

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 7 DE MAYO DE 2014 (2458/2014)**

**Derecho a la propia imagen. Límites.
Posibilidad de revisar la cuantía de la indemnización**

Comentario a cargo de:
Emilio V. Blanco Martínez
Abogado
Díez-Picazo, S.L.P.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 7 DE MAYO DE 2014**

ID CENDOJ: 28079119912014000010

PONENTE: *EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO*

Asunto: Publicación de libro biográfico y de recuerdos que relata las vivencias personales de la autora junto a su fallecido esposo. Incorporación a la obra, junto a otras muchas, de trece fotografías en las que aparecían los hermanos y los fallecidos padres y abuelo del biografiado. Demanda interpuesta por dos de los hermanos por vulneración del derecho a la imagen frente a la autora del libro y a la editorial que lo publicó.

En todas las instancias se aprecia la denunciada vulneración al derecho a la propia imagen. El Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre la configuración constitucional y legal de este derecho; examina algunos de sus límites legales, que considera *numerus apertus* (accesoriedad, interés histórico o cultural, derecho a la creación literaria, usos sociales); y se pronuncia sobre los criterios para fijar la cuantía de la indemnización y sobre la posibilidad de revisar dicha cuantía en casación, reiterando que solo cabe cuando el tribunal de instancia ha incurrido en error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción, o cuando

se ha infringido el ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de infracción procesal y de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1 Las cuestiones objeto de debate. 5.2 El derecho a la propia imagen: configuración constitucional y legal. 5.3 El derecho a la propia imagen y sus límites. Carácter enunciativo de los límites legales. 5.4 Los límites legales. 5.5 La accesoriidad de la imagen. 5.6 Interés histórico y cultural, y el derecho a la creación literaria. 5.7 Los usos sociales. 5.8 El adecuado juicio de ponderación. 5.9 El control casacional de la indemnización de daños y perjuicios. 5.10 Indemnización y casación: un problema irresuelto. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

La señora Dolores Samper, firmando como Loli de Prada, publicó en el año 2006 un libro en el que relataba sus vivencias junto a su fallecido esposo, el señor Joaquín de Prada. El libro publicado por la editorial Amarú, S.A. recogía numerosas cartas de amor y contenía, junto a otras muchas, trece fotografías en las que aparecían los hermanos, los fallecidos padres y el también fallecido abuelo materno de don Joaquín. Dos de los hermanos, que aparecían en siete y seis de estas fotografías, respectivamente, interpusieron una demanda por vulneración del derecho a la imagen (la propia y la que correspondía a sus padres y a su abuelo materno), frente a la autora del libro y frente a la editorial.

La sentencia del Tribunal Supremo describe el libro así: «Es un libro de memorias y consideraciones sobre este personaje que, especialmente en el capítulo principal escrito por su mujer, puede encontrarse a caballo entre la información sobre acontecimientos de su vida privada, en conexión con algunos públicos, y la manifestación de consideraciones, opiniones y sentimientos de quien las escribe, testigo de aquellos momentos».

El libro contenía cerca de un centenar de fotografías, de las que sólo resultan litigiosas trece, en las que aparecen los hermanos de don Joaquín, sus fallecidos padres y su abuelo materno. En todas ellas parecen debidamente identificados en el pie de foto. Las fotos correspondían a eventos privados y familiares de una época muy anterior a los años en que la autora conoció a quien luego sería su esposo. Otras fotografías en las que aparecen los padres y hermanos con ocasión de la celebración del matrimonio entre Joaquín y Loli, no fueron objeto de litigio.

Por lo que se refiere al texto del libro en ninguna de las instancias se cuestiona que respeta el buen nombre y los demás derechos de la familia de don Joaquín. Lo mismo ocurre con el grueso de las fotografías que lo ilustran. El litigio se promovió exclusivamente por vulneración del derecho a la imagen y dio lugar a la adopción de medidas cautelares que motivaron el secuestro del libro y su retirada del mercado. Con posterioridad, el libro fue editado de nuevo en 2012 ya sin las fotografías litigiosas, con el título: “Censurado: Joaquín y Loli. Un encuentro de cine”.

2. Solución dada en primera instancia

La demanda que interpusieron dos de los hermanos de don Joaquín contra la autora del libro y contra la editorial que lo publicó, se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, que estimó parcialmente la demanda y resolvió: 1) Declarar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por razón de la reproducción y publicación en el libro titulado “Joaquín y Loli. Un encuentro de cine” de las trece fotografías, sin contar la autora y la editorial demandadas con la preceptiva autorización expresa de los demandantes; 2) Que D^a Loli y Amarú S.A. son responsables de dicha ilegítima intromisión en el derecho fundamental a la propia imagen; 3) El derecho de los demandantes a impedir la reproducción y publicación no consentida de fotografías que contengan su imagen, así como la reproducción y publicación de fotografías que contengan la imagen de sus padres y abuelo; 4) Condenar a los demandados al cese inmediato en la intromisión ilegítima, mediante la retiradas del comercio del libro a su costa, en los términos del Auto de fecha 17 de julio de 2008 de la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid, con destrucción de ejemplares y entrega a los demandantes de los fotolitos, maquetas, pruebas u otro material empleado para la reproducción de las imágenes reseñadas, todo ello con prohibición de reproducción o publicación en el futuro y en cualquier forma de las fotografías objeto de la litis, o cualquier otra forma de fotografía en la que aparezca la imagen de los demandantes o sus ascendientes; 5) Condenar a los demandados a que, tan pronto sea firme esta resolución, indemnicen a la parte actora solidariamente en la cantidad de 136 euros, en concepto de daños patrimoniales y en la cantidad de 20.148,55 euros en concepto de daño moral.

3. Solución dada en apelación

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, interpusieron los demandados recurso de apelación. Los demandantes impugnaron la resolución respecto de dos pretensiones que no fueron estimadas por la

sentencia: la publicación de la sentencia en los medios de comunicación y la condena en costas.

La resolución de los recursos correspondió a la sección 21^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que los decidió por sentencia de 6 de abril de 2011. Estimó parcialmente los recursos interpuestos por la autora y por la editorial, en el único sentido de rebajar la indemnización, que la sentencia fijó en 18.000, 00 euros. Para justificar esta decisión se limitó a decir lo siguiente: *“Así, teniendo en cuenta las previsiones contenidas en el art. 9.3 de la Ley 1/1982 a efectos de determinar el quantum en que deben ser indemnizados los demandantes en la litis por la intromisión ilegítima en su derecho a la imagen, entendemos más acertada la cantidad de 18.000 euros, y ello teniendo en cuenta la difusión del libro publicado y el beneficio obtenido por los demandados en la litis, en relación con las circunstancias del supuesto de hecho que nos ocupa y gravedad de la lesión padecida por la publicación de las fotografías litigiosas para los actores en la litis”*.

4. Los motivos de infracción procesal y de casación alegados

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpuso doña Loli de Prada recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso extraordinario por infracción procesal se fundó en dos motivos, que denunciaban, respectivamente, el error en la valoración de la prueba y la falta de motivación de la sentencia. Ambos en relación con la indemnización de daños y perjuicios establecida en la sentencia.

El recurso de casación se fundó en tres motivos. El primero denuncia la infracción de los arts. 2.1, 7 y 8 LO 1/1982, los arts. 3.1 y 7 CC, y el art. 18.1 CE. En su desarrollo argumenta que la sentencia recurrida incurre en una grave vulneración de los citados preceptos, al apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los demandantes, que es inexistente por las siguientes razones: i) por la naturaleza del libro, que es una biografía de Joaquín, y el carácter necesario de las fotografías objeto del procedimiento, que constituyen una parte importante de los materiales empleados por el biógrafo; ii) la importancia del contexto general de la obra y el carácter accesorio de las fotografías; iii) las excepciones a la protección del derecho a la propia imagen tienen la consideración de *numerus apertus*; y iv) la consideración de los usos y la realidad social como criterio interpretativo de las normas jurídicas, pues en este caso los usos demuestran que una obra biográfica requiere hablar e ilustrar el entorno familiar del biografado.

El motivo segundo denuncia la infracción del art. 9 LO 1/1982, en relación con la indemnización del daño moral, porque no se han aplicado correctamente los criterios legales de cuantificación del daño moral, en cuanto que no se han tenido en cuenta las circunstancias del caso, ni la escasa gravedad de la infracción, ni tampoco la poca difusión de las imágenes.

El motivo tercero se formula con el siguiente tenor literal: «límites al derecho a la imagen: la debida ponderación con la libertad de creación literaria y artística del art. 20 de la Constitución Española».

Impugnaron los recursos los demandantes y el Ministerio Fiscal. La editorial no se personó ante el Tribunal Supremo. La sentencia de 7 de mayo de 2014 desestimó íntegramente los recursos y confirmó lo resuelto por la Audiencia.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Las cuestiones objeto de pronunciamiento*

La sentencia del Tribunal Supremo que motiva este comentario no pertenece al grupo de sentencias del Pleno que sientan lo que la propia Sala Primera llama “doctrina jurisprudencial”. Su interés radica en la singularidad de los hechos que motivaron el pleito y en el reto que supone contrastar si resulta adecuada la aplicación al caso de una serie de declaraciones doctrinales tomadas todas ellas de otras muchas sentencias antecedentes, tanto del propio Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

Las cuestiones sobre las que la sentencia se pronuncia son básicamente tres: 1) La configuración constitucional y legal del derecho a la propia imagen; 2) Los límites de este derecho, reiterando la doctrina del *numerus apertus* y examinando alguno de ellos, concretamente, el interés histórico y cultural, el derecho de creación, los usos sociales y la accesoriadad; 3) Los criterios legales para la cuantificación de los daños y perjuicios y su control en casación.

5.2. *El derecho a la propia imagen: configuración constitucional y legal*

Al examinar el recurso de casación, arranca la sentencia del Tribunal Supremo recordando que en este caso «*la intromisión denunciada y apreciada por los tribunales de instancia lo es exclusivamente del derecho a la propia imagen en su esfera moral, mediante la publicación de una serie de fotografías en las que aparece la imagen de los demandantes, y de otros parientes ya fallecidos, en lugares y momentos de su vida privada, sin que hayan prestado su consentimiento y sin que concurra causa alguna de justificación. Se ha invocado y concedido una protección frente a reproducciones de la propia imagen que afectan a la esfera personal de los demandantes, pero no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima*».

A partir de esta premisa, la sentencia da cuenta de que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad consagrado como derecho fundamental en la Constitución, junto a los derechos al honor y a la intimidad (art. 18.1 CE). Como hace ya tiempo explicó F. Igartua (1990, p. 320) con él se

protege, como gustan decir los tribunales alemanes, el derecho de autodeterminación del retratado de decidir si su imagen se plasma o no y si se divulga o no, en el entendimiento de que se considera necesario este derecho para el desarrollo de la personalidad. Recuerda en este sentido la STS de 9 de mayo de 1988 que “el llamado derecho a la imagen, como derivado de la personalidad del individuo, tiene carácter innato, si bien no ha sido reconocido hasta fecha reciente por el ordenamiento jurídico de los países más progresivos, que han subrayado su carácter de bien irrenunciable e inalienable”. F. Igartua explicó también cómo este derecho que fue primero un instrumento del derecho a la intimidad (se protegía la imagen en cuanto podía reflejar la vida privada), que fue cobrando autonomía al cubrir también los supuestos de utilización comercial de la imagen (independientemente de que estuviera involucrada la intimidad) y que hoy se entiende como uno de los tres derechos clásicos de la esfera moral de la personalidad, llega incluso en nuestro sistema jurídico a alcanzar el rango de derecho fundamental en el artículo 18.1 CE (que representa, además, un cualificado límite a los derechos reconocidos en el artículo 20: derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y al derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio).

La protección que la Ley Orgánica 1/1982 ofrece al derecho a la propia imagen recoge también estas tres etapas del reconocimiento de este derecho. Se le protege en cuanto instrumento del derecho a la intimidad (art. 7.5, se considera intromisión la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada), en cuanto bien susceptible de valor patrimonial (art. 7.6, se considera intromisión la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga) y en cuanto aspecto propio de la personalidad (art. 7.5, se considera intromisión la captación y reproducción de la imagen fuera de la intimidad, salvo las excepciones del art. 8.2).

Tanto la definición como la caracterización del derecho a la propia imagen ha sido obra de la jurisprudencia, especialmente de la jurisprudencia constitucional. No resultó ajena a la inicial doctrina del Tribunal constitucional la visión tradicional del derecho a la propia imagen como una manifestación del derecho a la intimidad (STC 231/1988, 99/1994 y 117/1994), cosa que por ejemplo todavía sucede con la aplicación del artículo 8 CEDH por parte del Tribunal de Estrasburgo (sobre la cuestión, vid. L.M. Díez-Picazo, 2005, p. 297). Sin embargo, los datos normativos –constitucionales y legales– han permitido consolidar una doctrina que caracteriza el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo, que goza de sustantividad propia con respecto a los otros dos derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución (derecho al honor y derecho a la intimidad personal y familiar). Blasco (2007, p. 6) resume muy expresivamente que el derecho a la propia imagen goza en nuestro derecho de una triple autonomía: autonomía nominal (*nomen iuris* propio), autonomía conceptual (delimitada por la jurisprudencia).

dencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional) y autonomía legal (pues se recoge expresamente en el art. 18.1 CE y está regulado con singularidad en la LO 1/1982, de 5 de mayo). La consecuencia es que, como recuerda la sentencia que ahora reseñamos, la valoración de si se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se realiza prescindiendo de si simultáneamente existe lesión del derecho al honor, o lesión del derecho a la intimidad. Obviamente cuando la intromisión en la imagen supone, además, una intromisión en la intimidad, se aprecia la vulneración simultánea de ambos derechos fundamentales (STC 83/2002). Pero cabe apreciar una infracción pura y simple del derecho a la imagen, y el caso resuelto por esta sentencia del Tribunal Supremo supone un ejemplo acabado. En efecto, si se examinan con un mínimo de detenimiento los hechos que subyacen al litigio, no cabe duda de que se puede apreciar un conflicto familiar probablemente antiguo y nunca resuelto, una apreciación por parte de los hermanos de que el libro puede desmerecer la consideración de la familia, e incluso una no disimulada contrariedad por ver publicados escritos y vivencias relativos a la esfera íntima del hermano biografiado. Sin embargo, nada de esto se traduce en pretensiones jurídicas, probablemente porque no resultarían fáciles de articular, dado que en ninguna de las instancias se ha cuestionado que el libro es respetuoso con la memoria y con la familia de don Joaquín. El derecho a la imagen, concebido como derecho autónomo, en cambio, permite un juicio objetivo sobre la existencia de la infracción: en principio (es decir, dejando a salvo lo que luego se dirá sobre los límites de este derecho) basta probar la publicación de las fotografías y basta probar la falta del consentimiento para la publicación por parte de quienes en ellas aparecen. Esto es así porque el derecho a la imagen, como por lo demás ocurre con los demás derechos de la personalidad, tiene una indudable vertiente impeditiva, de exclusión de la intervención o de la actividad ajenas sin el consentimiento de su titular.

Característica de la definición doctrinal y jurisprudencial del derecho a la imagen es su doble configuración como facultad positiva (derecho a disponer de la imagen, en el sentido de poder determinar el ámbito de su captación o reproducción) y negativa (derecho a impedir la captación o reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular). Blasco (2007, p. 7) dice que por ello se ha determinado un concepto del derecho a la imagen que se puede denominar “bifronte”: en su acepción negativa, el derecho a la imagen es un derecho impeditivo, de exclusión de la actividad ajena sin el consentimiento del titular. En la acepción positiva, en cambio, supone una especie de reserva exclusiva de control de la captación y reproducción, onerosa o gratuita, de la propia imagen. Así, añade, hay un concepto positivo y un concepto negativo del derecho a la propia imagen: la STS de 9 de mayo de 1988 dice que por derecho a la imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen, y por ende, su derecho a evitar su reproducción. En la doctrina Verda (2007, p. 163) define el derecho a la propia ima-

gen como el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura o, dicho de otro modo, la facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre este derecho se recoge, entre otras muchas, en la STC 14/2003, en la que se puede leer lo siguiente: «*El derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener dimensión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc. – perseguida por quien la capta o difunde*” (STC 81/2001, de 26 de marzo, F.2; 139/2001, de 18 de junio, F.4; 83/2002, de 22 de abril F.4)». «*Lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y al derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y ... para mantener una calidad mínima de vida humana*».

5.3. *El derecho a la propia imagen y sus límites. Carácter enunciativo de los llamados límites legales (art. 8 LPDH)*

La configuración autónoma y objetiva del derecho a la propia imagen que ha construido la jurisprudencia a partir de la regulación constitucional y legal vigente, determina que una vez acreditada la captación, reproducción o publicación de una imagen sin consentimiento de quien en ella aparece, la licitud de la intromisión imponga acreditar cumplidamente la existencia de una causa que justifique la imagen, sin que a estos efectos resulte relevante que incida o no en la intimidad o en otros derechos del afectado. El debate se traslada así al terreno de los límites del derecho a la imagen, que como recuerda la sentencia que ahora comentamos, citando la STS de 17 de octubre de 2011, es un derecho «*sujeto a las limitaciones derivadas: de los otros derechos fundamentales –en relación con un juicio de proporcionalidad, de las leyes –arts. 2.1 y 8 (cuyos supuestos tienen carácter enumerativo) LPDH, los usos sociales –artículo 2.1 LPDH–, o cuando concurren circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión*».

En nuestro caso, el recurso de casación, lo hemos visto ya, denuncia que la sentencia recurrida aprecia la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los demandantes, que es inexistente por las

siguientes razones: i) por la naturaleza del libro, que es una biografía de don Joaquín, y el carácter necesario de las fotografías objeto del procedimiento, que constituyen una parte importante de los materiales empleados por el biógrafo; ii) la importancia del contexto general de la obra y el carácter accesorio de las fotografías; iii) las excepciones a la protección del derecho a la propia imagen tienen la consideración de *numerus apertus*; y iv) la consideración de los usos y la realidad social como criterio interpretativo de las normas jurídicas, pues en este caso los usos demuestran que una obra biográfica requiere hablar e ilustrar el entorno familiar del biografado. El motivo tercero se formula con el siguiente tenor literal: “límites al derecho a la imagen: la debida ponderación con la libertad de creación literaria y artística del art. 20 de la Constitución Española”.

La sentencia del Tribunal Supremo, sienta dos cosas, en la línea que sostiene la señora recurrente. La primera, que ciertamente el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, sino que está delimitado por otros derechos y bienes constitucionales. La segunda, que los límites establecidos en el artículo 8 de la ley tienen carácter enunciativo, es decir, constituyen *numerus apertus*. Esta es una doctrina ya sentada por anteriores sentencias (STS de 28 de diciembre de 1996, 25 de septiembre de 1998, 2 de julio de 2004), que es asumida por los tribunales y por los autores. Hay que dejar constancia, sin embargo, de que ha sido criticada por Yzquierdo, (2014, p. 1390 y 1391) porque deja abierta la posibilidad de entender que el derecho excepcional es susceptible de aplicación analógica o, al menos, de interpretación extensiva, máxime cuando se considera que la ampliación puede ser aplicada a “cualquier otra que proceda según las circunstancias”, lo que puede dar lugar a resultados poco deseables.

5.4. *Los límites legales*

Los recoge la sentencia, citando el artículo 2.1 LPH cuando establece que los usos sociales delimitarán el contenido del derecho; el artículo 8.1 que alude al interés histórico, artístico o cultural relevante, que la sentencia y los recurrentes ponen en relación con el artículo 20 CE y el derecho a la creación; y el artículo 8.2 que contempla límites específicos para el derecho a la propia imagen, de los que solo resulta relevante a efectos del caso, el de la accesoriad de la imagen.

5.5. *La accesoriad de la imagen*

De algunas referencias de la sentencia parece deducirse que los demandados trajeron a colación la accesoriad en dos sentidos muy distintos y además opuestos. Conforme al primero, negaron que la publicación de fotografías de diversas etapas de la vida y del entorno familiar y profesional pueda calificarse

como accesoria en una obra biográfica. Al contrario, lo defendieron como un elemento esencial de la obra. En un sentido distinto, sin embargo, plantearon la cuestión de la accesoriadad respecto de las trece fotografías litigiosas, entiendo que para sostener que en el contexto del libro y entre casi un centenar de fotografías, su presencia no resultaba relevante, o al menos no hasta el punto de configurar una intromisión ilegítima de las tipificadas en la ley.

En este segundo sentido, el recurso buscaba amparo en la aplicación de la norma contenida en el artículo 8.2 c) de la LO 1/1982 (imagen meramente accesoria en la información sobre un suceso o acaecimiento público). La sentencia niega que sea aplicable al caso, porque sostiene que el supuesto *«va ligado a la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, que no es el caso»*. Reconoce que hay abundante doctrina de la Sala que toma en cuenta el carácter accesorio de la imagen de una persona, respecto del texto escrito o el contexto de la fotografía o fotograma y que declara que existe tal carácter cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el afectado, pero afirma que *«esta doctrina está ligada siempre a un acontecimiento público»*. Para el Tribunal Supremo no nos hallamos en este caso, que se refiere a la publicación de un libro que aparece ilustrado con fotografías entre las que se incluyen varias en las que figuran los demandantes, sus padre y su abuelo, sin haberse obtenido el consentimiento para la publicación: *«Esta función de ilustrar con imágenes de la época y del entorno familiar los recuerdos de una época, muestra que la inclusión de las fotografías no era absurda, pero esta finalidad no constituye una justificación frente a la ineludible limitación del derecho a la propia imagen de quienes aparecen en dichas fotografías y no han mostrado su consentimiento para que se unieran al libro. Si bien la inclusión de las fotografías tiene carácter accesorio, no se ve justificada por el escaso interés informativo de lo narrado en esta obra de recuerdos vinculados a una persona. Dicho de otro modo, completar la ilustración del libro de la demandada sobre su marido, hermano de los demandantes, no justifica la intromisión del derecho de estos sobre su propia imagen»*.

5.6. Interés histórico o cultural y derecho a la creación literaria

El recurso, defendía la licitud de la inclusión de las fotografías litigiosas por entender que estaba amparada en el interés histórico o cultural del libro (art. 8.1 LPDH) (motivo primero) y, en todo caso, en el derecho a la creación literaria y artística reconocida en el artículo 20 CE (motivo tercero). La sentencia examina conjuntamente ambos motivos, para rechazarlos: *«En nuestro caso, sin negar un mínimo interés histórico o cultural al libro, aunque circunscrito a quienes estuvieron vinculados a don Joaquín, por parentesco, trabajo, amistad o paisanaje, este interés que ya en sí es muy poco relevante, todavía es menor respecto de las fotografías que incorporan las imágenes de los demandantes, que además no son esenciales para ilustrar lo que se narra. Por otra parte, el art. 20.4 CE configura los derechos al honor, a*

la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen como límites externos al derecho a la creación literaria. Para que este derecho a la creación literaria pudiera prevalecer, como pretende la recurrente, frente al derecho a la propia imagen de un tercero, sería necesario que la afectación de este derecho a la propia imagen fuera adecuada y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libre creación literaria. Al ponderar el escaso interés histórico y cultural del libro y, sobre todo, de la inclusión de las fotografías, y su protección constitucional bajo el derecho a la creación literaria, artística, científica y técnica del art. 20.1.b) CE, en relación con el derecho de los demandantes a decidir sobre la publicación de sus respectivas imágenes en momentos y lugares de su vida privada, prevalece claramente este último, y por lo tanto el derecho de los demandantes a impedir que se publiquen aquellas fotografías que contienen sus propias imágenes».

No resulta fácil de justificar que el Tribunal Supremo lleve sus razonamientos hasta el extremo de entrar a calificar el valor histórico o cultural de un libro o, más en general, su interés en cuanto creación literaria, aunque siempre se podrá decir que la ley le obliga a ello al exigir que se trate de valores “relevantes”. Pero no hubiera sido necesario si se repara en que el acento lo acaba poniendo en un criterio distinto: la necesidad de que la afectación del derecho a la propia imagen sea “*adecuada y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libre creación literaria*”. Como explica Verda (2007, p. 257) en relación al primer inciso del artículo 8.1 LO 1/1982, la letra del precepto debe corregirse con la doctrina jurisprudencial expresada en la STC 14/2003, de 28 de enero, en el sentido de que para que se autorice la intromisión en los derechos de la personalidad, no bastará con que en ésta predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, sino que, además, habrá de ser necesaria (no meramente conveniente o útil) para alcanzar dichos intereses, proporcionada para lograrlo y que se lleve a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental. En esta misma línea recuerda Yzquierdo (2014, p. 1423) que en materia de propia imagen “la apreciación de la existencia de un interés científico o cultural, que justifique un uso inconsentido de la imagen, exige que la utilización de la misma sea relevante o necesaria para obtener la finalidad propuesta”. De ser innecesaria, la imagen “solo puede ser utilizada si aparece de forma accesoria o marginal de otra imagen, que sí es relevante o de uso autorizado” (STS de 19 de octubre de 1992).

5.7. Usos sociales

También rechaza el Tribunal Supremo el argumento fundado sobre el artículo 2 de la LO 1/1982, a cuyo tenor la protección civil de la propia imagen (como la del honor y la intimidad) quedará delimitada por los “usos sociales”. Para la sentencia, aunque el uso social existe en este caso, sólo opera como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión si existe un interés histórico o cultural relevante (lo que supone solapararlo con el criterio expresa-

mente establecido por el art. 8.1 en los términos ya mencionados) o si la difusión se restringe al círculo de personas próximas (familiares, allegados, etc.), lo que no ocurre con un libro que se pone a la venta.

5.8. *El adecuado juicio de ponderación*

La sentencia del Tribunal Supremo entiende que, con los razonamientos expuestos, se ha realizado “un correcto juicio de ponderación y proporcionalidad” de los derechos en liza. En realidad, sin embargo, lo que ha existido es una aplicación estrictamente apegada a los datos normativos y jurisprudenciales que configuran el derecho a la imagen en nuestro ordenamiento que deja abiertos muchos interrogantes. Hablamos de un libro biográfico, de expresión personal y de retrato social cuya edición, por lo demás muy limitada, hubo de ser retirada del mercado. Con el añadido de que resulta manifiesto que el verdadero conflicto subyacente al litigio tiene carácter familiar y se ha centrado en la falta de consentimiento respecto de la publicación de algunas fotografías, exclusivamente porque ni el texto ni las fotografías que lo acompañaban entrañaban lesión del derecho a la intimidad o al buen nombre de los demandantes y de su familia desde una perspectiva jurídica y objetiva (seguramente no desde la subjetiva de los interesados), tal y como pone de relieve la propia sentencia del Tribunal Supremo. En estos términos, probablemente se podría construir una sentencia alternativa, a partir de los derechos consagrados en el artículo 20 CE, de la doctrina del uso inocuo de la imagen, y de la revisión detenida de buena parte de las reglas y máximas jurisprudenciales sobre el derecho a la propia imagen, en la medida en que han sido construidas en su mayoría para resolver conflictos bastante alejados de los que plantean la historia, la literatura y el arte.

5.9. *El control casacional de la indemnización de daños y perjuicios*

Es el tercero de los problemas que aborda la sentencia. El recurso combate tanto la cuantía de la indemnización (fijada por la Audiencia en 18.000 euros, frente a los 20.148, 55 en que la fijó el juzgado) como las bases tenidas en cuenta para establecerla. Se refiere el recurso a la indemnización por daños morales. Respecto de los daños patrimoniales, la indemnización quedó fijada en 136 euros. No consta a qué responde tan exigua cantidad. El problema de la indemnización del daño moral se aborda desde dos perspectivas: en el recurso extraordinario por infracción procesal, denunciando la errónea valoración de la prueba (motivo primero) y falta o insuficiencia de motivación (motivo segundo); en el recurso de casación, denunciando la infracción de los criterios legales de cuantificación del daño moral.

De la sentencia no se deducen con la necesaria claridad ni las bases o criterios tenidos en cuenta por las sentencias del juzgado y de la Audiencia, ni tam-

poco las alegadas por los demandados. En algún momento se acusa al juzgado de haber tenido en cuenta el precio del libro; en otros parece deducirse que los demandados entendían que se habían omitido factores que reducían el daño y la indemnización (falta de beneficios de la publicación, escasa difusión, retirada del libro, etc.). Pero una vez más, no resulta posible centrar el debate sobre este punto, porque como es conocido los tribunales suelen huir de aquellas datos o circunstancias de hecho que puedan permitir poner en duda su decisión y prefieren centrarse en declaraciones genéricas y en la reiteración abstracta de doctrinas ya asentadas, como la que se refiere al control casacional de las cuantías indemnizatorias.

Respecto de la denunciada errónea valoración de las pruebas, la sentencia entiende que en realidad lo que hace el recurso es mostrar su disconformidad con la indemnización y entender que procedía otra distinta. Por ello desestima el motivo con base en una doctrina ya conocida: la valoración de las pruebas es facultad del tribunal de instancia, salvo que se pruebe que existe claro error o manifiesta arbitrariedad.

El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia falta de motivación de la sentencia, porque se limita a una referencia genérica a los parámetros que la ley prevé deben ser tenidos en cuenta para cuantificar la indemnización, sin que haga mención al número de ejemplares distribuidos, ni a la falta de obtención de beneficios por la demandada ni a los resultados del informe pericial en relación con los costes de producción, ni a la escasa gravedad del supuesto. El Tribunal Supremo desestima este motivo con base en la conocida doctrina constitucional sobre la materia: *«deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla»*.

La cuestión se vuelve a plantear, aunque desde otra perspectiva, en el recurso de casación: el motivo segundo denuncia la infracción del art. 9 LO 1/1982, en relación con la indemnización del daño moral, porque no se han aplicado correctamente los criterios legales de cuantificación del daño moral, en cuanto que no se han tenido en cuenta las circunstancias del caso, ni la escasa gravedad de la infracción, ni tampoco la poca difusión de las imágenes. El Tribunal Supremo lo desestima, remitiéndose a la reiterada doctrina que tiene declarado que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba salvo que exista error notorio o arbitrariedad; exista una notoria desproporción; o se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum. Y añade: *«En nuestro caso, ya hemos descartado, al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, que la Audiencia hubiera incurrido en error notorio*

o arbitrariedad al realizar la valoración de la prueba en relación con la cuantificación de la indemnización. Y tampoco consideramos que sea desproporcionada la indemnización, pues son varias la imágenes y, aunque la difusión pueda parecer pequeña, es muy significativa ya que va dirigida a quien conoció a Joaquín y, probablemente, conozca también a sus hermanos».

5.10. Indemnización y casación: un problema irresuelto

La sentencia que reseñamos prueba que el control casacional de las indemnizaciones es un viejo problema, nunca bien resuelto por nuestro más alto tribunal. Seguimos sin contar con un criterio claro y práctico –es decir, que resuelva el problema y no se limite a eludirlo– porque no se ha acabado de superar la vieja doctrina de la distinción entre los hechos y el derecho, ahora complicada con la existencia de dos recursos distintos: el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación. El primero prácticamente obliga a plantear la cuestión en términos de error en la valoración de la prueba, de falta de motivación y de indefensión (art. 24 CE), cuando realmente lo que se denuncia es la no aplicación por la sentencia de los criterios legales de valoración de los daños. Pero pocos recurrentes se atreven a prescindir de la denuncia de infracción procesal para abordar directamente la cuestión de las bases indemnizatorias en el recurso de casación, porque conocen que rápidamente el tribunal puede traer a colación, para no examinar el motivo, la falta de previa impugnación de la valoración de la prueba, o de la insuficiencia de motivación. Es cierto el riesgo de que so capa de impugnar las bases o criterios para fijarla, simplemente se traslade al Tribunal Supremo una disconformidad con la cuantía indemnizatoria. Pero bastaría con que con la misma firmeza que rechace este tipo de recursos, examine aquellos en los que se impugnen con fundamento las bases tenidas en cuenta para fijar la indemnización. No es necesario recordar las dificultades que esta tarea entraña, especialmente en sede de daño moral. Pero precisamente en materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la ley establece expresamente una serie de criterios que facilitan ese control. Y nótese que la propia sentencia que ahora comentamos echa en falta una mayor concreción en esta transcendental materia, cuando llega a afirmar que *“hubiera sido deseable una especificación de cómo influyen las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión, en relación con la difusión del libro y el escaso beneficio obtenido por los demandados, en la cuantificación del daño, ...”*.

En la doctrina hay que recordar el planteamiento de la cuestión que realizó hace ya algún tiempo Martín Casals (1990, p. 338), acometiendo también la difícil tarea estadística de clasificar las sentencias, las materias y las cuantías indemnizatorias. Mas recientemente, sobre la revisabilidad casacional del quantum, explica Yzquierdo (2014, p. 1458 y ss.) que un buen ejemplo de lo que pueden ser las bases para el cálculo de la indemnización y que, de no

ser tenidas en cuenta, justifican la revisión casacional, lo proporciona, precisamente, el art. 9 LO 5/1982. Si para la determinación de la indemnización por daño moral han de tenerse en cuenta los criterios que expresa el art. 9.3, inciso 2º, valorándose “las circunstancias del caso” y “la gravedad de la lesión efectivamente producida” y para ello “se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio obtenido por el causante de la lesión”, parece lógico que se admita la revisión cuando no se ataca el quantum, sino las bases o criterios utilizados por el Tribunal *a quo* (que han de ser los establecidos en el art. 9.3 y que sí constituyen cuestiones de derecho). En definitiva, añade, una cosa es que el *quantum* sea una cuestión inatacable, exclusivamente confiada al criterio discrecional de los Tribunales de instancia, y otra que se pueda llevar ese principio al extremo de considerar incólume el capricho o la arbitrariedad. La revisión casacional, por mínima que sea la modificación, puede recaer sobre las bases tomadas en cuenta para la fijación de la cuantía. A su juicio, ello no obstante, debe proceder cuando se aprecie una desviación notable en relación con los criterios de cuantificación más visibles (el grado de difusión y el beneficio obtenido), pero el cuidado ha de ser exquisito cuando se quiere usar de criterios tan poco propios del espíritu de la casación como el de “las circunstancias del caso”, como advierte con claridad la STS de 7 de marzo de 2003.

6. Bibliografía utilizada

- BLASCO GASCÓ: (2007) «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», en Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.
- DIÉZ-PICAZO GIMÉZ, L.M. (2005); Sistema de Derechos Fundamentales. 2ª edic. Madrid, Civitas.
- IGARTUA ARREGUI (1990): «El derecho a la propia imagen», en SALVADOR CODERCH (Dir.) El mercado de las ideas, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- MARTIN CASALS (1990): «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en SALVADOR CODERCH (Dir.) El mercado de las ideas, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- VERDA Y BEAMONTE (2007): 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”. Pamplona. Aranzadi.
- YZQUIERDO TOLSADA (2014), «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en REGLERO CAMPOS y BUSTO LAGO (Coordinadores), Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, 5ª edic. Pamplona. Aranzadi.