sus respectivas corrientes han discurrido frecuentemente por cauces distintos, pero la realidad les hace confluir”, refiriéndose a una “conmixción unificadora”, a la larga “ineludible”. “De este modo –concluye– el tratamiento en identidad viene a ser criterio razonable, exigencia de razón práctica e incluso directriz de técnica legislativa”.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se considera la reglamentación paradigmática de los derechos de la personalidad⁵.

II. LA EFICACIA PRIVADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde mi punto de vista, es evidente que la dicotomía entre derechos fundamentales/derechos de la personalidad no puede ya mantenerse como un trasunto de la distinción entre Derecho Público/Derecho Privado, entendidos estos como categorías aisladas o compartimentos estancos, pues, a mi parecer, no cabe la menor duda de que los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos, entre los que se encuentran los que estudiamos), tienen eficacia entre los particulares⁶, pues no sólo contienen mandatos de protección y límites de actuación dirigidos a los poderes públicos, sino que también tienen como destinatarios a los ciudadanos⁷.

I. Planteamiento de la cuestión.

En la actualidad, proclamado por nuestra Carta Magna el Estado Social de Derecho⁸, debe postularse una concepción de los derechos fundamentales⁹ dirigida a garantizar ámbitos de libertad, no sólo frente a la actuación de los poderes públicos, sino también frente a la actuación de los particulares¹⁰, sobre todo, de aquellos

- 5 Tras su consagración constitucional y legal es indudable que estamos ante auténticos *derechos*, y no, ante meros *intereses legítimos*, cuya lesión puede dar lugar a un resarcimiento.
- 6 Es lo que comúnmente se denomina *Drittwirkung der Grundrechte*, siguiendo la terminología propia de la doctrina alemana, respecto de la cual puede verse ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción del alemán por E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (véase, en particular, pp. 506 ss.).
- 7 Ahora bien, es evidente que los derechos fundamentales no pueden vincular de igual manera a los particulares que a los poderes públicos, por la sencilla razón de que, mientras éstos últimos son sólo destinatarios (sujetos pasivos obligados) de los derechos fundamentales, los primeros son simultáneamente titulares y destinatarios de derechos fundamentales y libertades públicas diversas, por lo que, con toda probabilidad, en el caso concreto, el reconocimiento de la eficacia vinculante de un derecho fundamental en el marco de una relación *inter privatos* comportará la limitación de otro derecho fundamental de una de las partes de dicha relación. Explica ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y derechos fundamentales", *ADC*, 1993, p. 65, que el problema de la eficacia de los derechos fundamentales "se plantea de forma muy diversa en relación con el Estado o con el particular. Frente al Estado, el problema consiste en decidir si alguno de sus órganos ha infringido el derecho de un particular mientras que en relación con el particular el problema consiste en dilucidar cómo se resuelve una *colisión entre derechos*".
- 8 La doctrina constata como el reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* es una cuestión íntimamente ligada a la proclamación constitucional del Estado Social de Derecho. Expone MOLINA NAVARRETE, C.: "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)", *RTSS*, 1991, núm. 3, pp. 66-67: "el Derecho privado, en cuanto forma parte de ese todo unitario que es el ordenamiento jurídico, ya no puede entenderse inmune, en ninguna de sus ramas ni de sus instituciones [...] a la acción conformadora de los principios y derechos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales. Derechos éstos, que, por la peculiar naturaleza y específicas funciones que adquieren en un Estado Social y Democrático de Derecho, proyectan una indudable dimensión social, es decir, en la vida social, cuyo complejo entramado de relaciones viene constituido en parte esencial por aquéllas configuradas tradicionalmente como de naturaleza privada, donde encuentran una mejor y más plena realización".
- 9 Que "tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional" [STC 88/1985, de 19 de julio (RTC 185, 88), Fj. 2º].
- 10 Observa PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 22-23: "Concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares". Y el mismo autor explica que tal planteamiento, que obedecía a una concepción puramente formal del principio de igualdad entre los diversos miembros de la sociedad, quiebra con el

entes privados, dotados de una posición de supremacía en las modernas sociedades industriales y de la comunicación¹¹.

Es cierto que en la Constitución española [en adelante, CE] no hay un precepto igual al art. 18.1 de la Constitución portuguesa, conforme al cual los derechos y libertades constitucionales son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas. Pero tampoco existe una “base textual general” que permita afirmar que los derechos fundamentales sólo vinculan a los poderes públicos¹². Es, así, de reseñar que el art. 53.2 CE contrasta con el art. 19.4 de la *Grundgesetz*, el cual limita la protección judicial de los derechos fundamentales a los casos en que la lesión de aquéllos proceda de actuaciones de los poderes públicos; en cambio, la norma española reconoce la posibilidad de que los ciudadanos puedan recabar de la jurisdicción ordinaria la tutela de sus derechos fundamentales “por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”, sin exigir que los eventuales actos lesivos sean imputable a los poderes del Estado¹³. Es más, hay una serie de normas constitucionales, que pueden ser invocadas en orden a una fundamentación jurídica de la eficacia privada de los derechos fundamentales: el art. 1.1 CE, conforme al cual España se constituye en un “Estado social y democrático de Derecho”; el art. 9.1 C.E., que afirma la sujeción de los ciudadanos a la Constitución; o el art. 10.1 CE, que eleva a fundamento del orden político y de la paz social los “derechos inviolables” inherentes a la persona, así como el respeto a “los derechos de los demás”¹⁴.

2. La posición de la doctrina española: la tesis de la eficacia directa/indirecta.

¿Cuál es la posición de la doctrina española al respecto? Existen dos teorías contrapuestas, que se debaten entre la tesis de la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares.

a) Según la tesis de eficacia directa (*unmittelbare Drittwirkung*), los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos) están dotados de eficacia inmediata en las relaciones horizontales (*inter privatos*), de tal modo que vinculan a los particulares

tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, tránsito éste, que ha supuesto “la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares”.

11 Es el caso -observa PÉREZ TREMPES, P.: “Los derechos fundamentales”, en AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 136, de “la acción de grandes empresas en el terreno mercantil, en los grandes grupos en el campo de la comunicación, o en la relación entre empresario y trabajador en el ámbito laboral”.

12 Lo constata BALLARÍN IRIBARREN, J.: “Derechos”, cit., p. 289.

13 Como expone BALLARÍN IRIBARREN, J.: “Derechos”, cit., p. 289, el art. 53.2 C.E. “no se refiere exclusivamente a las violaciones de los derechos por obra de los poderes públicos”.

14 En orden a un meritorio intento de fundamentación de la *Drittwirkung der Grundrechte* en el texto constitucional, véase MOLINA NAVARRETE, C.: “Bases”, cit., pp. 68-86.

directamente, sin necesidad de mediación de los poderes públicos (legislativo o judicial)¹⁵.

b) Según la tesis de la eficacia indirecta (*mittelbare Drittwirkung*), los derechos fundamentales sólo vinculan a los particulares de forma indirecta o mediata (*interpositio legislatoris o interpositio iudicis*) es decir, en la medida en que los poderes públicos hubieran definido el alcance de aquéllos, a través, fundamentalmente, de la acción del legislador (al regular las relaciones de Derecho Privado) y de los jueces (al conocer controversias entre particulares, velando porque los derechos fundamentales sean respetados en las relaciones *inter privados*)¹⁶.

3. Toma de posición.

En realidad, la discusión apuntada, interesante en el plano dogmático, tiene escasa significación práctica, dado que, tanto los partidarios de la tesis de la *unmittelbare Drittwirkung*, como los de la *mittelbare Drittwirkung*, admiten que los particulares

15 Véase, en tal sentido: BALLARÍN IRIBARREN, J.: "Derechos", cit., pp. 288-297; MOLINA NAVARRETE, C.: "Bases", cit., pp. 68-86; VALDÉS DAL-RE, F.: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *RL*, 1990, núm. 8, pp. 288-290. Observa PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos*, cit., p. 22: "En su *dimensión subjetiva*, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí". RODRIGUEZ-PINERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 267-271, sostienen la vinculación directa de los particulares a ciertos derechos fundamentales, y, en concreto, al derecho a la no discriminación, lo que deducen del art. 9.1 ("norma genérica, que -según los autores- establece la vinculación de los privados por los derechos fundamentales lo mismo que por el resto de las normas constitucionales") y, en particular, del art. 14 C.E.: "la prohibición de discriminación del art. 14 CE está expresada en términos rotundos [...] y esos términos autorizarían a entender introducida en la categoría de derechos que parcialmente despliegan su eficacia en las relaciones privadas también a esa prohibición, porque no está adjetivada por su procedencia [...] no resulta aventurado sostener que el derecho subjetivo concedido al individuo despliega su eficacia frente a todos, incluso particulares, y en todo caso conduce a que sean eliminadas las conductas en que se traduce la discriminación y a que sean reparados los efectos nocivos de ésta [...] ello requiere la colaboración estatal, cuando menos a través de los Tribunales de Justicia (art. 7.1 LOPJ)), y, por esto mismo, esta intervención deviene obligada, no meramente indicada o conveniente, pero la pretensión del individuo se funda directamente en la CE, y en el derecho que le otorga, no sólo en el mandato de ésta dirigido al Juez de amparar pretensiones en este sentido". También defiende la eficacia horizontal del derecho fundamental a la no discriminación MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privados* del artículo 14 de la Constitución)", *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 3, pp. 613 ss., y pp. 639 ss.

16 Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Autonomía", cit., p. 121: "La afirmación de la eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo [...] La vigencia social de los derechos fundamentales debe ser producto de la mediación estatal. Esta mediación viene delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes públicos se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales. Por otro, por la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención". En particular, rechaza el autor que el art. 9.1 CE, pueda servir de fundamento a la tesis de la *unmittelbare Drittwirkung*: "Aun cuando ha de admitirse que no proporcionan datos concluyentes, los preceptos constitucionales relativos a los derechos y sus garantías permiten deducir, en efecto, que los destinatarios de tales normas son sólo los poderes públicos. Así, el art. 53.1 CE sólo declara expresamente vinculados por los derechos fundamentales a los *poderes públicos*. Una declaración semejante no se contiene en relación con los particulares. Es cierto que el art. 9.1 CE afirma la sujeción a la Constitución de poderes públicos y particulares, pero a nuestro juicio, tal precepto se limita a recordar el sometimiento de poderes públicos y particulares al *Derecho* y no permite en modo alguno identificar el término *sujeción* con el de *vinculatoriedad* del art. 53 CE" (p. 60). PÉREZ TREMPES, P.: "Los derechos", cit., pp. 136-137, afirma los siguientes: "En términos generales se habla de que la vinculación constitucional que generan los derechos fundamentales respecto de los poderes públicos es una vinculación directa o inmediata, mientras que la que desarrollan respecto de los particulares es de naturaleza *indirecta* o *inmediata*. Esta vinculación indirecta procede del hecho de que deben ser los poderes públicos los que, a través de su acción, concreten los extremos de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; dicho de otra manera, los derechos fundamentales vinculan a los particulares en la medida en que los poderes públicos han definido el alcance de aquéllos, y así lo ha visto el Tribunal Constitucional".

puedan acudir a la jurisdicción ordinaria, con el fin de reclamar la tutela de sus derechos fundamentales lesionados por un acto de autonomía privada ajeno. Que dicha tutela deba operar desde la consideración de que los particulares son destinatarios de los derechos fundamentales (y, por ende, están vinculados por ellos directa o inmediatamente) o, por el contrario, desde la opuesta tesis de que los poderes públicos han de velar porque sea reparada la vulneración de los derechos fundamentales (por parte de los ciudadanos) en las relaciones de Derecho privado, me parece intrascendente desde la óptica del efecto pretendido¹⁷.

Sin embargo, no puede dejar de evidenciarse que en la tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte* subyace una indudable dosis de ficción¹⁸: si se parte de la afirmación de que los particulares no son sujetos destinatarios de los derechos fundamentales, resulta -en mi opinión- difícil de explicar la intervención de los jueces y tribunales (en los supuestos de falta de *interpositio legis*) en orden a reparar la vulneración de aquellos derechos por parte de aquéllos, y es que esta intervención parece exigir un presupuesto previo, a saber, la vinculación (directa o inmediata) de los particulares a los derechos fundamentales¹⁹.

Creo que, en ocasiones, al tratarse del tema de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, no se diferencian adecuadamente dos cuestiones totalmente distintas: de un lado, la cuestión material, consistente en determinar si los derechos fundamentales tienen como destinatarios, exclusivamente, los poderes públicos o también los particulares; y, de otro lado, la puramente procesal, con la que se trata de dilucidar, simplemente, si los actos de autonomía privada lesivos de los derechos fundamentales pueden, o no, ser recurridos en amparo ante el TC.

17 Y lo acaban reconociendo los propios autores que defienden la tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*. Así, observa PÉREZ TREMPES, P.: "Los derechos", cit., p. 137: "Esta forma indirecta de actuar de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares hace que, a la postre, su eficacia sea muy similar a la eficacia directa ya que, especialmente a través de la acción de los órganos judiciales, las vulneraciones de derechos que existan en estas relaciones [las de Derecho Privado] deben ser reparadas, adquiriendo plena eficacia".

18 Tal y como apuntan RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: *Igualdad*, cit., p. 266.

19 A mi entender, la tesis de la *mittelbare Drittwirkung* acierta plenamente en la percepción de que no puede ser idéntica la vinculación de los sujetos privados y de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Pero -contra lo que afirman los sostenedores de dicha tesis- la diferencia en el grado de vinculación de ambas clases de sujetos no creo que deba ser reconducida a una pretendida (y estimo que ficticia) contraposición entre una eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales (según se trate, de relaciones verticales o horizontales), sino a la constatación de que en el ámbito de las relaciones entre particulares hay peculiaridades que no existen en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, "por lo que no puede pretenderse una aplicación mimética de los esquemas de unas relaciones a las otras". Y ello, porque en las relaciones *inter privatos* aparecen implicados sujetos que simultáneamente son titulares y destinatarios de derechos fundamentales diversos (susceptibles de entrar en colisión, en cuanto que, recíprocamente, se limitan unos a otros), todos los cuales deben ser armonizados (piénsese, p. ej., en los supuestos paradigmáticos de colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión, o entre la libertad de empresa y el derecho fundamental a la no discriminación); y, sobre todo, dichas relaciones están presididas por el principio de preeminencia de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Dicho principio (que encuentra apoyo normativo en el art. 10.1 CE, en cuanto manifestación del libre desarrollo de la personalidad), es, obviamente, extraño a las relaciones verticales, pero, sin embargo, debe ser exquisitamente tutelado en las relaciones *inter privatos* (en particular, cuando se trata de decidir la vinculación de los particulares al derecho fundamental a la no discriminación).

Se trata -insisto- de dos cuestiones distintas, ya que una cosa es afirmar la eficacia horizontal de ciertos derechos fundamentales (en mi opinión, los derechos al honor; a la intimidad y a la propia imagen la tienen); y otra, bien diversa, es que los actos de los particulares, que los vulneren, no puedan ser directamente recurridos en amparo, lo cual, en nuestro ordenamiento, ha sido una opción del legislador ordinario, plasmada en el art. 41.2 LOTC.

La distinción está perfectamente delimitada, entre otras, en la conocida STC 18/1984, de 7 de febrero²⁰, que, a pesar de desestimar un recurso de amparo contra un acto de un particular; por aplicación del art. 41.2 LOTC, sin embargo, afirma que ello “no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el art. 1º de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. A continuación, añade que “existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos” (se refiere a los reconocidos en el art. 24 CE), de modo que implícitamente está reconociendo que ciertos derechos fundamentales sí tienen eficacia horizontal; y, entre ellos, la sentencia sitúa, precisamente, los derechos al honor; a la intimidad y a la propia imagen.

Vuelvo a reiterar que en nuestro Derecho no cabe que el TC realice un control directo de la constitucionalidad de los actos de autonomía privada, porque, si bien el art. 53 CE permite la solución contraria, el legislador patrio (cfr. art. 41.2 LOTC) optó por restringir el recurso de amparo a las lesiones procedentes de actuaciones de los poderes públicos. Pues bien, en esta tesitura la jurisprudencia (la STC 18/84, de 7 de febrero, es buena muestra de ello) se planteó articular un mecanismo que permitiera al Tribunal Constitucional enjuiciar, en alguna medida (y, en última instancia), el ajuste a la Constitución de los actos de autonomía privada. Y, puesto que ese control de constitucionalidad no podía realizarse directamente (por impedirlo el art. 41.2 LOTC), el Alto Tribunal acudió al expediente de “buscar” un poder público al que imputar la violación de un derecho fundamental.

La premisa de la que parte dicha imputación es la siguiente: el art. 91 CE, en cuanto sanciona la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, contiene un mandato, dirigido a los poderes del Estado (legislador, ejecutivo y Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas), que se traduce en el deber positivo de dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Y la conclusión es ésta: cuando los poderes públicos no cumplen el referido mandato, en especial, cuando la jurisdicción ordinaria no cumple el deber de restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por actos de autonomía privada, quedan abiertas las puertas para un eventual recurso de amparo, cuyo objeto formal estará,

20 STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 6º.

pues, constituido por los eventuales actos de un poder público (normalmente, jueces y tribunales) que no cumplan con el deber positivo, que les impone el art. 9.1 CE, de dar efectividad a los derechos en cuanto a su vigencia social (lo que es acorde a la concepción por la STC 18/84 del recurso de amparo, como un “remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales”).

En conclusión, es posible un control indirecto de los actos de particulares, que vulnere los derechos fundamentales de la personalidad ajenos, por parte del TC, si los Tribunales ordinarios no estiman la demanda de reparación de la víctima: en este caso, el recurso de amparo tendrá un objeto formal, constituido por la sentencia que se impugna; y un objeto material, que será el acto del particular que lesione el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen del recurrente.

4. Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo como medio de control indirecto de la constitucionalidad de los actos de los particulares.

El control indirecto de la constitucionalidad de los actos de sujetos privados mediante el mecanismo descrito, por parte del TC, ha sido, precisamente, una de las causas de la proliferación de recursos de amparo, que motivó una reacción del legislador; a través de la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se reforma la LOTC²¹. Dicha reforma se plasma en el nuevo art. 49.1 LOTC, cuyo inciso último afirma que “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. Consiguientemente, el actual art. 50.1 b) LOTC, al enunciar los requisitos de admisión, exige que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación y contenido del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. Por lo tanto, esta reforma supuso un cambio radical en la concepción del recurso de amparo, porque es claro que, desde entonces, el mero hecho de que un acto de poder público vulnere un derecho fundamental de la personalidad (incluido una sentencia de la jurisdicción ordinaria que no estime la pretensión de restablecimiento del derecho fundamental lesionado por un acto de autonomía privada) no basta para que dicho acto pueda ser recurrido ante el TC, sino que será, además, necesario que, al interponerse el recurso de amparo, se demuestre,

21 La Exposición de Motivos de la Ley explica, en su apartado II, que “el elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente establecido para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el recurso de amparo, se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso”. En relación con este punto, la Exposición de Motivos sigue diciendo: “frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido de recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución”.

expresamente y con carácter insubsanable, que, en el caso concreto, concurre el requisito de la “especial trascendencia constitucional”, que justifica una decisión de fondo²².

La LO 6/2007, de 24 mayo, estableció un contrapeso a la introducción del requisito de la “especial trascendencia constitucional”, a efectos de la interposición del recurso de amparo. Su Disposición Final Primera dio nueva redacción al 241.I.1° LOPJ, otorgando a los Tribunales ordinarios la posibilidad de revisar, a través del incidente de nulidad de actuaciones, la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 53.2 CE, por lo tanto, no sólo ya los de carácter procesal, como el de tutela judicial efectiva, sino también los de carácter sustantivo, como son los derechos fundamentales de la personalidad y, entre ellos, el derecho al honor. El precepto, en su actual redacción dice, así, que “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

Dado que el recurso de amparo tiene carácter subsidiario, ya que, como dice el art. 43.I LOTC, sólo podrá acudir a él, una vez “que se haya agotado la vía judicial precedente”, se discutió si, en el caso de procesos que hubieran tenido por objeto la lesión de los derechos fundamentales de la personalidad, el requisito del agotamiento de la vía judicial precedente hacía necesario que, para poder interponer el recurso de amparo, previamente, el recurrente hubiera acudido al incidente de nulidad de actuaciones²³. Sin embargo, es doctrina jurisprudencial actual que no es preciso el

22 Según la interpretación que la importante STC 155/2009, de 25 de junio (Pleno), ha hecho de los arts. 49.I y 50.I b) LOTC, será necesario que el recurrente en amparo justifique alguna de las siguientes circunstancias: 1°) que se trata de un recurso que plantea “un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional”; 2°) que da ocasión al Tribunal “para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio de un proceso de reflexión interna” o “por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE” (señaladamente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos); 3°) que la vulneración del derecho fundamental trae causa “de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley”, en cuyo caso será necesario que el Tribunal Constitucional la considere lesiva de dicho derecho y “crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución”; 4°) que la doctrina del TC que se alega está siendo “incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria” o existen “resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros”; 5°) que un órgano judicial incurre “en una negativa manifiesta de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”, establecida en el art. 5 LOPJ; 6°) que, el asunto suscitado, “aún sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores”, trasciende del caso concreto, porque plantea “una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales” (aunque este supuesto no parece pensado para actos de autonomía privada, poniéndose, como ejemplo, el caso de determinados amparos electorales o parlamentarios).

23 Así, lo exigió el ATC 200/2010, de 21 de diciembre (RTC 2010, 200, AUTO), FJ. 2°, que desestimó un recurso de amparo, por no haberse planteado un previo incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia recurrida ante el mismo órgano jurisdiccional que la había dictado, esto es, la sentencia del TS, que había resuelto un recurso de casación, dando preferencia al derecho al honor del afectado sobre la libertad de expresión de la persona causante de la intromisión en dicho derecho de la personalidad (el recurrente en amparo). Sin embargo,

planteamiento previo del incidente de nulidad de actuaciones, cuando en el recurso amparo se invoque la vulneración de un derecho fundamental sustantivo, que tenga su origen inicial en un acto de un particular; y ello, porque la sentencia de la jurisdicción ordinaria ya se habrá pronunciado sobre este extremo. La necesidad de plantear el incidente se limita, entonces, al caso en que en el recurso de amparo se alegue la vulneración de un derecho fundamental de carácter procesal, como el de tutela judicial efectiva, causada de manera directa y sobrevenida por la propia sentencia recurrida²⁴.

III. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Podría pensarse que, una vez predicada la eficacia privada de los derechos fundamentales la categoría de los derechos de la personalidad sería superflua, siendo su única función la de adjetivar ciertos derechos fundamentales con una finalidad puramente descriptiva de su objeto, esto es, identificar los que recaen sobre bienes o atributos intrínsecos del ser humano. Sin embargo, procediendo así, se desperdiciaría toda la “finura” de la depurada construcción dogmática de los derechos de la personalidad elaborada por la doctrina civilista, de la que es trasunto la regulación contenida en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual, por cierto, no es una pura opción del legislador, sino una exigencia constitucional, pues la tutela inhibitoria y resarcitoria que en ella se consagra supone un mínimo de protección irrenunciable en orden a garantizar la efectividad de dichos derechos fundamentales en las relaciones sociales y jurídicas entre particulares²⁵.

la STC 176/2013, de 21 de octubre, mantuvo la tesis contraria, considerando que cuando el proceso judicial del que el recurso de amparo trae causa versa sobre la posible vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen por parte de un acto de un particular no es necesario plantear un previo incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia que se recurre, porque ésta ya se ha pronunciado materialmente sobre la cuestión, por lo que es absurdo que tenga que volver a hacerlo, de manera que el planteamiento del incidente resulta inútil. En tales condiciones – dice el TC, no puede reprocharse al demandante que no plantease ante el propio Tribunal Supremo incidente de nulidad de actuaciones, con la pretensión de que éste reconsiderase el fondo de su resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial. Así lo hemos entendido en otras ocasiones en las cuales, aun cuando el incidente de nulidad pudiera ser formalmente procedente, resultaba materialmente inútil porque comportaba pedirle al órgano judicial que se retractase sobre lo que ya había resuelto en varias resoluciones previas”.

- 24 Es claro que existía una diversidad entre las doctrinas contenidas en ATC 200/2010 y la STC 176/2013, que ha sido resuelta por el Pleno del TC en favor de la tesis seguida por esta última. La STC 216/2013, de 19 de diciembre (Pleno) ha zanjado, así, la cuestión, afirmando, con total claridad, que “cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho, como es el caso del derecho al honor o la intimidad, el reconocimiento de su lesión, o el no reconocimiento con la consecuyente lesión del derecho a la libertad de expresión o de prensa, consecuencia de la revocación de las Sentencias de las instancias previas, no requiere la necesaria interposición del incidente de nulidad, al estar ayuno de los fines para los que fue previsto, puesto que consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial”.
- 25 Con anterioridad al reconocimiento constitucional de los derechos al honor, a la intimidad y a propia imagen y a la promulgación de la LO 1/1982, existieron en la doctrina española notables construcciones teóricas de los

Por otro lado, el “diálogo” entre el art. 18 CE y la LO 1/1982 es fluido y constante en la jurisprudencia del TC, que no duda en calificar los derechos a la

derechos de la personalidad, en la que se debatió la configuración dogmática de la figura, en particular, si podía, o no, encuadrarse en el molde clásico del derecho subjetivo.

Es de reseñar por su carácter temprano (en nuestro contexto jurídico) la extensa construcción de CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, julio-agosto, p. 21, quien afirmaba que en “los derechos esenciales de la personalidad, ciertamente, pueden concurrir las cualidades propias de los derechos subjetivos, en cuanto se dé en ellos, la atribución por el ordenamiento positivo, de un poder jurídico a un titular frente a otra u otras personas, puesto a su libre disposición y tutelado por una acción judicial”.

Hay también que destacar, por su originalidad la tesis de DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, p. 1260 y ss., quien propone sustituir la noción de “derecho subjetivo”, por el de “bien jurídico”, adoptando la terminología de “bienes de la personalidad”, en vez de la de “derechos de la personalidad”.

Sin duda, la razón práctica que guía esta construcción es la preocupación de que existieran bienes de la personalidad no tipificados como derechos subjetivos por el ordenamiento jurídico positivo (que en la época en la que escribía el autor eran muchos) y que, en consecuencia, quedasen privados de protección civil. Ahora bien, en realidad, la protección civil y, en particular, la tutela resarcitoria por la vía del art. 1902 CC no exige necesariamente la vulneración de un derecho subjetivo, sino que basta con la lesión de un interés jurídico protegido. Por otro lado, el mismo autor, en las pp. 1263-1264, afirma que cuando las “facultades libres, en el actuar de una persona” se refieran a “los bienes menos esenciales” de la misma, y se concretan sobre realidades exteriores a ella (nombre, imagen), pueden alcanzar una cierta independencia, hasta tener algunos rasgos de los caracteres propios de los derechos subjetivos”.

MADRIDEJOS SARASOLA, J.: “Los derechos personalísimos”, *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 272-281, realiza un cuidado tratamiento de los derechos de la personalidad en el marco, más amplio, de los derechos personalísimos; respeto de los primeros de ellos, precisamente, apoyándose en De Castro, afirma que “parece que no hay imposibilidad absoluta desde el punto de vista dogmático, en aplicar a estos derechos el calificativo de derechos subjetivos”.

DIEZ DÍAZ, J.: “Derechos de la personalidad o bienes de la persona?”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1963, pp. 858-901, tras rechazar la categoría del derecho general de la personalidad, defiende la existencia de derechos de la personalidad específicos, que califica de “derechos subjetivos privados, ya que van destinados, sobre todo, a asegurar el goce del propio ser, físico o espiritual” (p. 878).

Por su parte, DE ÁNGEL YAGÜE, R.: “La protección”, cit., pp. 49-50, observa que el deseo de eludir la idea de derecho subjetivo de algunas formulaciones tradicionales se produce, “quizá más por evitar las consecuencias, a veces contradictorias, que de él se desprenden que por razones de rigurosa técnica jurídica”, lo que, su juicio, “no impide, desde luego, que sigamos utilizando la expresión ‘derechos de la personalidad’, tan arraigada en la literatura jurídica. En último término —añade el autor, si las palabras son manifestación de ideas, el hecho de que aquéllas no sean del todo correctas pasa a un segundo plano si, como sucede con la denominación que nos ocupa, todos sabemos qué quieren significar y cuál es su sentido”.

Por cuanto concierne a la jurisprudencia, hay que destacar la prontitud con que los Tribunales españoles, en comparación con otros europeos, tutelaron las intromisiones ilegítimas en el honor, reconociendo al perjudicado la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño moral, con apoyo en el art. 1902 CC, con independencia de que dicha intromisión constituyera, o no, un ilícito penal. A este respecto, hay que recordar la conocida STS 6 diciembre 1912 (JC 1912, 95), que confirmó la sentencia que había condenado al director y a la sociedad editora del periódico “El liberal” a resarcir con la entonces exorbitante cantidad de 150.000 ptas. (además de a publicar el fallo condenatorio en el mismo periódico y en otros de relevancia nacional y local) a una joven de quince años, respecto de la cual se había dado una noticia falsa en un artículo aparecido en primera plana del periódico bajo un título de gruesos caracteres, que decía así: “Fraile, raptor y suicida”. En ella se informaba de que un fraile Capuchino, profesor de física, se había fugado del convento, raptando a la joven, con la que había tenido “escandalosa sucesión” y que, al ser sorprendido por el tío de ésta, se había suicidado. A pesar de que tres días después, el propio periódico desmintió rotundamente la noticia, el padre de la joven interpuso una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, en nombre de la hija, argumentando que “el honor de una doncella ha de conservarse inmaculado para aspirar al matrimonio, y dada la difusión de la falsa noticia, ese daño no podía borrarse por completo”. Las partes demandas se opusieron a la pretensión con el argumento (entre otros) de que, al ser el honor un bien extrapatrimonial, su vulneración no podía repararse con una indemnización pecuniaria. El TS, confirmando la sentencia recurrida, afirmó que “la honra, el honor y la fama de la mujer, constituyen los bienes sociales de mayor estima y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer una Sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de respetabilidad y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico”; y, así mismo, que, si bien, la indemnización pecuniaria, “nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven perjudicada, y que llevan consigo, como consecutivos naturales y lógicos otros daños, esto es, los materiales y los sociales”.

intimidad y a la propia imagen como *derechos de la personalidad*²⁶, contribuyendo, además, los preceptos de una y otra a delimitar el contenido de los derechos y las condiciones de actuación de los mecanismos de protección, constitucional y civil, que respectivamente consagran, lo que apoya la adopción de esa categoría unitaria y transversal (aquí propugnada) de derechos fundamentales de la personalidad²⁷. Y, por si hubiera dudas, la LO 1/1982, deja bien a las claras que el contenido de dichos derechos, también desde el punto de vista del Derecho Privado, es complejo, pues no sólo incluye facultades negativas (de exclusión y reacción contra intromisiones ajenas), sino, además (y esto es, a mi parecer, prioritario desde un punto de vista axiológico), facultades positivas, que permiten la actuación del principio de autonomía privada, atribuyendo al titular de los mismos un poder jurídico sobre su propia esfera personal que puede ejercer libremente, con lo que se produce una coincidencia sustancial con la definición del contenido de los derechos realizada por la jurisprudencia del TC interpretativa del art. 18 de nuestra Carta Magna²⁸.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en efecto, que el derecho a la intimidad posee un doble aspecto, positivo y negativo: en su aspecto positivo, significa que el individuo dispone “de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia”; en su aspecto negativo, supone “el poder de resguardar ese ámbito reservado frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida”, y, en consecuencia, “puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”²⁹. Así mismo, expone que “el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad

26 V., por ejemplo, la STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231), FJ 3º, STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6º, la STC 81/2001 (RTC 2001, 81), FJ 2º, STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º (RTC 2001, 139), STC 83/2002, de 24 de abril, FJ 4º (RTC 2002, 83), STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 14º (RTC 2003, 14), STC 72/2007, de 16 de abril, FJ 3º (RTC 2007, 72), STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2º (RTC 2009, 77), STC 158/2009, de 29 de junio, FJ 3º (2009, 158), STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4º (RTC 2010, 23), y STC (Pleno) 51/2011, de 14 abril (RTC 2011, 51), FJ 8º.

27 La LO 1/1982, en su Exposición de Motivos, utiliza, expresamente, la locución *derechos de la personalidad*.

28 Estamos hablando de auténticos *derechos*, que, por lo tanto, hay que diferenciar claramente del *libre desarrollo de la personalidad*, al que se refiere el art. 10.1 CE, irrenunciable exigencia de la dignidad humana, que halla su centro de gravedad en la idea de “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” [STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53)], el cual (a diferencia de lo que acontece en el 2.1 GG respecto al *Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*) no es un derecho fundamental, sino un “principio o norma constitucional”, “fundamento del orden político y de la paz social”, plasmación del “valor superior” libertad (art. 1.1. CE), que implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, “de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias” [STC 132/1989, de 18 de julio (RTC 1989, 132)], pero que, por sí mismo, y a falta de una intervención del legislador, no puede ser invocado para justificar la creación de derechos (en el sentido estricto de la palabra) carentes de reconocimiento legal, expreso o implícito. Es más, el libre desarrollo de la personalidad no es, en mi opinión, el fundamento de los derechos de la personalidad, sino la finalidad de los mismos: su fundamento es la dignidad del ser humano, en el que se apoyan los “derechos inviolables que le son inherentes” (art. 10.1 CE).

29 V., entre otras, STC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115), FJ 4º, STC 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 83), FJ 5º, y la STC 185/2002, de 14 de octubre (RTC 2002, 185), FJ 3º.

de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado³⁰.

I. El alcance del principio de autonomía privada en los derechos fundamentales de la personalidad.

El art. 2.2 LO 1/1982 contempla, efectivamente, la posibilidad de que el titular consienta *expresamente* la intromisión de un tercero en un derecho personalidad propio. Ahora bien, según reconoce el art. 1.3 de la misma LO, dichos derechos, cuyo fundamento radica en la dignidad del ser humano³¹, son *indisponibles*, esto es, se trata de “derechos inviolables que le son inherentes” (art. 10.1 CE), por lo que son *res extra commercium*³².

Esta circunstancia no desvirtúa un ápice el hecho de que ese consentimiento sea expresión de un acto de autonomía de la persona, en ejercicio del contenido positivo de un derecho que le propio; y ello, aunque, en rigor, no pueda ser considerado como fuente de una obligación contractual (aunque sea dado, mediando el pago de una suma de dinero), ni tampoco suponga, en sentido estricto, un acto de disposición; su consecuencia práctica es operar como una causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse dicho consentimiento, sería antijurídica (con las pertinentes consecuencias, como son, en el orden civil la reparación del daño moral ocasionado)³³.

Por supuesto, como sucede con todo derecho, los de la personalidad tienen sus límites, cediendo su protección, cuando colisionan con otros derechos fundamentales,

30 STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6º.V., en el mismo sentido, entre otras, STC 72/2007, de 16 de abril, FJ 3º (RTC 2009, 77), STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2º (RTC 2009, 77), y STC 158/2009, de 29 de junio, FJ 3º (RTC 2009, 158).

31 La STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), FJ 3º, evidencia “la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor”; y añade: “Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás”.

La STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231), FJ 3º, se refiere a los derechos a la intimidad y a la propia imagen como “derechos personalísimos y ligados a la misma existencia de la persona”. La STC (Pleno) 51/2011, de 14 abril (RTC 2011, 51), FJ 8º, observa que el “derecho a la intimidad personal, “consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce”.

32 La nota de inherencia de los derechos de la personalidad y su corolario, el carácter irrenunciable e indisponible de los mismos, es confirmada por las legislaciones foráneas de tradición latina o continental, como el art. 21 del Código civil boliviano, el art. 11 del Código civil brasileño, el art. 4 del Código civil de Costa Rica, el art. 5 del Código civil peruano, el art. 81 del Código civil portugués o el art. 3 del Código civil de Quebec.

33 A este respecto resulta muy clarificadora la STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), FJ 6º, la cual, al analizar la legitimidad de una intromisión en el derecho al honor e imagen de un discapacitado, sitúa la cuestión en sus justos términos, refiriéndose a 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”.

cuyo concreto ejercicio se considera prevalente (como puede suceder con el derecho al honor en relación a las libertades de información o de expresión) para hacer efectivo el interés general de la sociedad a la formación de una opinión pública libre, sin la cual no puede existir un Estado social y democrático de Derecho³⁴ (o, como acontece en los supuestos contemplados en el art. 8.º LO 1/1982, en los que se permite la captación o publicación de la imagen de una persona sin necesidad de que preste su consentimiento en aras de la protección de dicho interés general³⁵).

2. El significado de que el consentimiento sea expreso.

Ahora bien, cabe reflexionar sobre el exacto significado de la exigencia de que el consentimiento sea expreso, la cual, a mi parecer, juega de manera distinta en relación a los diversos derechos de la personalidad, dependiendo del concepto y contenido de los mismos. Por cuanto concierne al derecho a la propia imagen, tal y como ha declarado reiterada jurisprudencia, significa que “este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión”³⁶, de donde se deduce que el consentimiento para captar una imagen no significa, necesariamente, autorización para publicarla³⁷, que permitir publicar una imagen en

34 Sobre esta cuestión, véase *in extenso* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: “Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia”, en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (COORD. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 83-101; *Id.*, “Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (II): el requisito de la veracidad”, en *ibidem*, pp. 103-125; *Id.* Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (III): la doctrina del reportaje neutral”, en *ibidem*, pp. 127-148; e *Id.*, “Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión”, en *ibidem*, pp. 149-171.

35 Permítaseme remitirme en este punto a DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley”, en AA.VV., *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 87-120.

36 STS 22 febrero 2006 (RAJ 2006, 830).V., en el mismo sentido, STS 16 mayo 2002 (RJ 2002, 6746), 17 junio 2004 (RJ 2004, 3628) y 22 febrero de 2006 (RAJ 2006, 830).

37 La falta de consentimiento de la persona fotografiada a la difusión de su imagen era evidente en el caso resuelto por la STS 16 mayo 2002 (RJ 2002, 6746), en el que se publicó una fotografía de una mujer, que había sido sometida a una operación quirúrgica, realizada por el médico que la llevó a cabo, en el marco de un anuncio publicitario, considerando el Supremo que, además de existir una intromisión ilegítima en la imagen de la fotografiada, también la había en su intimidad, “pues la publicación de la fotografía [...] figurando bajo las mismas la frase ‘Un caso de rejuvenecimiento tratado en Madrid a finales de 1991’, constituye la revelación de un dato privado que, además, se divulga con base en unas fotografías obtenidas por el propio médico interviniente”. La STS 17 de junio 2004 (RJ 2004, 3628) consideró igualmente como intromisión ilegítima la publicación, no consentida, de la fotografía de una mujer desnuda, cuya cara aparecía tapada en parte, pero que pudo ser identificada en el entorno geográfico en el que vivía, un pequeño pueblo de 600 habitantes, que conocían los rasgos anatómicos de la fotografiada, al haberla visto frecuentemente en la piscina del pueblo, así como el anillo y el reloj que llevaba en su mano y brazo. La fotografía había sido hecha con el consentimiento de la mujer por su médico, que había fotografiado a varias mujeres con la excusa de necesitar sus imágenes “para aplicaciones de su actividad médica”, siendo, posteriormente, objeto el referido médico de una condena penal. La fotografía apareció, junto a la de otras mujeres, en la revista “Interviú”, para ilustrar un reportaje sobre los abusos fotográficos cometidos por el facultativo. El Supremo afirma que la “imagen publicada, de la mujer desnuda, no puede tener más que un fin erótico” y que “con la realización del reportaje de las imágenes sin ropa, sin autorización de las mujeres afectadas, su reproducción en esa forma, supone, entonces, como acompañamiento a tal art., más bien, una simple excusa para sacar esos cuerpos desnudos”.

La STS 22 febrero 2006 (RJ 2006, 830) revocó la sentencia recurrida, la cual había considerado que la publicación de las fotografías, en las que los miembros de una secta aparecían desnudos, no vulneraba su derecho a la propia imagen. La Audiencia había fundamentado esta decisión en que las personas fotografiadas aparecían posando, deduciendo que habían sido captadas voluntariamente y presumiendo que “quien las tomó podía publicarlas”. Frente a ello el Supremo afirma que tal presunción “vulnera el art. 2.º de la LO 1/1982, que exige el consentimiento expreso del titular del derecho para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima

un medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la imagen sea publicada en medios distintos³⁸ o con una finalidad diferente para la que dicha autorización se dio³⁹. Como recientemente ha explicado el TC, “El derecho

en el derecho fundamental que se denuncia como violado”. “Precisamente —añade— la falta de prueba sobre la existencia o no del consentimiento debiera llevar a la Audiencia a la conclusión de que éste no concurrió, ya que el consentimiento presunto no elimina la intromisión”; y concluye: “además, este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada acto de intromisión [...] lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho”.

38 En este sentido, la STS 18 julio 1998 (RJ 1998, 6278) afirma que “el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía”, y la STS 24 abril 2000 (RJ 2000, 2673) y STS 24 diciembre 2004 (RJ 2004, 138), al tratar del carácter expreso, que ha de revestir el consentimiento a la intromisión, se manifiestan en los siguientes términos: “El consentimiento, pues, debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre la concreta publicación de la misma en un determinado medio”. Estas sentencias están en consonancia con las SSTC 156/2001, de 2 julio 2001 (RTC 2001, 156) y 14/2003, de 28 enero 2003 (RTC 2003, 14).

39 El medio de comunicación autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho; por ejemplo, aquél, a quien se concede autorización para publicar una fotografía para ilustrar un reportaje periodístico no puede utilizar dicha fotografía para insertarla en un anuncio publicitario; e, igualmente, el consentimiento dado a un fotógrafo para que exponga un retrato en un escaparate no autoriza para que pueda reproducirlo en postales.

Así resulta de la STS 18 octubre 2004 (RJ 2004, 5907), que estimó la demanda de una modelo, que había consentido ser fotografiada, para que su imagen se publicara, ilustrando un reportaje sobre el divorcio. Este reportaje tuvo lugar, pero tres años después, se volvió a utilizar su imagen, esta vez, sin su consentimiento, para ilustrar un reportaje sobre prostitución de lujo. El Supremo afirma que el consentimiento prestado por la modelo “quedaba limitado no sólo en el tiempo sino, esencialmente en su objeto, al estar destinadas [las fotografías] exclusivamente a ilustrar un reportaje sobre el divorcio y la ruptura de parejas [...] sin que los términos del concierto ni los usos en el ámbito donde se desarrolla la actividad profesional de la modelo demandante permitan considerar prestado un consentimiento indefinido e indiscriminado para la difusión de las fotografías [...] Ello obligaba a los demandados a realizar tal prueba, que en este punto no sólo han llevado a término, sino que la practicada les resulta adversa”. Observa, además, que el hecho de que su imagen haya aparecido en un reportaje sobre prostitución de lujo, “compromete, en gran medida, no ya sólo la imagen sino la honra y la consideración propia y ajena de la demandante”.

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

En el mismo sentido se pronuncia la STS 3 de diciembre 2008 (RJ 2008, 6942). En este caso la actora había consentido la captación de su imagen para promocionar en un periódico local el establecimiento “Café Casino”. La misma fue finalmente destinada al Plan de Excelencia Turística de la ciudad de Santiago de Compostela, apareciendo su imagen inserta en carteles publicitarios y folletos informativos que fueron distribuidos a los vecinos de la ciudad. Precisa la sentencia que la demandante sí que fue informada, en el momento de realizarse las fotografías, de que éstas no iban a publicitarse sólo en un periódico local, sino que su exhibición iba a ser mayor, por quedar afectas al Plan de Excelencia Turística reseñado; no obstante, no quedó acreditado con plenitud que se informase exactamente a la actora de todos los soportes y formas en que su imagen iba a ser expuesta. Aquí el Supremo consideró que, aun cuando pudiera tenerse por cierto que la demandante fue informada de que el destino de las fotografías tomadas era la divulgación del Plan de Excelencia Turística de la ciudad, la falta de acreditación en autos de haberse informado exactamente de los soportes y formas en que su imagen iba a ser expuesta es determinante a los fines de apreciar la existencia de intromisión ilegítima. De acuerdo con el tribunal “la falta de información sobre el alcance mismo de que iba a gozar la difusión de la imagen captada atañe al núcleo esencial del derecho fundamental”.

Una sentencia más reciente sobre la materia es la STS 2 junio 2010 (RJ 2010, 311). En este caso la actora, profesional del ejército, dio su consentimiento a la Dirección General de Reclutamiento del Ministerio de Defensa para su utilización en las “campañas de captación, reclutamiento y enseñanza militar”. En estas campañas se publicó un folleto con el título “Da un paso más”, “El valor de un profesional”, en el que aparecían las imágenes de tres militares, entre ellas la de la demandante. Unos meses más tarde se publicó en la revista “Interviú” un reportaje con el siguiente título: “Operación despido Colectivo”. Encabezaba dicha información el

fundamental a la propia imagen [...] no queda condicionado por la circunstancia de que, en ocasiones pasadas, el titular del derecho haya otorgado su consentimiento para la reproducción de su aspecto físico, o no haya reaccionado frente a una reproducción no consentida, pues a cada persona, y solo a ella, corresponde decidir en cada momento sobre dicha reproducción, con el fin de preservar su esfera personal y con ello el valor fundamental de la dignidad humana"⁴⁰.

En cambio, en relación con el derecho a la intimidad, el requisito de que el consentimiento sea prestado para cada concreto acto de intromisión debe ser entendido, en mi opinión, en el sentido de que, por el mero hecho de haberse permitido la divulgación o publicación de algún aspecto íntimo de la propia vida o de la de los familiares, no se pierde el total control de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana, en que consiste la intimidad, por lo que los terceros no pueden entrometerse en otros aspectos de la intimidad no revelados por el titular del derecho.

Ahora bien, los datos que ha desvelado (por ejemplo, divulgándolos en un programa de televisión), objetivamente, dejan de ser íntimos, perdiendo el poder de control sobre los mismos: no puede, en consecuencia, impedir que lo que voluntariamente ha divulgado sea después reproducido o comentado en otros medios de comunicación sin su consentimiento, porque, utilizando una expresión usada por la jurisprudencia⁴¹, respecto de esos datos, "el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado"; o dicho en otras palabras, no existe un derecho a controlar su "redivulgación". Como tiene dicho el TC, "a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento

titular "Defensa prescinde de casi 1.000 cabos y oficiales de complemento por considerarlos muy veteranos". En el reportaje aparecía el mismo folleto de las fuerzas armadas, con la imagen de los tres militares, pero con el texto modificado, en el que se decía: "El próximo 31 de diciembre le Partido Popular echa de las fuerzas armadas a personal militar. Cuando el número de reclutamiento es nulo, el gobierno se permite echar al personal", con el logo "Da un paso más al INEM" "Españoles de las FAS al paro, extranjeros a cubrir las plazas de éstos" "El valor de un profesional a precio muy barato". Aquí el tribunal consideró que no concurría el consentimiento de la recurrente. La actora había dado consentimiento para la utilización de su imagen con unos fines concretos, que eran los de fomentar el reclutamiento por el Ministerio de Defensa, pero la publicación efectuada por la revista "Interviú" constituía una extralimitación porque no cumplía la finalidad para la que se cedió desde el momento en que se había producido una modificación del folleto.

40 STC 19/2014, de 10 de febrero (RTC 2014, 19), FJ 5°.

41 Por ejemplo, en la STC 7/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 7), FJ 4.

ajeno¹⁴² y, de este modo, determinar el concreto contenido del mismo¹⁴³. Por lo demás, hay que recordar que, conforme al art. 2.1 LO 1/1982, la protección de la intimidad debe realizarse, teniendo en cuenta el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

En general, la idea expuesta se halla en concordancia con los fallos más actuales del TC, que ha considerado (contra el criterio del TS) ilegítimo que en un programa televisivo se desvele una relación sentimental de un Ministro, “si por propia voluntad decide mantenerla alejada del público conocimiento, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que se reserva”¹⁴⁴; y lo mismo, que en un reportaje de una revista se revelara la relación sentimental de una

42 V. en este sentido, entre otras, STC 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991, 197), FJ. 3º; 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134), y 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115).

La STS 17 junio 2009 (RJ 2009, 3403) nos sirve, por ejemplo, para ilustrar esta idea. Un famoso torero interpuso demanda contra dos cadenas de televisión, por considerar ilegítimo el tratamiento informativo de la inesperada muerte de su madre, especulándose con que la misma había sido consecuencia del consumo de drogas. Sin embargo, la demanda fue desestimada en todas las instancias, con el argumento de que la madre, conocido personaje de las tertulias televisivas, a las que “vendía” numerosas exclusivas, había desvelado el hecho de su drogadicción. En la sentencia de primera instancia se descartó que hubiera habido una intromisión ilegítima en la intimidad de la difunta, por la revelación de datos sobre las posibles causas de su muerte, y, en particular, por el hecho de que se barajara como determinante de la misma su drogadicción; y ello, porque de la prueba practicada se extrajo la conclusión de que había sido la propia madre del demandante quien, públicamente, había reconocido su adicción en diversas ocasiones y ante diversos medios, convirtiendo, así, voluntariamente, un asunto privado en una cuestión de conocimiento público, “que, ya estaba en la opinión pública cuando los medios demandados se hicieron eco de ella, siendo de aplicación el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, que habla de la relevancia que tienen la conducta o actos propios de cada uno a la hora de delimitar el ámbito de protección de los derechos de la personalidad”. En la sentencia de segunda instancia se dice que el tratamiento mediático hecho por las demandadas respecto de la noticia de la muerte de la madre del torero “se hizo después de que la mayoría de los medios de comunicación audiovisuales y escritos hicieran un exhaustivo seguimiento de la noticia del fallecimiento de la madre del actor en donde se vertieron reiteradamente comentarios sobre la adicción de la difunta a las pastillas y somníferos, y después también de que [...] hiciera públicamente referencia a dicha adicción y a su sometimiento a terapia [...] en distintos programas de televisión”. Por último, el Tribunal Supremo destacó que la madre del actor “era una persona famosa habitual de los medios de comunicación de la llamada prensa rosa, y que voluntariamente había limitado extremadamente su esfera de privacidad, siendo por ello que la muerte súbita e inesperada, por causas desconocidas, de un personaje de la notoriedad social alcanzada por [la madre] constituía un hecho noticioso ubicable, por su objeto y valor, en el ámbito de lo público, es decir, más allá del mero cotilleo o de la satisfacción de la curiosidad ajena, con la consecuencia de que la cobertura dispensada por los medios, orientada a formar a la opinión pública sobre las razones o causas de su muerte a tan temprana edad, justifica la priorización de la libertad de información por encima de la preservación de ese reducto de intimidad que corresponde al hijo para que no se revelen esos detalles”.

La STS 11 marzo 2010 (JUR 2010, 81972) confirmó la sentencia recurrida, la cual, revocando la resolución apelada, había desestimado la demanda, presentada por un conocido personaje de la “prensa del corazón”, que alegaba que se había vulnerado su derecho a la intimidad, al relacionarse sentimentalmente con dos mujeres en 51 programas. La sentencia recurrida afirma que el derecho a la intimidad se relaciona “con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica”. El Tribunal Supremo, por su parte, observó que “No hay atentado a la intimidad, pues se han facilitado datos ya conocidos que no han llegado a penetrar en un círculo íntimo ajeno al público”.

43 STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 176), FJ 7º, observa que el derecho a la intimidad “No garantiza, pues, una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”.

44 STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 176), FJ 7º.

actriz y modelo, porque “los datos íntimos desvelados en [los] reportajes no habían sido publicados con anterioridad”⁴⁵.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con el sentido de un reciente fallo del TC⁴⁶, que (en contra del criterio del TS) ha considerado que la utilización de las imágenes de una persona famosa en diversos programas televisivos, sirviendo de soporte para realizar comentarios respecto de la relación sentimental que mantenía con una mujer, constituyera una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad. La razón de mi discrepancia estriba en el hecho de que dicha relación era conocida, porque había sido hecha pública por los propios interesados, quienes voluntariamente habían levantado la barrera de protección respecto del conocimiento de este dato, que, por ello mismo, objetivamente, había dejado de ser íntimo. De ahí que considere inadecuada la argumentación del TC, según la cual para apreciar la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad era indiferente que “la relación afectiva fuera ya conocida”⁴⁷. Cuestión distinta (y, en esto sí que estoy de acuerdo con el TC, y no, con el TS) es que la utilización en el programa de alguna de las imágenes constituyera una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen no encuadrable en el art. 8.II a) de la LO 1/1982 (señaladamente, las fotos de la pareja en una haima en Marruecos o en una discoteca captadas con cámara oculta).

Una última reflexión: ¿cabe aplicar el art. 2.2 LO 1/1982 al derecho al honor? Es cierto que el ámbito natural de aplicación del precepto parece ser el de las intromisiones en la intimidad y la propia imagen, pero también pudiera pensarse en alguna hipótesis respecto al honor. Por ejemplo, quien consiente en participar en un concurso televisivo en que se coloca a los intervinientes en situaciones ridículas no puede luego dirigirse contra el medio que retransmite dicho concurso.

3. El consentimiento de las personas menores y discapacitadas

El art. 3.1 LO prevé que los menores e incapaces presten el consentimiento a una intromisión en sus bienes de la personalidad, “si lo permiten sus condiciones de madurez”⁴⁸. En caso contrario –dice al art. 3.2 LO–, serán sus representantes legales quienes lo den en su nombre, exigiendo el precepto que lo otorguen por escrito y que lo pongan previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien

45 STC 7/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 7), FJ 4.

46 STC 18/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 18).

47 STC 18/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 18), FJ 7°.

48 Aunque el art. 2.1 LO 1/1982 habla de menores, en general, se aplica, exclusivamente a los no emancipados, pues los que lo están, pueden, por este hecho, consentir intromisiones en su honor, intimidad e imagen, ya que tendrán condiciones de madurez suficientes para ello, sin que al respecto deba exigirse el complemento de capacidad, de sus padres o curadores, previsto en los arts. 323 y 324 CC, que no se aplican a supuestos distintos de los en él contemplados, que se refiere, exclusivamente, a la celebración de ciertos contratos. Esta interpretación del art. 3.1 LO 1/1982 se confirma por el número 2 del mismo precepto, el cual prevé que “En los restantes casos”, es decir, cuando el menor no tenga condiciones de madurez suficiente, el consentimiento sea prestado por sus representantes legales, lo que excluye a los emancipados, porque éstos no los tienen, al haber

podrá oponerse en el plazo de ocho días, en cuyo caso decidirá el Juez⁴⁹. Se trata de una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que lleva a considerar que en los actos jurídicos que no afectan a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores e incapacitados deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial⁵⁰.

No obstante, el principio de autonomía del menor “maduro” encuentra su excepción en el art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero, que, en su número tercero, considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación “que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso, si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales a dicha intromisión”. Por lo tanto, cuando el uso de la imagen del menor menoscabe su honor o, en general, sea contraria a sus intereses, por atentar contra su integridad moral o ser negativa para su formación, ni el consentimiento del propio menor, ni el de sus representantes legales (en el caso de que aquél no se halle en suficientes condiciones de madurez para prestarlo) excluyen el carácter ilegítimo de la intromisión. “Con ello –se explica en la Exposición de Motivos de la Ley- se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve”. En estos casos, se prevé la intervención del Ministerio Fiscal, quien, a tenor del número segundo del precepto, “instará de inmediato las medidas cautelares y

extinguido la emancipación la patria potestad y no ser tampoco el curador –en el caso de que deba nombrarse un representante de los mismos.

En el sentido de excluir la aplicación del art. 3.1 LO 1/1982, se orienta la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, la cual afirma que “en el caso de menores formalmente emancipados, el art. 323 CC establece que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad, -entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen- que, además, han de interpretarse restrictivamente [...] Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí los derechos al honor, intimidad y propia imagen y prestar los consentimientos previstos”.

- 49 No queda claro cuál es la consecuencia a la que da lugar el incumplimiento de estos requisitos, que sólo se exigen cuando el consentimiento se presta por medio de representante legal, con el fin de evitar que éste pueda perjudicar al menor. En algunos fallos, como STS 7 octubre 1996 (RJ 1996, 7058) y STS 19 julio 2000 (RJ 2000, 6753), se dice que su incumplimiento impide considerar legítima la intromisión, mientras que la STS 26 marzo 2003 (RJ 2003, 2596) sostiene una postura más matizada. En mi opinión, el art. 3.2 LO 1/1982 debe ser interpretado conjuntamente con el art. 2.2 de misma, así como con el art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero, de modo que la intromisión habrá de ser legítima, si consta que el representante legal prestó el consentimiento, en nombre del menor, para el concreto acto de intromisión y siempre que la misma no implique “menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses”.
- La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006 constata que “estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Pese a ello, los Sres. Fiscales se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor”; y añade: “Si por contra la intromisión en la intimidad o en la imagen del menor se considera contraria a sus intereses y se decide la interposición de demanda, la misma deberá fundamentarse en su caso, además de en los correspondientes motivos de fondo, en el incumplimiento de los requisitos cogentes del art. 3.2 LO 1/1982”.
- 50 La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006 habla de “la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”.

de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados". El Fiscal intervendrá, bien de oficio, bien a instancia del propio menor o de cualquier interesado, según resulta del número cuarto del mismo precepto.

La previsión legislativa, que establece una tutela reforzada de los derechos de la personalidad de los menores, parece adecuada desde la perspectiva de la exigencia constitucional de protección de la infancia y de la juventud, establecida en el art. 20.4 de nuestra Carta Magna, aunque, lógicamente, la intervención de oficio del Ministerio Fiscal deberá ser cautelosa, con el fin de evitar injerencias injustificadas en la esfera de libertad del menor o en el ejercicio de la patria potestad de sus progenitores⁵¹.

Del art. 3.1 LO 1/1982 se deduce claramente que si una persona, mayor de edad, a pesar de estar incapacitada judicialmente, tiene condiciones de madurez suficientes para discernir las consecuencias de un concreto acto de intromisión en sus bienes de la personalidad, puede autorizarlo. Ahora bien, lo que ha dado lugar a controversias es el supuesto inverso, esto es, si un discapacitado psíquico, que no ha sido incapacitado judicialmente, puede prestar, por sí mismo, su consentimiento a la intromisión, con fundamento en la regla de que la capacidad general de obrar de la persona se presume, mientras no sea limitada mediante la correspondiente sentencia judicial.

51 ¿Cabe que un menor que se encuentre en condiciones de madurez preste su consentimiento tácitamente, esto es, a través de hechos concluyentes, a cada acto de intromisión en su derecho al honor? Lo niega, a mi parecer, con escaso fundamento, la STS 17 diciembre 2013 (JUR 2014, 20190), la cual afirma que "contestar las preguntas de una reportera de televisión no puede presuponer el consentimiento expreso a la emisión de la entrevista en un programa televisivo. Y no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor, cuando contesta las preguntas de una entrevista al ser abordado en el gimnasio del hospital en el que se recupera de sus lesiones, pueda ser válidamente aceptado a estos efectos en ningún caso. La no oposición, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento expreso". Yo creo que es perfectamente posible deducir, sin excesivos esfuerzos, del hecho de que un menor maduro (en este caso, de 17 años) se someta voluntariamente a una entrevista realizada por un periodista profesional su autorización tácita para que la misma sea utilizada en un programa televisivo. No me parece que el requisito exigido por el art. 2.2 LO 1/1982, de que el consentimiento sea "expreso", deba interpretarse de manera distinta, cuando sea dado por un mayor de edad o por un menor que tenga condiciones de madurez acreditadas para entender y querer lo que está haciendo. Cuestión distinta es que si la entrevista, por su propia naturaleza o por la manera en que se emite en el programa, perjudica objetivamente al menor, deba entenderse que existe una intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen, por aplicación del art. 4.3 LO 1/1996. Esto es lo que, en puridad, sucedió con en el supuesto de hecho, en el que la presentadora del programa (en el que se informaba de la existencia de avances en el tratamiento de los dolores padecidos por enfermedades de la médula espinal), al introducir la entrevista, dijo, que el menor de 17 años, estaba en la unidad de medulares del hospital y que la mezcla de alcohol y velocidad lo había dejado en una silla de ruedas. Como observa la propia sentencia, "Tales manifestaciones referidas al menor, vinculando su padecimiento físico a las consecuencias del alcohol y la velocidad, donde realmente no queda clara su posición de víctima, puede dar lugar a especulaciones sobre el mismo [...] y pueden considerarse negativas para la integridad moral y formación de los menores, contraviniendo la exigencia constitucional de protección de la juventud y de la infancia"; y, más adelante, añade: "la difusión de la imagen del menor [...] debe considerarse perjudicial para los intereses del menor. El hecho de que en el reportaje emitido se sugiriera la implicación del menor en el accidente y la referencia al alcohol, era susceptible de lesionar el derecho al honor del menor".

El TC, en una fallo reciente⁵², con buen criterio, ha afirmado que “la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido [en el art. 3.I LO 1/1982] como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad”. En el supuesto de hecho se enjuiciaba la licitud de una entrevista, emitida en un programa televisivo (de escaso gusto), en la que se ridiculizaba cruelmente a una persona (no incapacitada judicialmente, pero sí con un grado de discapacidad física y psíquica reconocida del 66%), con una serie de preguntas sobre el tipo de mujeres que prefería, las cuales, evidentemente, no entendía. Además, dicha entrevista fue también colgada en la página de internet del programa, en la que se insertó su imagen, con unas enormes gafas y una foto distorsionada, junto a la cual se añadieron comentarios humillantes hacia la persona del discapacitado, de este tipo: “Periodista, soltero, ligón busca”; “tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta”; “si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas”.

El TC consideró que faltaba la exigencia de que el consentimiento fuese expreso, porque la autorización, en el mejor de los casos, se habría dado para que se llevara a cabo la entrevista y se emitiera en el programa televisivo, pero no, para alojarla en la página web, acompañada de los comentarios transcritos, “sin que pueda entenderse implícitamente concedido por haber accedido a realizar la entrevista, que es un acto distinto”. Pero el TC viene a negar que la persona entrevistada, a pesar de no estar incapacitada judicialmente, tuviera condiciones de madurez suficientes para valorar lo que estaba haciendo. Dice, así, que “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”⁵³.

4. La posibilidad de revocar el consentimiento.

El art. 2.3 LO 1/1982 permite revocar el consentimiento para la intromisión, en cualquier momento⁵⁴, lo que se explica —como ya se ha dicho, porque dicho

52 STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), FJ 6°.

53 En realidad esta posición es congruente con la mantenida por la jurisprudencia del TS en sede contractual, según la cual son nulos, por falta de consentimiento, los contratos que tienen su origen en las declaraciones de voluntad procedentes de personas, que, aun no estando incapacitadas, carezcan de “capacidad natural de entender y querer” las consecuencias del contrato celebrado (por ejemplo, porque padecen demencia senil o un Alzheimer acusado), pero siempre que se pruebe cumplidamente que sufrían esta falta de capacidad natural al momento de la conclusión del negocio. V. en este sentido SSTS 19 noviembre 2004 (Tol 514302) y 14 febrero 2006 (Tol 846273).

54 En la doctrina científica francesa, en su clásico trabajo, PERRAU, E.H.: “Des droits de la personnalité”, cit., p. 549, considera que no cabe retractarse sin motivo grave, ya que ello entrañaría un abuso de derecho, de donde se deduce que admite la retractación, cuando haya una razón seria para revocar el consentimiento inicialmente

consentimiento, en sentido estricto, ni tiene carácter contractual, ni da lugar a un acto de disposición del derecho, que es siempre conservado por su titular⁵⁵; se proyecta sobre un bien de la personalidad, respecto del cual las intromisiones ajenas sólo son posibles, si media una autorización *actual* del afectado; y, de ahí, que el ejercicio de la facultad de revocación sea un acto de libertad, que no requiera ser justificado o motivado; basta el mero cambio de voluntad del titular; y ello, aunque dicha revocación perjudique al inicialmente autorizado para la intromisión; no obstante, en tal caso, el art. 2.3 LO 1/1982 prevé que se le indemnicen daños y perjuicios, incluyendo las expectativas justificadas⁵⁶, esto es, el lucro cesante: por ejemplo, si se revoca el consentimiento dado para publicar en una revista determinadas fotografías

prestado. Ahora bien, aun para el caso de que la retractación no fuera seria y, por lo tanto, abusiva, no queda muy claro las consecuencias a que debía dar lugar este abuso (irrevocabilidad de la autorización o indemnización de daños y perjuicios).

En la actualidad, GOUBEAUX, G.: *Traité de droit civil*, dirección J. Ghestin, Les personnes, LGDJ, Paris, 1989, p. 302, plantea la posibilidad de desligarse de un contrato concerniente a la publicación de la imagen, en el sentido de que posteriormente pueda oponerse unilateralmente a la reproducción de la fotografía. El autor considera que ello es posible, siempre que se indemnice el perjuicio causado por esta retractación. No obstante, la sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación, de 10 de marzo de 2004 (BC 2004, II, n° 118), consideró que no era legítima la oposición de la actora a que se difundiera su imagen en un reportaje, en cuyo rodaje había intervenido voluntariamente, al entender que no había una justificación real para su cambio de actitud, por no preverse una utilización de su imagen para una finalidad distinta, de aquella para la que inicialmente había concedido la autorización.

En la doctrina científica italiana, la posibilidad de revocar el consentimiento inicial dado es ya admitida, desde tiempos tempranos, por RICCA-BARBERIS, M.: "Sulla capacità a disporre dell'immagine", Riv. Dir. Comm. 1904, I, pp. 450-451, quien, sin embargo, afirma que quien revoca debe indemnizar a la otra parte las ventajas que habría obtenido de la publicación de la imagen en la forma prevista, lo que parece referir, exclusivamente, al caso en que hubiera pagado una previa compensación económica.

El Real Decreto Ley de 7 de noviembre de 1925 (n° 1950), sobre derecho de autor, en su artículo 11 admitía la posibilidad de que quien había prestado su consentimiento a la intromisión en el derecho a la imagen pudiera revocarlo posteriormente, indemnizando los perjuicios ocasionados por dicha revocación. La actual Ley de 22 de abril de 1941 (n° 633) nada dice al respecto, pero un autorizado sector de la doctrina científica sigue admitiendo la posibilidad de revocación del consentimiento inicialmente dado. Así, DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 114, afirma que en la Ley vigente no es reproducido expresamente lo dicho en el artículo 11 de la antigua, pero que también, en relación a ella, ha sido sostenida la revocabilidad, dado que el derecho a la imagen se refiere a la esfera moral de la persona. FERRARA, L.: *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo Codice civile e nella legge sul diritto d'autore*, Edizioni Italiane, Roma, 1942, p. 186, considera incuestionable la facultad del titular del derecho a la imagen A revocar el consentimiento inicialmente dado. Más adelante, en las pp. 220-221, afirma que las razones por las que la persona puede revocar son infinitas, justas o injustas, pero, si dichas razones tienen su influencia sobre la valoración del daño que el fotógrafo sufre como consecuencia de la revocación, no inciden sobre el ejercicio mismo de esta facultad, que es absoluta. Dice, así, que la facultad revocatoria se impone, por sí misma, sin necesidad de ninguna justificación. GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, volumen 1°, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª edición, Cedam, Padova, 1990, p. 165, p. 165, se pronuncia en favor de la posibilidad de revocación, afirmando, además, que sólo la totalmente injustificada y caprichosa dará lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios.

- 55 RICCA-BARBERIS, M.: "Sulla capacità", cit., pp. 449-450, lo explicaba, así: el derecho sagrado e inalienable que tenemos sobre nosotros mismos hace de cualquier alienación temporal o perpetua de nuestra persona una simple tolerancia absolutamente revocable. Esta afirmación es conforme a la idea, que expresa el autor, de que el consentimiento de la persona tiene solamente el efecto de impedir la ofensa que, de otro modo, existiría, en el acto realizado sin aquél (p. 446). Sin embargo, a mi parecer incoherentemente, califica de contractual el consentimiento, cuando se da, mediando una compensación económica (pp. 447-448).
- 56 El art. 2.2 LO 1/1982 recuerda al artículo 9.5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos, que permite a quien ha prestado su consentimiento para la extracción de un órgano arrepentirse de su decisión, si bien, a diferencia de lo que acontece en el supuesto estudiado, aquél no estará obligado a pagar ningún gasto, a que hubiera podido dar lugar su inicial declaración de voluntad; y ello, porque estamos ante un acto esencialmente gratuito, que, además, afecta a la integridad física de la persona, razón por la cual, aquí, el consentimiento para la intromisión debe prestarse por escrito, ante la autoridad judicial, y ha de transcurrir un plazo de 24 horas hasta que se realice la extracción, a los efectos de que, si lo estima conveniente, quien la consintió puede arrepentirse, cautelas éstas, que no se dan respecto al derecho a la propia imagen.

de una persona famosa, el importe de las ejemplares de la misma que se hayan dejado de vender, por no poder publicarlas⁵⁷.

Respecto a la forma, el art. 2.3 LO 1/1982 no exige ninguna especial para la revocación, pero evidentemente deberá ser realizada mediante una declaración de voluntad recepticia, dirigida a aquél a quien, en un principio, se concedió la autorización, siendo aconsejable que se haga por escrito y, más concretamente, mediante un requerimiento notarial o burofax, a fin de que quede constancia de que la revocación llegó al conocimiento del destinatario de la declaración de voluntad, con el fin de poder acreditar dicha circunstancia, en una eventual reclamación de daños y perjuicios, si, a pesar de la revocación, el destinatario realizó la intromisión.

En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional⁵⁸ exige unos requisitos para que la revocación produzca efecto. Dice, así, que “habrá de acreditar algunas circunstancias, como la de proceder [la revocación] del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitada la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por parte de las personas a las que se dirige (incluso publicación en

57 Respecto al tiempo de ejercicio de la facultad de revocación, el art. 2.3 LO 1/1982 dice que el consentimiento podrá revocarse “en cualquier momento”, lo que debe entenderse en el sentido de que cabe la revocación, en tanto no se haya consumado la conducta en la que consiste la intromisión. Por ello, no estoy de acuerdo con algunas de las consideraciones contenidas en la STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 117). Ana Obregón había atribuido gratuitamente a un fotógrafo “el pleno derecho de distribuir en todo el mundo” una serie de fotografías, que ella misma había seleccionado. Posteriormente, éste cedió a la editora de “Play Boy España” la referida facultad, percibiendo un millón de pesetas. Ante ello, mediante requerimiento notarial, Ana Obregón comunicó a la empresa editorial su oposición a la publicación de las fotografías, requerimiento, que fue recibido, veinte días antes de la tirada del ejemplar en que aquéllas debían aparecer, cuando la revista estaba ya compuesta y en avanzada fase de impresión, de modo que la empresa hizo caso omiso del requerimiento y publicó las fotografías. Ana Obregón interpuso demanda de protección del derecho a la imagen, que fue desestimada en las tres instancias, y, ulteriormente, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Al interpretar la expresión, “en cualquier momento”, contenida en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1981, el Tribunal Constitucional, afirma que la revocación no puede aplicarse “a situaciones pretéritas, trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes legítimas” (FJ 6°), afirmación, que resulta indiscutible. Sin embargo, en lo que ya no estoy de acuerdo es en la aplicación que hace de este principio al caso litigioso. El Constitucional desestimó el recurso, haciendo suya la idea, expresada en las sentencias de las tres instancias, de que “la publicación no era un acontecimiento singular e instantáneo, sino un proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes ya se habían producido con anterioridad a la revocación”. Y añade: “Dichas sentencias, pues, han considerado que se trataba de un acontecimiento que –por su contenido plural y sucesivo– había de tenerse por prácticamente concluido cuando la revocación de produjo” (FJ 8°).

A mi parecer, no era posible fundamentar la ineficacia de la revocación en este alambicado razonamiento. Al tiempo de producirse la revocación, la intromisión, consistente en la publicación de las fotografías, no se había consumado todavía, de modo que la demandante tenía aún la facultad de revocar, la cual, según el tenor del art. 2.3 LO 1/1982, se puede ejercitar “en cualquier momento”. El *quid* de la cuestión se hallaba –entendiendo yo– en que en el requerimiento notarial no se había ofrecido una garantía de la reparación del daño, que previsiblemente se causaría a la editora. Es verdad que el art. 2.3 LO 1/1982 no subordina la eficacia de la revocación a este requisito, pero parece que, en este caso, la buena fe exigía el ofrecimiento de una garantía de resarcimiento de los daños causados por aquélla. De hecho, a continuación de las consideraciones transcritas, el Tribunal Constitucional afirma que los Tribunales de instancia habían otorgado relevancia a “la prevención del necesario resarcimiento de daños y perjuicios dada la inminencia de una publicación costosa que se estimaba ya en marcha”. Y, a continuación, añade: “Apreciación que debe reputarse razonada y razonable [...] máxime si se tiene en cuenta la ya referida falta de ofrecimiento de garantía de resarcimiento económico por quien revoca el consentimiento” (FJ 8°). A mi entender, es indudable que el ejercicio de los derechos de la personalidad, como el de todos los derechos subjetivos, deberá ajustarse a la prescripción del art. 7.1 CC. En este sentido, es de destacar que el art. 6 del Código civil de Quebec afirma que el ejercicio de los derechos civiles, entre los que el art. 3 sitúa los derechos de la personalidad, debe ajustarse a las exigencias de la buena fe.

58 STC 117/1994, de 25 abril (RTC 1994, 17), FJ 6°.

caso necesario), tener lugar en momento en que el derecho cedido todavía pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo (o sea de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de daños y perjuicios, requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancia de la revocación, particularmente, en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes". Se sugiera, así, la acertada idea de que habrá casos en que la buena fe exigirá que el ejercicio de la facultad de revocación vaya acompañado del ofrecimiento de una garantía de resarcimiento de los daños causados por aquélla⁵⁹.

El efecto de la revocación es hacer desaparecer el carácter legítimo, que inicialmente tenía la intromisión, como consecuencia del consentimiento prestado por el titular del derecho. En particular, por cuanto concierne al derecho a la propia imagen, la revocación es eficaz, no sólo frente a quien se hubiera concedido la facultad de captar, reproducir o publicarla, sino también frente a los eventuales cesionarios, a quienes aquél hubiera cedido esta facultad, por permitírsele, así, la autorización inicialmente recibida; y ello, porque esta autorización no surge de un contrato, respecto del cual el cesionario pueda invocar la condición de tercero, con el fin de evitar que le sea opuesto, sino que deriva de un acto de autonomía privada, que, en ningún caso, implica disposición del derecho a la propia imagen, el cual es inalienable, razón por la cual cabe siempre la revocación de la autorización, que producirá sus efectos (hacer desaparecer el carácter legitimador que inicialmente tenía la intromisión) *erga omnes*⁶⁰.

59 En contra, sin embargo, se manifiesta la STS 21 abril 2016 (RAJ 2016, 2094), según la cual la eficacia de la revocación del consentimiento no se supedita a una "previa indemnización", como pretendía una de las demandadas, que había seguido utilizando la imagen de la demandante, a pesar de habersele comunicado por burofax la revocación. Afirma el Supremo que el consentimiento será revocable en "cualquier momento", "aunque, en su caso, pero no como condición previa, hayan de indemnizarse daños y perjuicios".

60 Por ello, me parecen acertadas las consideraciones realizadas a este respecto por la STC 117/1994, de 25 abril (RTC 1994, 117). El TS había mantenido que la revocación de la autorización para publicar las fotografías, por parte de Ana Obregón, sólo podía ser eficaz frente al fotógrafo a quien había concedido la facultad de distribuir las, pero no, frente a la empresa editorial, a quien aquél, posteriormente, cedió dicha facultad. Dijo, así: "La Revista 'Play Boy España', que de buena fe adquiere unos derechos de publicación, mediante el pago de una sustanciosa suma y de la comprobación de la autorización correspondiente, recibe una comunicación que se refiere a unas relaciones en las que no intervino y que le son ajenas en cuanto a tercero, desconociendo su verdadero alcance". Frente a estas consideraciones, que interpretan mal la naturaleza del acto de autonomía privada que autoriza la distribución de las fotografías, atribuyéndole un carácter contractual del que carece, el TC, con acierto, afirma que "tratándose de ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la totalidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia" (FJ 5º).

La misma doctrina es reiterada por la STS 21 abril 2016 (RAJ 2016, 2094) para fundamentar la condena resarcitoria por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, no sólo de la sociedad a quien se había autorizado para usarla (titular de una web de contenido erótico), sino también de la propietaria de una televisión, a quien dicha sociedad le había cedido fotografías y videos (donde aparecía la actora), que había empleado para hacer publicidad televisiva de una línea erótica en horario de madrugada; y ello, a pesar de que con anterioridad a la cesión ambas demandadas habían sido requeridas a través de un burofax para que no volvieran a utilizar la imagen de la demandante.

No cabe dar la autorización para la intromisión, renunciando a la facultad de revocarla, porque el art. 2.2 LO 1/1982, claramente, permite revocar el consentimiento en cualquier momento (ello entrañaría, además, una renuncia contraria al art. 1.3 LO 1/1982).

Así lo constata un reciente fallo del TS⁶¹, que ha considerado inadmisibles una cláusula contenida en un contrato de arrendamiento de servicios, en la cual se autorizaba a la prestadora de los mismos para usar la imagen de la demandante (fotos y videos) en cualquier tipo de actividad publicitaria, incluso después de extinguido el contrato, para el que se fijaba una vigencia de un año, renovable automáticamente por periodos de igual duración, salvo denuncia por cualquiera de la partes con antelación mínima de treinta días. Con razón, se afirma que el contenido de dicha cláusula es “total y manifiestamente contrario a la protección del derecho a la imagen en su dimensión de derecho fundamental, porque la facultad legal de revocar el consentimiento ‘en cualquier momento’ excluye necesariamente no sólo la perpetuidad, sino incluso la sujeción al plazo pactado, por más que en este último supuesto pueda proceder una indemnización a favor de la otra parte contratante”.

IV. LA IDENTIDAD SUSTANCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD.

El razonamiento que estamos realizando parte de un presupuesto, sin el cual no puede defenderse la existencia de categoría unitaria de los derechos de la personalidad, que es el de la identidad sustancial en el orden constitucional y civil de los derechos que en ella se encuadran, lo que no plantea ningún problema respecto de los derechos al honor o a la intimidad, siendo indiscutido, en este punto, que el art. 18 CE y la LO 1/1982 regulan la misma realidad jurídica⁶².

El TC, en numerosos fallos ha afirmado que el derecho al honor “ampara a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas”⁶³, evidenciando “la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor”; y concluyendo “que el derecho al honor es una emanación de la dignidad,

61 STS 21 abril 2016 (RAJ 2016, 2094).

62 Estamos, ciertamente, ante tres derechos distintos y autónomos, cada uno de ellos con un contenido que comprende facultades diversas, y no ante manifestaciones distintas de un único derecho general de la personalidad, que, en nuestro ordenamiento jurídico, es inexistente.

63 STC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 180), FJ 4º, resumiendo la doctrina del TC sobre la materia. V. en el mismo sentido, entre otras muchas, la STC 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 9), FJ 3º; y la STC 216/2013, de 19 de diciembre (RTC 2013, 216), FJ 5º.

entendido como el derecho a ser respetado por los demás"⁶⁴. Así mismo, de manera constante, ha definido el derecho a la intimidad como "un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio"⁶⁵.

Los problemas de "identidad" se plantean, en cambio, respecto del derecho a la imagen, al que –como ya he dicho– la jurisprudencia constitucional se refiere como, "un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública"⁶⁶.

I. Planteamiento del problema.

El derecho a la imagen, en cuanto derecho fundamental de la personalidad es un derecho inherente al ser humano, lo que significa dos cosas. Por un lado, que se le reconoce a todo individuo, por el mero hecho de serlo, esto es, como consecuencia de su intrínseca dignidad. Por otro lado, la inseparabilidad entre el objeto y el titular del derecho: al recaer éste sobre un bien de la propia personalidad (la figura humana), no puede ser transmitido a una persona distinta de su titular originario, es decir, se trata de un derecho, que, por la propia naturaleza de su objeto, no puede cambiar de sujeto⁶⁷. Es, por ello, que, como resulta del ya citado art. 1.3 LO 1/1982, el derecho a la propia imagen es indisponible⁶⁸

64 STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), FJ 3º.

65 V., p. ej., STC 127/2003, de 30 junio de 2003 (RTC 2003, 127).

66 V. entre otras muchas, STC 81/2001, FJ 2º, STC 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139), FJ 4º, STC 83/2002, de 24 de abril (RTC 2002, 83), FJ 4º, STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14), FJ 14º, y STC 23/2010, de 27 de abril (RTC 2010), FJ 4º.

67 De Cupis, A.: *I diritti della personalità*, cit., p. 45.

68 En general, tradicionalmente, se ha aceptado que la indisponibilidad es una característica común de los derechos de la personalidad, y también del derecho a la propia imagen. Así, Perrau, E.H., "Des droits de la personnalité", cit., pp. 517-519, afirma que, hablando rigurosamente, los derechos de la personalidad, están fuera del comercio, por lo que no pueden ser cedidos, y, en general, no pueden ser objeto de una convención, e, incluso, están fuera de la acción de la voluntad humana. Sin embargo, más adelante, matiza que los derechos de la personalidad y, en particular, el derecho a la propia imagen pueden ser objeto de un acto de autonomía privada, cuando no sea contrario a la ley y a las buenas costumbres y persiga una finalidad útil por medios razonables. Dice, así, que no posee ningún valor la autorización dada por un cliente a su fotógrafo para exponer y vender al público retratos contrarios a su dignidad, a las buenas costumbres o al respeto que cada uno debe a la opinión pública. Por el contrario –añade– un modelo autoriza válidamente a un pintor a exponer públicamente su retrato, como obra de arte y, en este momento, esta autorización "demeure acquise après la brouille survenue entre l'un et l'autre". Ahora bien, el autor no atribuye a este tipo de autorizaciones un carácter contractual, por lo que permite revocarlas, concurriendo una razón seria. Afirma, así, que, realmente, no tienen valor como contratos, caracterizándolas como autorizaciones de un hecho material libremente concedidas por su autor, de las cuales, sin embargo, no es posible apartarse, sin motivo grave, ya que sirven de base a situaciones adquiridas en provecho ajeno. Y concluye: la retractación, sin razón seria, de la palabra dada, en estas condiciones sería un abuso de derecho. Pero no queda claro a qué consecuencias debe dar lugar este abuso (irrevocabilidad de la autorización o indemnización de daños y perjuicios). De hecho, para explicar su afirmación, se refiere, en primer lugar, a la doctrina jurisprudencial francesa de la promesa de matrimonio, respecto de la cual se reconoce el

La indisponibilidad no impide, sin embargo, que el titular del derecho pueda, conforme al 2.2 LO 1/1982, consentir *in concreto* la captación, reproducción o publicación de su imagen. Para explicarlo, en la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 (muy posiblemente, pensándose en el derecho a la propia imagen) se dice que no cabe la disponibilidad entendida ésta como “la absoluta abdicación de los derechos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de algunas de las facultades que los integran”.

A mi parecer, esta explicación es un “expediente conceptual artificioso”⁶⁹. No creo que pueda hablarse de un acto de disposición, en sentido estricto, ni siquiera parcial, de las facultades que integran un derecho de la personalidad; y ello, aunque el consentimiento para la captación, reproducción o publicación de la propia imagen se haya prestado mediando una compensación económica. Yo creo que la explicación más correcta –ya lo he anticipado) es la que ve en dicho consentimiento un acto de autonomía de la persona, que determina la licitud de una conducta, que, de no mediar la autorización del titular, sería ilegítima y, en consecuencia, daría lugar a la indemnización del daño moral subsiguiente⁷⁰.

2. La distinción norteamericana entre *right of privacy* y *right of publicity* y su falta de ajuste al sistema español.

La cuestión se presenta de manera distinta en el Derecho norteamericano, en el que, comúnmente, se distingue entre un *right of privacy* y un *right of publicity*⁷¹: con el primero, que reviste un carácter esencialmente moral, se reconoce a la persona la facultad de oponerse a la publicación de su figura, cuando ésta revele aspectos de

derecho del promitente a desvincularse, con la obligación de resarcir los daños morales y materiales causados al novio abandonado cuando la promesa es rota sin un motivo serio, en cuyo caso, se considera que se trata de una ruptura abusiva.

No obstante, en la actualidad, respecto del derecho a la imagen, un creciente sector de la doctrina científica empieza a propugnar una aproximación del Derecho francés al norteamericano, en el sentido de reconocer a la persona un derecho patrimonial, a la explotación de su imagen con fines comerciales, transmisible a los herederos. En este sentido se manifiestan, por ejemplo, ACQUARONE, D.: “L’ambigüité du droit à l’image”, *D* 1985 *Chr*, pp. 132-136; BERTRAND, A.: *Droit à la vie privée et droit à l’image*, Litec, Paris, 1999, pp. 133-147; LOISEAU, G.: “Droit à l’image et caricature”, *SJ* 1998, II, pp. 922 y 923; Malaurie, Ph. y Aynès, L.: *Cours de droit civil. Les personnes. Les incapacités*, Cujas, 1999, pp. 157-158, RAVANAS, J.: “Affaire Érignac: information et vie privée”, *SJ* 2001, II, p. 10488; y STOUFFLET, J.: “Le droit de la personne sur son image (Quelques remarques sur la protection de la personnalité)”, *SJ* 1957, I, n. 1374.

- 69 Así lo considera GALGANO, F.: *Diritto civile*, cit., p. 165, creo que, con todo acierto, al referirse a una hipotética distinción entre una titularidad (indisponible) del derecho a la imagen y un ejercicio (disponible) de dicho derecho.
- 70 Cfr., en este sentido, BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 44; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, L.: *Sistema de Derecho civil*, volumen 1º, *Introducción, Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 351, SARAZA JIMENA, R.: *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 153, VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 77.
- 71 Sobre este tema puede verse el extenso estudio de DE LA MAZA GAMURRI, I.: “La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (*right of publicity*) en el caso estadounidense”, en AA.VV., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 181 y ss.

su vida privada; con el segundo, se le atribuye un derecho, de carácter patrimonial, a la comercialización, en exclusiva, de su imagen, que puede ser objeto de un contrato, y, así mismo, ser deferido a sus herederos, a través de la sucesión "mortis causa"⁷².

Creo que esta concepción patrimonialista, a favor de la cual se muestra un sector creciente de nuestra doctrina científica⁷³ y que, incluso empieza a reflejarse en algunos fallos en reciente jurisprudencia⁷⁴, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, porque choca frontalmente contra el claro tenor del art. 1.3 de la LO 1/1982, el cual, al declarar el carácter indisponible de los derechos los derechos de la personalidad, los convierte en *res extra commercium*⁷⁵, impidiendo, así, que puedan ser objeto de un contrato, en el sentido estricto del término (art. 1271.1 CC⁷⁶).

Desde la perspectiva de nuestra legislación, el consentimiento del titular, autorizando una intromisión de un tercero en su derecho a la propia imagen, es ciertamente, un acto de autonomía de la persona, que actúa como una causa de legitimación de dicha intromisión, pero no, un consentimiento contractual, lo que (como ya he dicho), a mi juicio, explica cabalmente que dicho consentimiento, según el art. 2.3 LO 1/1982, pueda revocarse "en cualquier momento"⁷⁷.

-
- 72 BARNET, R.: "At a crossroads: the right of publicity in the United States", *Revue internationale du droit d'auteur*, 1994 (160), pp. 5-8, explica que el "right of publicity" permite tener un control sobre la utilización, hecha con fines comerciales, sobre el nombre, parecido o cualquier otro atributo que permita identificar a la persona, y extraer de ello un provecho. Se permite su utilización, sin necesidad de autorización, para fines informativos o de diversión, pero no, su uso comercial, que queda bajo el control de la persona célebre, dando lugar a un derecho que puede ser objeto de cesión y sobrevive a ella. Dice, así, que este derecho se convierte en una forma de propiedad, cuyo propietario es la persona célebre y sólo ella.
- 73 Por ejemplo, AMAT LLARI, E., *El derecho a la imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992; AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: si identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 205-210; BLASCO GASCO, F.: *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 111; CABEZUELO ARENAS, A.L.: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 139 y ss.; CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H.: "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen", AA.VV., *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 341-382; HERCE DE LA PRADA, V.: *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 43-69; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Derechos al honor, a la intimidad y a la imagen. Identificación de la persona", en Lacruz Berdejo, J.L. y otros: *Parte general del Derecho civil*, volumen 2°, *Personas*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 83, y también –parece– ROVIRA SUEIRO, M.E.: *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada 2000, pp. 76-78, por considerarla más ajustada a la realidad del tráfico jurídico.
- 74 Básicamente, en la STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2º y 3º; y, por su influencia en la STS 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 5572), STS 26 febrero 2009 (RJ 2009, 1516) y STS 23 febrero 2010 (RJ 2010, 1292).
- 75 Como afirma VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad*, cit., p. 77, un derecho inalienable "no puede en puridad ser objeto de tráfico jurídico".
- 76 Con toda certeza observa GALGANO, F.: *Diritto civile*, cit., p. 165, que no se trata de un verdadero y propio contrato, porque los derechos de la personalidad son indisponibles, no pueden ser objeto de un acto de disposición, que, por aplicación del art. 1428, II del Código civil italiano, sería nulo, por imposibilidad jurídica del objeto. Se trata –añade el autor– del consentimiento del titular del derecho a la imagen a un hecho jurídico ajeno.
- 77 No obstante deberán indemnizarse los daños y perjuicios que dicha revocación cause, incluidas las legítimas expectativas que la autorización inicial hubiera podido generar a quien confió en ella, de modo que, si quien revoca había percibido una compensación económica, deberá restituirla y parece, incluso, conforme a la buena fe que, en este caso, el ejercicio de la facultad revocatoria quede supeditado al previo ofrecimiento de una garantía para cubrir el importe de los daños, que de la misma se derivaran.

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

El argumento, utilizado por algunos autores⁷⁸, de contraponer, los números quinto y sexto del art. 7 LO 1/1982, para entender que, en el uno, se contempla un derecho de la personalidad a la imagen y, en el otro, un derecho patrimonial a su comercialización, no me parece convincente.

Cuando el número sexto del precepto nos habla de la utilización “de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, no significa que se le esté reconociendo un derecho patrimonial a su explotación comercial, sino que lo que hace es describir un tipo de intromisión ilegítima, caracterizada por el hecho de que quien la comete obtiene un beneficio económico de su comportamiento ilícito, lo cual tendrá consecuencias prácticas, desde el momento en que el art. 9.2.d) LO 1/1982 (en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), prevé “La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos”⁷⁹.

3. La inadecuada distinción entre el “aspecto constitucional” y el “aspecto civil” del derecho a la imagen.

En algunas sentencias de la Sala Primera del TS se ha distinguido distinción entre un “aspecto constitucional” y un “aspecto civil” del derecho a la propia imagen, lo que no es, sino un intento, más o menos aproximado, de traslación a nuestro Derecho de la distinción norteamericana entre el *right to privacy* y el *right to publicity*.

Esta distinción se apoya en una discutible interpretación de la regulación del derecho a la propia imagen en la LO 1/1982, hecha por un fallo del TC⁸⁰, con ocasión

78 Cfr., en este sentido, por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Derechos al honor”, cit., p. 83.

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

80 STC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81), FJ. 2º.

de un recurso de amparo contra una sentencia del TS⁸¹, la cual había desestimado el recurso de casación del conocido cómico y actor, Emilio Aragón, quien sostenía haber existido una vulneración de su derecho a la propia imagen, como consecuencia de una representación gráfica, utilizada en el anuncio publicitario de un desodorante para calzado, consistente en un dibujo en blanco y negro, de unas piernas cruzadas, con unos pantalones y calzado de deportivos de color blanco, acompañada de una leyenda, que decía: "La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies".

El TS, en la sentencia recurrida, había afirmado que dicha representación gráfica no identificaba de modo indubitado a Emilio Aragón, lo que no creo que fuera muy ajustado a la realidad. A mi entender, el *quid* de la cuestión no estaba en sí dicha representación gráfica servía para identificar, o no, al artista, que creo que sí, sino en que no entrañaba una reproducción de su figura, de sus rasgos físicos personales, razón por la cual, en ningún caso, podía ser considerada como una intromisión en su imagen.

Pero el TC, expuso la tesis, por lo demás innecesaria para resolver el recurso de amparo, consistente en distinguir el concepto de "imagen" a efectos constitucionales y civiles. Dijo, así: "Es cierto que en nuestro Ordenamiento -especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE".

Estimo que la contraposición del derecho a la imagen, a efectos civiles y constitucionales, es improcedente. La LO 1/1982 no reconoce un derecho a la explotación comercial de la imagen, sino que lo que consagra es un derecho de la personalidad a determinar la representación gráfica generada por los rasgos físicos personales del individuo. De hecho, la Ley no hace, sino desarrollar el art. 18 CE, estableciendo una regulación civil de los "derechos fundamentales de la personalidad" en él contemplados, que se traduce, fundamentalmente, en la reparación del daño moral, subsiguiente a las intromisiones ilegítimas.

81 STS 30 enero 1998 (RJ 1998, 358).

Volviendo al fallo, el TC concluye afirmando que, “si bien el valor asociado a la persona de su creador por lazos jurídicos y económicos es susceptible de protección jurídica en nuestro Ordenamiento, estos vínculos no se insertan en la dimensión constitucional del derecho a la propia imagen (art. 18.I CE) porque no pertenecen a la esfera reservada y propia de aquél” (FJ 3°).

Sin embargo, a mi entender, dichos “vínculos” tampoco se insertan en la dimensión civil del derecho a la imagen (recuérdese que, en el supuesto, se enjuiciaba la legitimidad de la utilización, en un anuncio de desodorante de pies, de un dibujo en blanco y negro realizado por ordenador de unas piernas cruzadas y enfundadas en unos pantalones negros). El “valor asociado a la persona”, del que habla la sentencia, en su caso, debiera hallar protección a través del art. 1902 CC o de la legislación de Propiedad Intelectual.

En cualquier caso, como ya he dicho, en algunas sentencias del TS aparece la afirmación (*siempre obiter dicta*) de que “debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad, esfera moral, relacionada con la dignidad humana y como derecho patrimonial, protegido por el Derecho pero ajeno a la faceta constitucional como derecho fundamental”⁸². Lo que en ninguna de estas sentencias está muy claro es cuál es el exacto ámbito que se asigna a cada uno de estas dos facetas del derecho que se proponen, pero parece que el criterio de distinción fundamental se basa en el hecho de que la imagen revele, o no, aspectos de la vida privada de la persona (debiendo considerarse que no los revela cuando ya ha sido publicada) o suponga, o no, un ataque al derecho al honor de la misma, valorándose, además, si ha existido un consentimiento inicial a la captación de la propia figura, máxime, si se ha dado con finalidad publicitaria⁸³.

82 En este sentido, se orientan la STS 22 de julio 2008 (RJ 2008, 4495), 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 5572) y STS 26 febrero 2009 (RJ 2009, 1516); y más recientemente, la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 3169) y la STS 23 febrero 2010 (RJ 2010, 1292).

83 La STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 3169) marca una clara conexión entre la faceta constitucional del derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad. Dice, así, que “La imagen se relaciona con el derecho a la intimidad, expresión típica del derecho de la personalidad que recoge el art. 7.5 [que, en realidad, lo que típica son intromisiones en el derecho a la propia imagen fuera o dentro de la vida privada] y también recoge el derecho a la propia imagen como derecho patrimonial, como contempla el mismo art. 7.6”, que, sin embargo, como ya he dicho y reitero lo único que hace es describir un tipo de intromisión ilegítima, caracterizada por el hecho de que quien la comete obtiene un beneficio económico de su comportamiento ilícito. La STS 22 de julio 2008 (RJ 2008, 4495), que confirmó la sentencia recurrida, afirmó lo siguiente: “Respecto a la intromisión prevista en el art. 7.6 LO 1/1982, y aun reconociendo la problemática que se plantea en relación con la determinación de los límites del derecho a la imagen y la exclusión del carácter constitucional de determinados aspectos del mismo y más concretamente, de la explotación comercial, lo que sí debemos afirmar es que en cualquier caso, la intromisión debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona y ello no se ha producido en el presente supuesto, dadas las características que concurren”. De esta afirmación, claramente, se deduce que, para entender vulnerado el derecho a la imagen, en su dimensión constitucional, no basta con que se haya desconocido la facultad de su titular para decidir acerca de la representación gráfica de su figura, sino que es necesario que se haya producido “una lesión contraria a la dignidad de la persona”. En este caso, la controversia había sido provocada por una fotografía de una mujer, utilizada para la publicidad de los productos de una peluquería, la cual había sido tomada de un reportaje fotográfico, que le había sido hecho anteriormente, habiendo pagando los gastos del mismo un peluquero, a cambio de poder usar una fotografía suya en la promoción de sus peinados. En realidad, el verdadero núcleo del problema radicaba en averiguar si la empresa que había utilizado la fotografía había obrado con diligencia

A mi entender, esta doctrina jurisprudencial conduce, *de facto*, a la negación del carácter autónomo del derecho de la personalidad a la imagen en el orden civil, ya que toda representación gráfica generada por los rasgos físicos que no suponga vulneración del derecho a la intimidad o al honor se sitúa en el ámbito de la explotación comercial de la imagen. Se olvida, así, que a través del derecho a la propia imagen se tutela un específico bien de la personalidad, la figura humana, en cuanto elemento de identificación del ser humano; y ello, con independencia de que mediante su captación, reproducción o publicación se devalen, o no, aspectos de la vida privada de la persona (como dice el art. 7 LO 1/1982, en su número quinto) o se atente contra su reputación⁸⁴. Se desconoce, en definitiva, la constante

al no haberse preocupado de averiguar si había existido consentimiento de la persona fotografiada para ese concreto uso publicitario. En primera instancia, se consideró que la empresa debía responder "por la negligente conducta al no haber procedido a requerir la existencia del consentimiento expreso, como la práctica habitual en tal ámbito necesariamente requiere". Sin embargo, en segunda instancia, se entendió que su actuación había sido diligente, resaltando que "tanto la codemandada como la agencia de publicidad que realizó la campaña han reconocido en prueba de confesión y testifical, respectivamente, la necesidad de obtener el consentimiento de la modelo para la utilización de la imagen, pero ello no supone reconocimiento de que su actuación fuese ilegítima, frente a lo argumentado por la actora en esta alzada, pues a la vista del documento de cesión [...] resulta razonable pensar que tanto una como otra creyesen que contaban con la autorización de la actora, al haber adquirido el derecho a reproducir la imagen de la persona que aparentaba hallarse en posesión del mismo, y a la que pagaron el correspondiente precio. Su actuación en los hechos denunciados fue diligente".

El TS se enfrentaba a una difícil cuestión, que es la de determinar si la reparación de los daños morales provenientes de intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad exige la concurrencia de la culpa del infractor o si, por el contrario, prescinde de ella, al tratarse de un supuesto de responsabilidad objetiva. Un cómodo expediente para solucionar el caso, sin entrar en dicho problema, es entender que la intromisión invocada no afectaba al derecho de la imagen en su aspecto constitucional, sino en su dimensión civil, llevándolo al terreno del contrato, para aplicar el principio general de responsabilidad por culpa.

El TS dice, así, que se "produce en este supuesto una cuestión relativa a la vertiente de explotación comercial de la imagen, que como el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de Sala han considerado en sentencias que ya se han citado, carece de dimensión constitucional y se concentra en el ámbito del contrato. Y en este punto nos encontramos claramente ante un contrato celebrado sin intervención de la recurrente que le ocasiona unos perjuicios, no puramente constitucionales, sino económicos. Hay que compartir el razonamiento de la sentencia recurrida que considera no negligente a la demandada [...] cuando a la vista del documento de cesión de la persona que había pagado el reportaje que dio lugar a la fotografía publicada y utilizada después por la empresa demandada, consideró que le habían sido cedidos los derechos concretados a la imagen reproducida en la mencionada fotografía". Más adelante, añade: "Debe concluirse que parece claro que el codemandado [el peluquero] no podía ceder el derecho a la imagen, aunque esta conclusión se base en un contrato verbal y por ello de imposible interpretación; a pesar de ello, debe considerarse que [la demandante] no le había cedido su derecho ni le había apoderado para ello [...] Pero otra cosa distinta es la responsabilidad de [la empresa] ante un cedente que aparenta ser titular de los derechos económicos de la imagen reproducida y de los 'derechos de modelo', porque aquí falta el elemento de negligencia que le obligaría a indemnizar".

84 El bien protegido por el derecho a la propia imagen es, en efecto, la figura humana, en sí misma considerada, que es un atributo de la personalidad, en cuanto elemento básico para la identificación del ser humano, y, de ahí, que se tenga la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, sin su consentimiento, con independencia de que dichas intromisiones, supongan, o no, la divulgación de aspectos de la vida privada, lo que tendrá especial trascendencia respecto de las fotografías tomadas en lugares públicos. La autonomía del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad aparece con toda claridad en la actual jurisprudencia constitucional. La STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º, así, tras poner de relieve la vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, señala que no obstante, "se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual". La misma doctrina, de la autonomía del derecho a la imagen respecto del derecho a la intimidad, se contiene en otros fallos, en los que, sin embargo, se aprecia una lesión conjunta de los derechos a la propia imagen y a la intimidad. V. así, STC 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 156), FJ. 2º; STC 83/2002, de 24 de abril (RTC 2002, 83), FJ. 4º; STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 176), FJ. 6º; STC 19/2014, de 10 de febrero (RTC 2014, 19), FJ. 4º; y STC 18/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 18), FJ. 4º.

jurisprudencia, constitucional y civil, que claramente afirma la autonomía del “derecho fundamental de la personalidad” a la propia imagen, respecto de los derechos al honor y a la intimidad⁸⁵.

Además, se corre el riesgo de provocar una indeseable inseguridad jurídica, que lleve a la desestimación de demandas de quienes invocan una intromisión ilegítima en su derecho de la personalidad a la imagen, por publicarse una fotografía suya sin su consentimiento, con el “difuso” argumento de que la intromisión que denuncian afecta, exclusivamente, a la imagen en su aspecto comercial o patrimonial, pero no, en su dimensión constitucional de “derecho fundamental de la personalidad” que faculta a su titular para controlar la representación gráfica generada por los rasgos físicos personales⁸⁶.

- 85 De hecho, la propia STS 22 de julio 2008 (RJ 2008, 4495), que distingue, “entre el derecho moral, relacionado con la dignidad de la persona”, de “la explotación comercial de la imagen”, afirma el carácter autónomo del “derecho fundamental de la personalidad” (de lo que denomina el derecho a la imagen en “su aspecto constitucional”). Dice, así, que tanto el TC, como el TS, “han atribuido al derecho a la imagen una autonomía propia distinta de los otros dos derechos mencionados”, haciendo suya la doctrina de “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”. En la misma tradición incurre la STS 26 febrero 2009 (RJ 2009, 1516). Por un lado, afirma la autonomía del derecho a la imagen como derecho de la personalidad. Dice, así, que “La doctrina constitucional y la jurisprudencia han caracterizado el derecho a la propia imagen como “un derecho de la personalidad, con un contenido propio, específico y diferenciado de los demás, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública”. Sin embargo, posteriormente, acaba negando esa autonomía del “derecho fundamental de la personalidad” a la imagen, reduciéndolo a una pura faceta del derecho a la intimidad. Así resulta, de su afirmación, según la cual “La jurisprudencia de esta Sala ha seguido la misma línea de diferenciar el aspecto constitucional y el aspecto patrimonial del derecho, circunscribiendo la tutela civil del derecho fundamental, conforme a su contenido propio, al primero de ellos”.
- 86 Muestra de ello es la STS 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 5572), que consideró legítima la reproducción en un libro, denominado “Cuerda de presos”, de una entrevista concedida por un recluso, cuyo destino había sido ser emitida en un programa de televisión, acompañada de una imagen del mismo, captada, en su momento, con su autorización. El recluso alegaba que había dado su consentimiento para que la entrevista fuera emitida por televisión, pero no para que su transcripción fuera publicada como parte de un libro, ilustrada con una fotografía suya. El TS desestimó el recurso de casación, confirmando la sentencia de segunda instancia, la cual había desestimado la demanda, por considerar que el libro “no era, sino la proyección literaria de un programa televisivo con el mismo nombre y el mismo contenido con una transcripción de la entrevista consentida en los mismos términos en que fue realizada en el medio televisivo, y con la imagen del recurrente como encabezamiento tomada de la misma entrevista consentida”. Pero, además, añade que “otorgado el consentimiento, la cuestión queda enmarcada no en el ámbito del aspecto constitucional del derecho a la intimidad y a la propia imagen, que no ha sido vulnerado, sino en su aspecto patrimonial sobre el incumplimiento o no del contrato celebrado entre las partes”; y, más adelante, dice lo siguiente: “Concluyendo, ninguna vulneración de la intimidad se puede producir por la difusión de los datos relativos al encarcelamiento de la recurrente cuando fue ésta quien consintió esa divulgación en un medio televisivo ni tampoco ninguna vulneración del derecho a su imagen se ha producido cuando esa imagen fue captada con su consentimiento. La utilización de la misma entrevista e imagen en un medio gráfico distinto (libro), firmado por el mismo entrevistador; una vez se ha producido la divulgación, afecta al ámbito patrimonial de estos derechos o en su caso, al ámbito contractual en el que se prestó el consentimiento pero en ningún caso a la esfera constitucional del derecho a la intimidad y a la imagen”. A mi parecer, se podrá discutir si concurre un interés cultural, que, en atención a las circunstancias del caso, justifique que imagen del recluso pueda publicarse en un libro, sin necesidad de autorización del mismo (por aplicación de lo dispuesto en el art. 8.1 LO 1/1982 o sí el consentimiento inicialmente prestada para utilizar la imagen en una entrevista televisiva se puede entender extensible a un uso accesorio de la misma para ilustrar la transcripción de la misma en una obra literaria. Ahora bien, en mi opinión, es totalmente incorrecto afirmar que por el mero hecho de que anteriormente se haya consentido la publicación de la imagen y ésta se haya divulgado, la publicación de la misma en un medio distinto a aquél para el que inicialmente se concedió la autorización es un problema que, exclusivamente, afecta al derecho a la imagen en su aspecto comercial o publicitario, y no, al derecho fundamental de la personalidad a controlar la representación gráfica generada por los rasgos físicos personales, usándose dicho argumento para desestimar una demanda o recurso, olvidándose,

V. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD.

No cabe duda de que el titular de los derechos fundamentales de la personalidad es el ser humano, siendo su reconocimiento una exigencia ineludible del respeto a su dignidad.

I. La pretendida titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas privadas.

Sin embargo, la idea expuesta ha sido oscurecida por la jurisprudencia, la cual, tras iniciales vacilaciones⁸⁷, ha terminado por reconocer, de manera clara e indubitada,

así, según resulta del art. 2.2 LO 1/1982, el consentimiento a los actos de intromisión ajena en un derecho de la personalidad propio ha de ser expreso, esto es, para cada concreta intromisión.

Ilustrativa me parece también la STS 26 febrero 2009 (RJ 2009, 1516). En el origen del litigio se hallaba la utilización de las imágenes de un partido de fútbol de la primera división, en el que el jugador de uno de los equipos había realizado una jugada, que se califica de "antológica", para un anuncio de una marca de calzado deportivo. El centro de las imágenes era el deportista que había protagonizado dicha jugada, apareciendo, de manera accesoria, los jugadores del otro equipo, a quienes había driblado, marcando un gol. Estos jugadores interpusieron demanda por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. Se daba la circunstancia de que los demandantes, al firmar su respectivo con su club, habían autorizado la utilización de su imagen por parte de la Liga Profesional de Fútbol. El TS afirma que "La cuestión, una vez que queda constancia de la existencia del consentimiento de los deportistas demandantes, por medio del contrato suscrito con el club de fútbol, en favor de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, cobra una dimensión estrictamente patrimonial que la sitúa extramuros del ámbito constitucional del derecho fundamental y de la protección que otorga la mencionada Ley Orgánica".

No creo que el hecho de que los demandantes hubieran consentido en la utilización de su imagen signifique que todo litigio que se plantee sobre el uso de aquella rebasa los límites del "derecho fundamental de la personalidad" a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos.

De hecho, el propio TS se ve en la obligación de considerar si, en definitiva, existe, o no, intromisión en el "derecho fundamental de la personalidad" a la propia imagen de los actores, llegando a la conclusión de que no la hay. Dice, así: "desde la perspectiva del contenido estrictamente constitucional del derecho, la consideración de que la reproducción de la imagen de los demandantes por la entidad demandada en un medio diferente a aquel para el que, en principio, se otorgó la autorización, constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, choca con el escollo insuperable que representa el hecho de que la explotación publicitaria y, por ende, económica, se concentra en la imagen del jugador [...] cuya destreza y aptitudes deportivas se trata de ensalzar, hasta el punto de la magnificencia, para relacionarlas con las cualidades y la calidad del producto publicitado, que se identifican de ese modo referencial e indirecto con aquéllas. La reproducción de la imagen de los demandantes en ese contexto es meramente instrumental y accesoria".

A mi parecer, el problema que se planteaba en este supuesto era el de decidir si la autorización dada por los demandantes, al firmar su respectivo contrato, para que su imagen fuera utilizada por parte de la Liga Profesional de Fútbol, incluía, o no, su uso para fines publicitarios, a lo que (en atención a lo que se deduce de las circunstancias del caso) me da la sensación de que hay que responder afirmativamente; y, además, si ello es así, parece que una elemental aplicación del principio de la buena les impide mantener el contrato de trabajo y revocar la autorización para utilizar su imagen con fines publicitarios, máxime cuando la mayor parte de los ingresos de los clubs, que pagan los salarios a los jugadores, se obtienen de la publicidad.

87 En un principio hubo resoluciones contrapuestas en la materia. Por ejemplo, la STS 5 octubre 1989 (RJA 1989, 6889), que no estimó de demanda de protección del honor, presentada por un partido político, afirmó que "en el contexto de estos asuntos de relevancia pública es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado; respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental".

Por el contrario, la STS de 15 de abril de 1992 (RJA 1992, 4419) estimó la demanda de protección al honor presentada por una sociedad mercantil, a la que se le había imputado haber comprado unos terrenos con engaño y haber obtenido una sentencia favorable, a cambio de dinero. La sentencia se pronuncia en los siguientes términos: "Es cierto que el derecho al honor reconocido como fundamental [...] deriva de la dignidad humana [...] y consecuentemente presenta, en su concepción estricta, un innegable carácter personalista, pero ello no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personas jurídicas y, en concreto, a las sociedades

la titularidad del derecho al honor, no sólo a las personas físicas, sino también a las jurídicas (al menos, a las de Derecho Privado⁸⁸).

Así, en el fallo de referencia en la materia, el TC afirma que, aunque el honor “es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas”, añadiendo que “el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”, para concluir que “la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”⁸⁹.

Esta tesis ha sido adoptada por un amplio sector de la doctrina científica⁹⁰ y de modo indubitado por el TS⁹¹, que en un reciente fallo del Pleno de la Sala de lo

mercantiles [...] admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección [...] no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil en el desenvolvimiento de sus actividades”. Más adelante, explica: “si bien en cuanto el honor afecta a la propia estimación de la persona -carácter immanente- sería difícil atribuirlo a la persona jurídica societaria, no ofrece grave inconveniente entender que, en su aspecto trascendente o exterior, que se identifica con el reconocimiento por los demás de la propia dignidad, es igualmente propio de aquellas personas jurídicas, que pueden gozar de una consideración pública protegible”.

En el mismo sentido se orientó la STS 5 abril 1994 (RJA 1994, 2930), la cual respecto al “tema, ciertamente, no pacífico, a la vista del contenido de la doctrina jurisprudencial, de la extensión o no a las personas jurídicas de la protección al honor”, afirma “la inexistencia de un único principio que uniforme positiva o negativamente, el tema en cuestión”, por lo que ha de decidirse “caso a caso”. No obstante, afirma que, cabe establecer “con carácter general que, si bien, de ordinario habrán de quedar excluidas las conductas susceptibles de ser enjuiciadas como ataque al honor de los entes morales, bajo la normativa citada (lo que, por otra parte, no entraña su indefensión, puesto que desde otras perspectivas jurídicas es patente la protección de las mismas) ha de admitirse la posibilidad de que, pese a que en principio el honor en sentido estricto es atributo, como se dice, de la persona individual, siguiendo la dimensión personalista [...] presente también en las personas jurídicas respecto de los cuales, por ende, ha de predicarse el cobijo en la normativa que veda el ataque al mismo, en tanto en cuanto inequívocamente se constata que han sufrido una sensible agresión desde el desbordamiento de la libertad de expresión, a la dignidad, que, como respeto de los demás, tiene derecho a ostentar y defender en la esfera del ámbito mercantil o civil en que desenvuelvan su cometido”.

88 V. amplias referencias jurisprudenciales en MARIN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “El derecho al honor de las personas jurídicas”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Cizur Menor, 2007, pp. 55 y ss.

89 STC 139/1995, de 26 septiembre (RTC 1995, 139), FJ. 5°.

90 V. a este respecto amplias referencias doctrinales en RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Derecho al honor y persona jurídica”, en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

91 La STS 9 octubre 1997 (RJA 1997, 7613) expone, que tras la STC 139/1995, de 9 de diciembre, “La doctrina de esta Sala, en este momento, es clara [...] ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la propagación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

La STS 27 julio 1998 (RJA 1998, 6374) dice que “hoy nadie duda de que, aun cuando el honor hace relación a los derechos de la personalidad, para su ámbito trascendente ha de entenderse aplicable la norma protectora a las entidades mercantiles, cual la recurrente, respecto a la dignidad ganada ante los demás y en cuanto afecta a su prestigio profesional”.

La STS 7 julio 2009 (RJA 2009, 4456) afirma que “el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica; una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona

Civil⁹², ha fijado como clara doctrina jurisprudencial que sólo las personas jurídicas de Derecho Privado (asociaciones, entre ellas, partidos políticos, fundaciones o sociedades mercantiles) son titulares del derecho al honor, excluyendo, en consecuencia, que puedan serlo las personas jurídicas de Derecho Público (en concreto, en el caso enjuiciado un Ayuntamiento)⁹³; y ello, sin perjuicio de que las mismas (además estar protegidas penalmente) “puedan reclamar, con fundamento en el artículo 1902 CC, indemnización de los perjuicios que les causen los atentados a su prestigio institucional o autoridad moral”⁹⁴.

Desde mi punto de vista, es contradictorio⁹⁵ atribuir a una persona jurídica, sea pública o privada, un derecho fundamental de la personalidad, como es el honor, cuya base radica en la dignidad del ser humano⁹⁶. A mi parecer, hay que distinguir dos cuestiones diversas: de un lado, la relativa a si las personas jurídicas tienen derecho al honor, que creo que no⁹⁷; y, de otro, la atinente a la posibilidad de que personas jurídicas puedan interponer demandas, por sustitución en protección del derecho al honor de un colectivo de personas.

Ciertamente, es posible que, por ejemplo, la imputación de un hecho afecte a todos los miembros de una asociación, pero, en mi opinión, en este caso, lo vulnerado será el honor de los socios, y no, el de la persona jurídica, pues, al ser una mera personificación por razones de conveniencia social, no se le puede asignar atributos esenciales del ser humano, como son los derechos de la personalidad. Cuestión

jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*)”. En el caso enjuiciado considero intromisión ilegítima en el derecho al honor de un centro geriátrico el hecho de que, a propósito de un reportaje con cámara oculta sobre problemas en residencias de mayores, el presentador del programa donde se emitió dijera en su presentación (sin haberlo contrastado previamente) que la residencia demandante “presentaba muchas irregularidades”; y en el coloquio que siguió a la exhibición de la filmación, que tenía “quince denuncias entre trabajadores, residentes y vecinos y que sólo recientemente había sido inspeccionada”.

92 STS (Pleno) 15 junio 2016 (RAJ 2016, 2532).

93 En realidad, es doctrina jurisprudencial consolidada –que recuerda el TS en esta sentencia, la de que las personas jurídicas de Derecho Público no pueden ser titulares de derechos fundamentales, salvo los de carácter procesal, del art. 24 CE. Así, la STC 195/2015, de 21 de septiembre (RTC 2015, 195), FJ. 3º, “los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos”; y añade: “Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública”. “En consecuencia, lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional”.

94 Pero deberán probarlos cumplidamente, pues no gozan de la presunción de perjuicio que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982.

95 DE ÁNGEL YAGÜE, R.: “La protección”, cit., p. 97, habla de “deformación terminológica”.

96 Ello explica, que, como afirma La STS de 21 de mayo de 2009 (RAJ 2009, 3188) “por su propia naturaleza, el derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación a la persona física”.

97 BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual*, cit., pp. 47-48, observa que los derechos de la personalidad sólo pueden pertenecer a personas físicas, por lo que cuando se habla de honor de las personas jurídicas, en rigor, se está hablando, bien del de sus miembros, bien del prestigio o reputación de la institución. Reconoce que esto último es un bien digno de protección, pero no de un bien de la personalidad, por lo que su tutela no procederá a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sino del art. 1902 CC.

distinta es que, en este caso, se reconozca legitimación activa a la asociación, en sustitución procesal de sus miembros, con el fin de evitar una pluralidad de demandas individuales de aquéllos⁹⁸; y, por supuesto, nada obsta a que, en caso de ataques contra el honor de grupos humanos sin personalidad jurídica, personas naturales o jurídicas de su mismo ámbito cultural, étnico, social o religioso puedan ejercitar una acción contra dicha intromisión, tal y como ha reconocido la jurisprudencia constitucional⁹⁹.

Cabe también, por ejemplo, un ataque injusto contra el prestigio comercial de sociedad mercantil, que dé lugar a un daño resarcible, pero, a mi entender, la vía del resarcimiento no será el art. 9 LO 1/1982, sino el art. 1902 CC¹⁰⁰.

98 Véase, en este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la Sala Iª del Tribunal Supremo, en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 162.

99 La STC 176/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995, 176), FJ. 3º y 5º, afirma que "La titularidad de este derecho subjetivo [al honor] se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos".

Respecto del caso concreto, afirma: "Aquí y ahora, es el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo humano las injectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano".

En el supuesto litigioso se planteaba si la libertad de expresión amparaba la publicación de un tebeo en el que había viñetas alusivas a la situación de los judíos en los campos de concentración nazis, que fueron considerados injuriosos por las asociaciones "Amical de Mauthausen" y "B'Nai B'Rith de España", quienes presentaron querrelas criminales, que darían lugar a una condena por delito de injurias.

El recurso de amparo de los condenados fue desestimado por el Tribunal Constitucional, que se pronuncia en los siguientes términos: "En el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, ojeando y hojeando página tras página, resulta que en él 'se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales'. 'El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos', con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas ('animales', o 'carroña', entre otras). Así lo dice la sentencia impugnada. Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Y así hasta la náusea. La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos".

Más adelante añade: "Es evidente que, vista así, la historieta nada tiene que ver, ningún parentesco guarda con una crónica del pasado, careciendo de valor informativo alguno, sin que tampoco lo tenga cultural en ninguna de sus facetas como se vio más arriba. Por otra parte, el propósito burlesco, 'animus iocandi', al que niega eficacia exculpatoria la sentencia en el plano de la legalidad, intangible para nosotros, se utiliza precisamente como instrumento del escarnio. Es posible que para algunos ciertas escenas del folleto resulten cómicas por su capacidad para poner en ridículo el sufrimiento, minimizando la abyección. Ese tratamiento no encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la preceptiva literaria. Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto muchos de los cuales -la inmensa mayoría- no pueden quejarse, pero otros aún viven, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer"; y concluye: "La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución".

100 Esta es la solución que O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Honor", cit., p. 162, propone para el Derecho español.

2. La titularidad del derecho a la intimidad.

Mucho menos problemática se plantea la cuestión respecto del derecho fundamental de la personalidad a la intimidad, cuya titularidad, a diferencia de lo que acontece respecto al derecho al honor, no ha sido atribuida por la jurisprudencia a las personas jurídicas¹⁰¹.

Es más, el TC ha afirmado que el derecho a la intimidad “por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará, en su caso, protegida por la correspondiente protección legal al margen de la intimidad personal y familiar constitucionalmente decretada”¹⁰².

En realidad, me parece objetivamente imposible que, respecto de las personas jurídicas, pueda hablarse de un “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, necesario “para mantener una calidad mínima de la vida humana”; ello, sin perjuicio de que pueda haber intromisiones ilegítimas en la intimidad de las personas físicas que integren la persona jurídica¹⁰³.

Tampoco suscita especiales problemas el hecho de que el art. 18.1 CE y la LO 1/1982 reconozcan el derecho a la intimidad, *personal y familiar*.

La doctrina española ha descartado una lectura de esas normas en el sentido de interpretar que la titularidad del derecho a la intimidad corresponde a las familia, sino que lo sucede que es que se considera que dicho derecho se extiende, no sólo

101 La STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231), FJ. 3º, se refiere, así, a los derechos a la intimidad y a la propia imagen como “derechos personalísimos y ligados a la misma existencia de la persona”.

102 Es cierto que la jurisprudencia constitucional ha extendido el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas. V. en este sentido, por ejemplo, la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985, 137). No obstante, aunque el derecho a la inviolabilidad de domicilio tiene evidente puntos de contacto con el derecho a la intimidad, no se trata de derechos idénticos. Además, según observa MURILLO DE LA CUEVA, PL.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, “Cuadernos de Derecho Judicial”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 47, se actúa desde una perspectiva instrumental, sin olvidar que detrás de las personas morales hay siempre hombres y mujeres concretos, para los que el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas de las que forman parte, supone una importante defensa de la libertad y de la seguridad.

103 Sin embargo, la cuestión es doctrinalmente discutida. Por ejemplo, MURILLO DE LA CUEVA, PL.: “El derecho”, cit., p. 47, es claramente contrario al reconocimiento del derecho a la intimidad a las personas jurídicas. Afirma, así, que el derecho a la intimidad tiene una dimensión material o sustantiva, que impide su traslación a lo que no son sino creaciones artificiales ideadas para una mejor satisfacción de fines e intereses individuales. Se trata, por tanto, añade el autor, de uno de esos derechos que, por su propia naturaleza, no pueden ser reconocidos más que a los seres humanos.

Para QUERALT JIMÉNEZ, JJ.: “La inviolabilidad del domicilio y los controles administrativos. Especial referencia a las empresas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, p. 41, 55-57, admite claramente que el derecho a la intimidad pueda reconocerse a las personas jurídicas. Dice, así, que, si la persona jurídica es una ficción, le puede corresponder una categoría igualmente artificial, pero funcional a su intimidad. Observa que una entidad tiene datos, que debe preservar al conocimiento ajeno, e, incluso, con carácter central o instrumental a su objeto social, custodiar intimidades de terceros.

a circunstancias de la propia vida personal, sino también a la de aquellas personas con las que se tiene una estrecha relación de parentesco o afectividad semejante a la conyugal¹⁰⁴.

El TC, en el conocido caso “Paquirri”¹⁰⁵, afirma que el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la CE protegen”. Continúa, afirmando que será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho – propio, y no ajeno – a la intimidad constitucionalmente protegible”. El caso concreto, el TC extendió que las escenas reproducidas en una cinta de video comercializada, y concretamente las correspondientes a la enfermería de la plaza en que ingresó mortalmente herido el torero, habían supuesto una intromisión en el derecho a la intimidad familiar de la viuda recurrente.

En sentido semejante se orienta otro conocido fallo¹⁰⁶, en el que se estimó el recurso de amparo, por intromisión en la intimidad personal y familiar de un menor y de sus padres adoptivos, accionando los últimos en su propio nombre y en el de aquél. El litigio tuvo su origen en una información, aparecida en un periódico de difusión nacional, en la que daba cuenta de la existencia de una adopción llevada a cabo por una conocida actriz y su marido, de las circunstancias de la misma, incluida la divulgación del origen del menor con identificación de su madre natural y de sus características personales y profesionales, datos éstos no incluidos en la información hecha pública por los padres adoptivos ni deducibles de ella. El TC afirma que, si

104 Dice CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 97-99, que no parece que hablar de intimidad “familiar” presuponga o entrañe situar en la familia como “grupo” la titularidad de ese derecho, como si de un sujeto plural se tratase, a lo que se uniría la carencia de personalidad jurídica del grupo familiar. La denominación de “familiar”, observa el autor: tiene que ver con la relación o vínculo existente entre el titular del derecho y determinadas personas sobre las que, de algún modo, viene a proyectarse o extenderse el ámbito del derecho a la intimidad de aquél. En ese sentido, y sólo en ese, cabe denominar a la intimidad como “familiar”. Se trataría, pues, de una denominación que tendría que ver única y exclusivamente con el ámbito de proyección del derecho y no con la titularidad del mismo que seguiría siendo en todo caso rigurosamente individual. Termina afirmando que resulta ociosa la consideración de que en la actualidad la exacta y precisa delimitación de qué haya de entenderse por “intimidad familiar” haya de venir determinada por la toma en consideración de los distintos tipos de familia (o “modelos familiares”) en la actualidad existentes en la realidad social de nuestro país.

105 STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231), FJ. 4°.

106 STC 197/1991, de 17 de octubre 1991 (RTC 1991, 197), FJ. 3°.

bien es cierto que “la conducta de los adoptantes, dando una gran publicidad a esa adopción, ha de interpretarse [...] como una decisión consciente de aquéllos de excluir de la esfera de la intimidad el hecho mismo de la adopción y algunas circunstancias hechas públicas en relación con la misma”, sin embargo, “más allá de esos hechos dados a conocer, con mayor o menor prudencia o ligereza, por los padres adoptivos, y respecto a los cuales, por consiguiente, el velo de la intimidad ha sido destapado, prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas, y que, por su propia naturaleza, han de considerarse que pertenecen a la esfera de lo privado y de lo íntimo, como con toda seguridad sucede con la identificación por parte del periódico de la madre natural del niño y de sus circunstancias personales, datos no incluidos en la información hecha pública por los padres adoptivos ni deducibles de ella, y que en modo alguno puede considerarse como una noticia de interés público, al ser sólo un hecho estrictamente personal y privado, incluíble en la reserva protegible de la intimidad”¹⁰⁷.

VI. LA SINTONÍA DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y CIVIL RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA DE LOS FALLECIDOS

En mi opinión, en contra de lo que pudiera desprenderse de una lectura precipitada del art. 4 LO 1/1982, existe una sintonía de la regulación constitucional y civil en el tema de la protección de la memoria de los fallecidos, que responde a la idea siguiente: un difunto, por definición, no tiene personalidad¹⁰⁸.

107 La STS 17 junio 2009 (RAJ 2009, 3403) entendió que existió una vulneración en el derecho al honor y en la intimidad familiar de una menor, como consecuencia de la emisión de unos reportajes en los que se atribuía a su padre un comportamiento infiel y una adicción al sexo. El TS considera que lo relevante es que información falsa, además sobre aspectos íntimos de la vida de su padre carentes de interés público, con el resultado de mostrarle públicamente como marido infiel e incumplidor de sus deberes conyugales, ofensa que, dada la divulgación dada, trasciende sin dudas a su hija, cuya consideración pública es lógico que resulte o pueda verse menoscabada por la imagen que se ha dado de su padre, y, con mayor razón, cuando, por ser menor, la imagen paterna es un referente fundamental en el proceso de formación de su personalidad. Decir finalmente que, siendo el honor y la intimidad derechos distintos, es perfectamente posible que una misma acción o conducta sea calificada como intromisión ilegítima en ambos derechos fundamentales”.

108 PERRAU, E.H.: “Des droits de la personnalité”, cit., pp. 526-530, trató extensamente, aunque, a mi parecer, con cierta confusión, de la cuestión de la intransmisibilidad sucesoria de los derechos de la personalidad. Sostuvo, así, que, si el patrimonio no se transmitía a los herederos por la muerte, los derechos de la personalidad, que no están incluidos en él, no se transmitían con él. No obstante, matizaba que la intransmisibilidad de los derechos del difunto no impedía a los herederos tener, por otros títulos, por su propia parte, derechos que nacían con ocasión de atentados producidos contra la personalidad de su causante. Sin embargo, parece claro que estaba presuponiendo que los que él llamaba herederos eran los parientes próximos del difunto, que experimentaban un perjuicio propio, por la muerte de éste, y que ejercitaban su acción, con fundamento en dicho perjuicio y no, en la calidad de titulares de un derecho del fallecido al resarcimiento, que les hubiera sido transmitido como parte de su herencia. Concretamente ilustraba su afirmación con el siguiente ejemplo: ciertos parientes supervivientes poseen, como propia, una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el autor de la muerte de su pariente. Más adelante, dice empero que debía concederse a los herederos (y parece que se refiere aquí a los sucesores “mortis causa”) una acción para proteger los vestigios, bastantes importantes del difunto, para merecer tutela jurídica: se refería, así, a sus despojos mortales, a su memoria y a sus obras literarias y artísticas, por entender que, cuando se producía un atentado contra ellos, la moral y el orden público exigían que fueran reprimidos y que, si dicho atentado, al mismo tiempo, no lesionaba la personalidad de los herederos, no permitiéndoles actuar en nombre del difunto, se suprimiría toda sanción, fuera de los casos en que el Ministerio Fiscal, tuviera facultad para perseguir el atentado. Ahora bien, al referirse el autor a la supresión de escritos difamatorios o lesivos de la memoria del fallecido y, concretamente, a la cesación o venta de la imagen

Parto de la premisa de que no cabe interponer un recurso de amparo contra actos de los poderes públicos lesivos de unos inexistentes derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen de un fallecido, porque, como se dijo por parte del TC en el *leading case* sobre la materia¹⁰⁹, estamos ante “derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad [...] Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”; en consecuencia: “una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad [...] lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional”; y reitera: “una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales”¹¹⁰.

de aquél, observaba, con apoyo en la jurisprudencia del momento, que la acción correspondía a los parientes sobrevivientes (significativamente, no hablaba, aquí, de herederos).

En cualquier caso, en la doctrina científica francesa moderna está claramente aceptada la tesis de que los derechos de la personalidad se extinguen por la muerte de su titular. BEIGNIER, B.: “La vie privée: un droit des vivants”, *D* 2000, *Jur.*, 372, habla del mito de la vida privada póstuma y afirma que no existen derechos de los muertos. CARON, Ch.: “Les morts n’ont pas de vie privée”, *D* 2000, *Somm.*, p. 267, critica la ficción de la existencia de una personalidad póstuma y afirma que sólo las personas vivas tienen una vida privada; los muertos no tienen ya personalidad, lo que significa que no es posible atentar contra su vida privada, que es inexistente después de su muerte. Lo que sí admite el autor, en consonancia con algunas decisiones de la jurisprudencia francesa, es la posibilidad de que los herederos [a mi parecer, está presuponiendo que son los familiares] puedan accionar, cuando el maltrato de la vida privada del muerto comporte también un atentado a su propia vida privada. CORNU, G.: *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11ª edición, Montschrestien, Paris, 2003, p. 248, observa que el derecho al respeto a la vida privada y a la imagen de una persona se extingue a la muerte, explicando que se trata de un efecto de los derechos de la personalidad, que, en cuanto tales, son intransmisible por causa de muerte. No obstante, con apoyo en algunas decisiones judiciales, el autor mantiene la posibilidad de que puede accionarse “post mortem” con fundamento en el principio de respeto a los muertos, lo que, según añade, no se trata del ejercicio de un derecho subjetivo, ni de la persona fallecida, ni de sus herederos, sino que deriva de un precepto de derecho objetivo, de un deber de decencia y de discreción que la ley y la costumbre inmemorial consagran de consuno.

109 STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

110 No obstante, la clara doctrina expuesta por la sentencia mencionada ha sido matizada por otros fallos posteriores, recaídos a propósito de la protección *post mortem* del derecho al honor, los cuales no excluyen que pueda interponerse un recurso de amparo en defensa de la memoria de un muerto. En este sentido se orientó la STC 43/2004, de 23 de marzo (RTC 2004, 43), FJ. 5º, la cual, no obstante, no estimó el concreto recurso de que conoció. El litigio tuvo su origen en un reportaje televisivo en el que se narraba la instrucción de un proceso penal en un consejo de guerra durante la guerra civil española, que terminó con el fusilamiento de la persona juzgada. En dicho reportaje se decía que en la condena a muerte había sido decisiva la declaración de ocho testigos, entre los que se encontraba el padre de los recurrentes, testigos que se habían presentado voluntariamente, afirmándose que “No tuvieron compasión”. Se produjo aquí un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad científica, entendiendo el TC que “la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica”. Apoyó esta preferencia en el interés general a la “formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática”, pero también en “el debilitamiento que para la protección de un derecho fundamental de la personalidad supone el hecho de la muerte”. Observó, así, que la libertad científica, en su variante historiográfica, “se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término [...] se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos”. La STC 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008, 51), FJ. 6º, se incluyó en esta misma línea, de no excluir la posibilidad de interponer un recurso de amparo por lesión del “derecho” al honor de una persona muerta, pero de aminorar su protección frente al ejercicio de otro derecho fundamental (en este caso, la libertad de creación literaria), hasta el punto de no estimar el recurso. Resalta, así, que “El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo [...]. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas”. El litigio tuvo su origen en un pasaje de

En esta sentencia de referencia, adecuadamente, marcó el contraste que en materia de protección de los derechos fundamentales de la personalidad (se refiere explícitamente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen) existe en el ámbito constitucional y en el civil, observando que “si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo”.

La tutela civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen parece, en efecto, sobrevivir a la muerte del titular, ya que el art. 4 LO 1/1982, de 5 de mayo, dispone su protección *post mortem*, atribuyendo el ejercicio de la acción a la persona designada en testamento por la persona fallecida; en su defecto, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, que viviesen al tiempo de su muerte; y, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal, durante un plazo de 80 años, a contar desde el fallecimiento.

La Exposición de Motivos de la referida Ley lo explica del siguiente modo: “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última, que debe también ser tutelada por el Derecho”. Sin embargo, a mi parecer, lo que aquí se repara no es un daño moral por intromisión en el derecho al honor, intimidad o propia imagen de una persona, ya fallecida, lo que es un poco absurdo, ya que la muerte extinguió su personalidad (**ex** art. 32 CC); lo que se repara es el daño moral que experimentan los parientes más próximos, al haberse cuestionado la reputación de un familiar difunto, haberse desvelado datos privados o haberse utilizado la imagen del mismo sin el consentimiento de aquéllos.

A este respecto, hay que observar que es a los familiares, a quienes el art. 4 LO 1/1982 atribuye legitimación activa para ejercitar la acción; e igualmente, el art. 9.4 de la misma les señala como acreedores de la indemnización; y no, a los herederos del difunto, como, en cambio, establece el mismo precepto, en los casos

una novela sobre la transición política a la democracia en España, en la que se contenía la siguiente referencia explícita a un político, ya fallecido: “Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón M., hijo de María M., un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo”.

La STC 190/2013, de 18 de noviembre (RTC 2013, 190), FJ. 2º, ha vuelto a la tesis inicial (que comparto) de la imposibilidad de interponer un recurso de amparo en protección de los derechos fundamentales de la personalidad de fallecidos. Afirma, así, “aunque el recurrente acuda en amparo en defensa de su propio derecho y el de su difunta madre, nada cabe decir sobre la posible vulneración de éste último, sin perjuicio de que el objeto de este proceso, la divulgación pública de la posible filiación paterna del demandante, pueda llegar a afectar, tanto a su derecho a la intimidad, que protege del conocimiento ajeno la identidad de su padre, como a su derecho a la intimidad familiar que impide que se desvelen datos sobre aspectos íntimos de su madre fallecida”.

de sucesión procesal de la acción, ya ejercitada en vida de la persona fallecida en el curso del proceso¹¹¹. Acontece, pues, algo parecido a lo que sucede a propósito de la indemnización por causa de muerte, que según la tradicional jurisprudencia de la Sala Primera del TS, corresponde a los familiares próximos del difunto, por razón del daño moral que éstos experimentan al verse privados de su vida, y no a sus herederos, ya que el fallecido no pudo adquirir ningún derecho a percibir una indemnización por el hecho de su muerte, porque ésta extinguió su personalidad y, por lo tanto, su capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones.

VII. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD QUE NO SON DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO PARADIGMÁTICO DEL DERECHO A LA VOZ

En este breve trabajo he tratado de proponer una categoría unitaria y transversal de los derechos fundamentales de la personalidad que intente integrar las dos visiones tradicionales, procedentes del Derecho Público y del Derecho Privado, la cual, obviamente, sólo es válida para aquellos derechos de la personalidad constitucionalmente protegidos, pues del mismo modo en que hay derechos fundamentales, que no recaen sobre la personalidad del ser humano¹¹², hay derechos de la personalidad, de creación doctrinal reciente, los cuales no han llegado a ser consagrados como derechos fundamentales por el constituyente, entre a los que, a mi parecer, hay que situar el derecho a la voz¹¹³.

El art. 7 LO 1/1982, al enumerar las intromisiones ilegítimas, en su número sexto, se refiere, no sólo a la utilización (hay que entender que no consentida) de “la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, sino también al uso del “de la voz”. La dicción de este precepto nos da pie a preguntarnos si se puede hablar de un derecho de la personalidad a la propia voz, como se habla de un derecho de la personalidad al nombre, diverso del derecho a la propia imagen o, si, por el contrario, la norma ha de ser interpretada en el sentido

111 El art. 10 del Código civil italiano, contempla el abuso de la imagen de una persona fallecida, concediendo también a los familiares del difunto (padres, cónyuges e hijos) la facultad de accionar contra el infractor y de obtener una reparación de daños y perjuicios. Comentando esta norma, DE CUPIS, A.: *I diritti di la personalità*, cit., p. 119, afirma que con la muerte de la persona, el derecho a la propia imagen encuentra su fin, por lo que no se transmite a los familiares enumerados en el precepto, los cuales pueden actuar en virtud de un derecho nuevo, para defender su sentimiento de piedad hacia el difunto.

En el mismo sentido, GALGANO, F.: *Diritto civile*, cit., p. 165, afirma que no se regula un fenómeno de sucesión en un derecho de la personalidad, el cual es intransmisible, sino que se protege un derecho propio de los parientes, a saber, su sentimiento familiar.

112 Lo evidencia ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Studia Albortiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 149.

113 No me refiero al derecho del nombre, al que la STC 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 167), correctamente, ha incluido “dentro del conjunto de derechos de la persona”, pero, también (con manifiesta inconsistencia) “en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE”. Es evidente que el nombre nada tiene que ver con la “imagen”, regulada en dicho precepto constitucional, que ha sido “forzado” en aras de la justicia material.

de que, desde la perspectiva civil, haya que considerar como “imagen” la voz, además de la figura humana¹¹⁴.

Ciertamente que el artículo 18 de la Constitución no consagra un derecho fundamental a la propia voz, pero, desde mi punto de vista, ello no impide que dicho bien pueda ser considerado como el objeto de un derecho de la personalidad autónomo desde la óptica del Derecho civil¹¹⁵. En mi opinión del número sexto

114 En tal sentido se orienta, por ejemplo, ROVIRA SUEIRO, M.E.: *El derecho a la propia imagen*, cit., pp. 14-17, observando, sin embargo, que la ampliación del objeto del derecho desvirtúa el significado técnico y propio de la imagen.

115 La tesis que aquí se expone se manifiesta claramente el Código civil de Perú de 1984, que pasa por ser el que contiene una de las mejores regulaciones técnicas de los derechos de la personalidad. En su art. 15, se diferencia claramente, entre el derecho a la imagen y el derecho a la voz, dentro del título II del Libro Primero, dedicado a los “Derechos de las personas”. Dice, así, que “La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden”.

En la jurisprudencia francesa es clara la consideración de la voz como un bien de la personalidad específico, objeto de protección autónoma, según resulta, por ejemplo, de las Sentencias del Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975 (D 1977 Jur., 211), de 11 de julio de 1977 (D 1977, Jur., 700) y de 19 de marzo de 1981 (D 1983, Jur., 147), Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 29 de junio de 1998 (JCP 1998-022460), y Sentencia de la Corte de Apelación de Pau, de 22 de enero de 2001 (JCP 2001-139823). Así, la Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 29 de junio de 1998 (JCP 1998-022460), afirma que la voz constituye, como la imagen, un atributo de la personalidad, de donde se desprende que la difusión, en el curso de una emisión radiofónica, de una conversación telefónica, está subordinada a la autorización de la persona concernida, incluso, aunque las palabras reproducidas no hagan referencia a su vida privada. La Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 29 de septiembre de 1999, consideró que no había existido intromisión ilegítima en los derechos a la imagen y a la voz de unos detenidos en su domicilio por tráfico de drogas, lo que había sido grabado en un reportaje televisivo sobre la actuación de la brigada de estupefacientes. La razón de esta decisión era que se habían ocultado sus rostros y distorsionado sus voces de manera que eran irreconocibles, pero ello no obsta al reconocimiento de un derecho a la propia voz.

Un importante sector de la doctrina científica francesa considera que, siendo la voz un elemento de identificación física de la persona, debe ser objeto de protección por un derecho de la personalidad autónomo. HUET-WEILLER, D.: “La protection juridique de la voix humaine”, RTDC 1982, pp. 511-513, afirma, así, que la voz merece ser protegida por un verdadero derecho subjetivo, en cuanto elemento de la personalidad. En particular, sostiene su autonomía respecto del derecho a la vida privada, consagrado en el art. 9 del Code. Observa que, en caso contrario, se produciría un peligro, que hay que evitar, y que consistiría en lo siguiente: o bien los tribunales buscarían siempre la existencia de una intromisión en la intimidad, protegiendo más las palabras dichas que la voz misma; o, por el contrario, deseosos de proteger la voz a toda costa, se llegaría a una especie de “gimnasia intelectual” para poder afirmar que la utilización de la voz de una persona supone, en sí misma, un atentado a su vida privada. Concluye, observando que difundir o reproducir una voz sin el consentimiento del interesado es, pura y simplemente, robarle una parte de su personalidad. Sostienen, además, la existencia de un derecho a la propia voz, diverso al derecho a la propia imagen, entre otros, CORNU, G.: *Droit civil*, cit., p. 296; MAZEAUD, H., L., MAZEAUD, J., y CHABAS, F.: *Leçons de droit civil*, tomo I, volumen 2º, *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 8ª edición por F. Laroche-Gisserot, Montschrestien, Paris, 1997, p. 390, y TEYSSIE, B.: *Droit civil. Les personnes*, 8ª edición, Litec, Paris, 2003, pp. 78-79.

En Alemania, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la propia imagen, no existe una explícita consagración del derecho a la propia voz. Sin embargo, un importante número de autores considera la voz como un bien de la personalidad autónomo, que debe ser protegido a través de la categoría del “derecho general de la personalidad” y cuya lesión ilegítima debe lugar a la correspondiente indemnización, por aplicación del § 823 I BGB. HUBMANN, H.: *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1967, pp. 309-311, afirma que la voz es el más importante medio de expresión de la persona, en la medida en que, a través de ésta, exterioriza, no sólo sus pensamientos, sino también sus sentimientos y opiniones, y, en cuando emanación de la personalidad, habla de un “Recht am gesprochenen Wort”, que debe ser protegido a través de la categoría, elaborada por la doctrina y jurisprudencia germanas, del derecho general de la personalidad. En HUBMANN, H/ REHBINDER, M.: *Urheber- und Verlagsrecht*, cit., pp. 306-397, se reconoce también un derecho a la propia voz, distinto del derecho a la propia imagen, afirmándose que la voz humana es un bien de la personalidad, de donde resulta que las escuchas secretas de las conversaciones, en especial, de las telefónicas, son ilegales y que lo hablado no puede ser fijado en un soporte, ni ser dado a conocer a terceros, sin el consentimiento del que habla; y lo mismo, afirman, como regla general, de las transmisiones radiofónicas, a no ser que concorra un interés público, que justifique el conocimiento de una conversación. LARENZ, K/WOLF, M.: *Allgemeiner Teil*, cit., p. 156, consideran igualmente el derecho a la propia voz como una expresión del derecho general de la personalidad, observando que se prohíbe la grabación de la voz, sin el consentimiento de quien habla, y la consiguiente posibilidad de manipulación de la misma. Afirman que, en línea de principio, no está permitido publicar palabras dichas en la

del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 no se deduce que la noción de “imagen” contemplada en la misma sea distinta a la del artículo 18 de la Constitución. No se trata, a mi entender, de que, desde la perspectiva civil, haya que considerar como “imagen” el nombre o la voz, además de la figura humana, sino que lo que sucede es que la tutela civil, no sólo se extiende a la “imagen”, sino igualmente a otros atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen. Su lesión dará lugar al correspondiente resarcimiento del daño moral, porque es éste un efecto expresamente previsto por el legislador civil, pero, en ningún caso, podrá dar lugar a un recurso de amparo, porque falta un expreso reconocimiento de un derecho fundamental al propio nombre o a la propia voz.

Estimo que es artificioso distinguir una doble vertiente, visual y sonora, de la imagen¹¹⁶, desnaturalizando, así, su concepto, para incluir en él, no sólo la

esfera privada e íntima, ni realizar escuchas secretas, por ejemplo, a través del teléfono, como tampoco poner en boca de una persona palabras que nunca ha dicho, provocando, por este medio, una falsa opinión en el público. LEHMANN, H.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, en Lehrbücher und Grudrisse der Rechtswissenschaft*, volumen I, 16ª edición a cargo de H. Hübner, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966, p. 432, trata también del derecho a la propia voz, separadamente del derecho a la propia imagen, considerando “das Recht am gesprochenen Wort” una concreta manifestación del derecho general de la personalidad. Dice, así, que cada uno tiene el derecho a que su propia voz no sea reproducida o distorsionada, sin su consentimiento; de donde resulta que una grabación secreta representa una lesión de un bien de la personalidad, en el sentido del § 823 I “BGB”. SIEBERT, W.: *Persönlichkeitsrecht, Namensrecht, Zeichenrecht, Erläuterungen zu 12 § BGB*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1959, p. 18, trata igualmente del derecho a la voz separadamente del derecho a la propia imagen, encuadrándolo dentro de lo que denomina “das Recht auf Individualität”, que protege la esfera individual y privada de la persona. Afirma el autor que la grabación de una conversación merece la misma consideración que la reproducción de una imagen, y que, en la medida en que la voz refleja la individualidad del que habla, a éste le corresponde la exclusiva decisión de determinar quién puede oír la palabra por él dicha.

La misma idea de que la voz merece ser objeto de una protección específica se encuentra en algún autor italiano que escribió antes de la promulgación del vigente Código civil de 1942. MUSATTI, A.: “Specificazione e personalità”, *Riv. Dir. Comm.* 1913, II, pp. 317-318, afirmaba que el rostro de una persona no era más íntimo a su ser individual que su voz y que la protección que el Derecho, instintivamente, siente que debe otorgar a la imagen no debía negarse a la voz. Añadía, además, que no cabe un derecho de un tercero a mi voz, contra mi voluntad; y tampoco el simple poder de “rificarla viva”, en palabras o cantos. El art. 10 de dicho Código afirma que cuando la imagen de una persona o de los padres, cónyuge o hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que es consentida por la ley o bien con perjuicio del decoro o la reputación de la persona misma o de sus familiares la autoridad judicial, a petición del interesado podrá disponer el cese del abuso, quedando a salvo el resarcimiento de los daños. En realidad, si bien se mira, el precepto no consagra un derecho autónomo a la propia imagen, sino que reconduce su protección a la posible vulneración del derecho al honor de la persona, cuya imagen se expone o publica. Sin embargo, la doctrina científica italiana, partiendo de esta norma ha construido una categoría general del *diritto alla riservatezza*, en la que incluye un específico derecho a la propia imagen y también, según algunos autores, a la propia voz. DE CUPIS, A.: *I diritti di personalità*, cit., p. 120, habla de un derecho a la voz, como una manifestación del derecho a la “riservatezza”. Hay que precisar, sin embargo, que, con ello, el autor no pretende admitir la licitud de las reproducciones de voz no consentidas, cuando éstas no desvelen aspectos de la vida privada, sino que lo quiere expresar es la idea de que la voz el algo tan “íntimo” que la persona debe tener la facultad de permitir o prohibir su reproducción. Dice, así, que la reproducción de la voz, no consentida, debe considerarse ilegítima, ya que en ella está impresa su personalidad individual, como lo está en la imagen; el procedimiento análogo –concluye– permite al intérprete construir un derecho de la personalidad a la voz al lado del derecho a la imagen. Más recientemente, BIANCA, M.: *Diritto civile, I, La norma giuridica. I sogetti*, 2ª edición, Giuffrè, Milano, 2002, p. 187, afirma que, aún a falta de una específica mención legislativa debe admitirse también que la voz, semejantemente a lo que acontece con la imagen, constituye una manifestación de la persona que exige ser tutelada en razón de la exigencia general de protección de la intimidad personal.

116 Con ello, observa HUET-WEILLER, D.: “La protection”, cit., pp. 512-513, en un trabajo capital, se trata de buscar analogías, más o menos “tramposas”, entre la imagen y la voz, proponiendo el autor un reconocimiento autónomo de un derecho de la personalidad sobre la propia voz.

representación gráfica de la figura humana, sino también la representación oral de la voz¹¹⁷. La voz merece ser protegida por un específico derecho de la personalidad, en tanto que constituye un elemento de identificación de la persona¹¹⁸, distinto de la imagen¹¹⁹. No se trata aquí del derecho de propiedad intelectual sobre las obras del ingenio, que son una creación del espíritu, de la cual la voz puede ser un soporte¹²⁰, sino de un verdadero derecho de la personalidad, que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como un atributo de su personalidad¹²¹, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable¹²².

117 Dicha desnaturalización se refleja en el trabajo de BECOURT, D.: "Nota a la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, de 3 de diciembre de 1975", *SJ/G 1978, Jur.*, II, n° 19002.

118 Es ilustrativo el supuesto contemplado por la Sentencia de la Corte de Apelación de Paris, de 25 de noviembre de 1992 (JCP 1992-023710), la cual consideró que constituía un atentado a la vida privada la emisión en televisión de un programa dedicado a las prostitutas en el rol de madres de familia, de la imagen y voz de una mujer, que había dado su autorización para ello, siempre que no se revelara su identidad. Sin embargo, en el reportaje, si bien se había velado su rostro, en cambio, no se había distorsionado su voz, por lo que podía ser reconocida, principalmente, por los miembros de su familia.

119 HUET-WEILLER, D.: "La protection", cit., p. 511.

120 HUET-WEILLER, D.: "La protection", cit., p. 500.

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

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

Deben, en cambio, ser toleradas aquellas imitaciones de la voz de personajes públicos, realizadas por artistas mediante parodias, en las que no se induzca a ningún tipo de confusión, siempre que no lesionen su derecho al honor; ni tengan un carácter puramente comercial o crematístico. Así lo ha reconocido la Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 12 de enero de 1988 (BC 1988, I, 5), lo que, en mi opinión, puede también sostenerse en nuestro Derecho, a través de una aplicación analógica del artículo 8.11.b) de la Ley Orgánica 1/1982, asimilando dichas parodias a las caricaturas. A este respecto es destacable la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, de 24 de enero de 1990 (JCP 1990-040512). En ella se rechazó la demanda de reparación, basada en una emisión satírica de televisión, en la que aparecían miembros de una familia principesca y en la que se hacían

escuchar gritos de mujer, que se hacían pasar por sus voces. El Tribunal argumentó que dicha emisión era conocida por su carácter sistemáticamente provocador y fantasioso, lo que excluía que el público pudiera tomar en serio las palabras puestas en boca de los personajes representados.

VIII. BIBLIOGRAFIA

ACQUARONE, D.: "L'ambiguité du droit à l'image", *D* 1985 *Chr*, pp. 132-136.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción del alemán por E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y derechos fundamentales", *ADC*, 1993, pp. 57-122.

AMAT LLARI, E.: *El derecho a la imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992.

AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: si identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.

BALLARÍN IRIBARREN, J.: "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *REDC*, 1988, núm. 24, pp. 283-318.

BARNET, R.: "At a crossroads: the right of publicity in the United States", *Revue internationale du droit d'auteur*, 1994 (160), pp. 4-89.

BECOURT, D.: "Nota a la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, de 3 de diciembre de 1975", *SJ/G* 1978, *Jur.*, II, nº 19002.

BEIGNIER, B.: "La vie privée: un droit des vivants", *D* 2000, *Jur.*, 372.

BIANCA, M.: *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, 2ª edición, Giuffrè, Milano, 2002.

BLASCO GASCÓ, F.: *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Bosch, Barcelona, 2008.

BERTRAND, A.: *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, Paris, 1999.

BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2008.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "La protección del derecho a la imagen en el Derecho italiano", *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, pp. 180-199.

CARON, Ch.: "Les morts n'ont pas de vie privée", *D* 2000, *Somm.*, p. 267.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, julio-agosto, pp. 5-62.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen", AA.VV., *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 341-382.

CORNU, G.: *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11ª edición, Montschrestien, Paris, 2003.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La protección de la personalidad en el Derecho Privado", *Revista de Derecho Notarial*, 1974, pp. 7-142.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales", *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 1237-1275.

DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950.

DÍEZ DÍAZ, J.: "¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1963, pp. 858-901.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, L.: *Sistema de Derecho civil*, volumen 1º, *Introducción, Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2003.

FERRARA, L.: *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo Codice civile e nella legge sul diritto d'autore*, Edizioni Italiane, Roma, 1942.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, volumen 1º, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª edición, Cedam, Padova, 1990.

GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

GOUBEAUX, G.: *Traité de droit civil*, dirección J. Ghestin, *Les personnes*, LGD, Paris, 1989.

HERCE DE LA PRADA, V.: *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Bosch, Barcelona, 1994.

HUBMANN, H.: *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1967.

HUBMANN, H.: *Urheber- und Verlagsrecht*, 8ª edición continuada por M. REHBINDER, C.H. Beck'she Verlangsbuchhandlung, München, 1998.

HUET-WEILLER, D.: "La protection juridique de la voix humaine", *RTDC* 1982, pp. 497 y ss.

DE LA MAZA GAMURRI, I.: "La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (*right of publicity*) en el caso estadounidense", en AA.VV., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 181 y ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley", en AA.VV.: *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (II): el requisito de la veracidad", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (III): la doctrina del reportaje neutral", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

LARENZ, K.: "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", traducción por J. Santos Briz, *Revista de Derecho Privado*, 1963, pp. 639-645.

LARENZ, K.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª edición continuada por M. WOLF, C.H. Beck'she Verlangsbuchhandlung, München, 1997.

LEHMANN, H.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, en *Lehrbücher und Grudrisse der Rechtswissenschaft*, volumen I, 16ª edición a cargo de H. Hübner, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966.

LOISEAU, G.: "Droit à l'image et caricature", *SJ* 1998, II, pp. 922 y 923.

LÓPEZ JACOISTE, J.J.: "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 1059-1120.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "El derecho al honor de las personas jurídicas", en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Cizur Menor, 2007.

MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privatos* del artículo 14 de la Constitución)", *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 3, pp. 613-637, y pp. 639-656.

MADRIDEJOS SARASOLA, J.: "Los derechos personalísimos", *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 270-285.

MALAUURIE, Ph. y AYNÈS, L.: *Droit des Personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 8ª ed., LGDJ, Paris, 2015.

MAZEAUD, H., L., MAZEAUD, J., y CHABAS, F.: *Leçons de droit civil*, tomo I, volumen 2º, *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 8ª edición por F. Laroche-Gisserot, Montschrestien, Paris, 1997.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)", *RTSS*, 1991, núm. 3, pp. 63-106.

MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: "El derecho a la intimidad", en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

MUSATTI, A.: "Specificazione e personalità", *Riv. Dir. Comm.* 1913, II, pp. 317-318.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.

PÉREZ TREMPES, P.: "Los derechos fundamentales", en AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

PERRAU, E.H.: "Des droits de la personnalité", *RTDC*, 1911.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: "La inviolabilidad del domicilio y los controles administrativos. Especial referencia a las empresas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, pp. 41-64.

RAVANAS, J.: "Affaire Érignac: information et vie privée", *SJ* 2001, II, p. 10488.

RICCA-BARBERIS, M.: "Sulla capacità a disporre dell'immagine", *Riv. Dir. Comm.* 1904, I.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Derechos al honor, a la intimidad y a la imagen. Identificación de la persona", en Lacruz Berdejo, J.L. y otros: *Parte general del Derecho civil*, volumen 2º, *Personas*, Bosch, Barcelona, 1992.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.Mª: "Derecho al honor y persona jurídica", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROGELVIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, *Studia Albornotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

ROVIRA SUEIRO, M.E.: *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada 2000.

SARAZA JIMENA, R.: *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

SIEBERT, W.: *Persönlichkeitsrecht, Namensrecht, Zeichenrecht, Erläuterungen zu 12 § BGB*, W. Kohlhammer-Verlag, Stuttgart, 1959.

STOUFFLET, J.: "Le droit de la personne sur son image (Quelques remarques sur la protection de la personnalité)", *SJ* 1957, I, n. 1374.

TEYSSIÉ, B.: *Droit civil. Les personnes*, 8ª edición, Litec, Paris, 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *RL*, 1990, núm. 8, pp. 277-294.

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

