

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## I. Sentencias comentadas

### **DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. INTROMISION ILEGITIMA Y DERECHO A LA INTIMIDAD**

(Comentario a la Sentencia del 28 de octubre de 1986)

M.<sup>a</sup> ANGELES PARRA LUCAN

#### 1. SUPUESTO DE LA SENTENCIA

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, doña Isabel Pantoja Martín interpuso demanda de juicio incidental contra la Entidad Prographic, S. A., sobre tutela judicial y protección de derechos fundamentales.

Se basaba la demanda en los hechos siguientes: el esposo de la demandante, don Francisco Rivera Pérez, de profesión matador de toros (conocido con el nombre de «Paquirri»), falleció el 26 de septiembre de 1984 como consecuencia de una cornada por asta de toro recibida cuando actuaba en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba). La demandada comercializó (sin consentimiento del interesado ni de sus herederos) un vídeo en el que se recogían, entre otros, los momentos en que el matador fue corneado por el toro y los posteriores vividos en la enfermería de la plaza, en la que fue sometido a una intervención quirúrgica.

Se suplicaba sentencia que condenase a Prographic a abonar la cantidad de cuarenta millones de pesetas en concepto de los daños y perjuicios ocasionados por lo que se consideraba una intromisión ilegítima en el ámbito del derecho de imagen del torero fallecido.

La demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella en base a lo siguiente: las imágenes de la cinta habían sido obtenidas durante meses por la propia demandada en las actuaciones públicas del diestro, y las de la enfermería de la plaza se adquirieron de RTVE. En consecuencia, no podían calificarse de imágenes íntimas o de intromisión ilegítima en la vida privada.

Seguido el pleito en todos sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 1985 por la que estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada a indemnizar a la actora la cantidad de veinte millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios y ratificando la medida cautelar adoptada el 29 de noviembre de 1984 en el sentido de que las cintas grabadas debían de quedar fuera del comercio.

Recurrida la sentencia, la Audiencia Territorial desestimó el recurso y confirmó aquélla, sin hacer expresa imposición de las costas.

La demandada, Entidad Prographic, S. A., formalizó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual declara haber lugar al recurso, casando y anulando

do la sentencia de la Audiencia y dejando sin efecto la medida cautelar adoptada por el Juez de Primera Instancia.

Fue ponente de esta sentencia don Cecilio Serena Velloso.

## 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

«1. El presente recurso de casación se dirige contra la sentencia de la Audiencia de esta capital (16 de julio de 1985), que, manteniendo la del Juzgado (4 de febrero de 1985), estima parcialmente la demanda de doña Isabel Pantoja Martín en el concepto de viuda del matador de toros Francisco Rivera Pérez, fallecido el 26 de septiembre de 1984 a consecuencia de las heridas de asta de toro que recibió en la plaza de Pozoblanco, y condena a la entidad demandada, que es «Editorial Prographic, S. A.», «por la grabación y comercialización de cintas de vídeo sin autorización, en las que se recogen escenas e imágenes de la vida privada y profesional del que fue su esposo, a que abone la cantidad de veinte millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios», añadiendo que «se ratifica la medida cautelar adoptada el pasado 22 de noviembre (de 1984) en el sentido de que deberán quedar fuera del comercio las cintas grabadas y no se podrán comercializar en el futuro». La demandante había solicitado (aparte la suspensión cautelar de la venta de los vídeos que, bajo el título «Paquirri, un canto de amor y muerte», estaba comercializando a la sazón; lo que se acordó en providencia de 29 de noviembre de 1984 y llevó a efecto el 30 del mismo mes) una sentencia en la que se condene a la entidad demandada a abonarle, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de cuarenta millones de pesetas.

2. No existe cuestión alguna en torno a que la pretensión indemnizatoria de la demanda reposa sobre el contenido del vídeo ocupado e incorporado a las diligencias, por lo cual carece enteramente de sentido el motivo primero de los cinco de que consta el recurso de casación y que se articula por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba. Lo que el motivo, según aparece en su desarrollo, pretende es más bien que se valore o estime jurídicamente de otro modo que en la instancia, el contenido de la cinta; lo cual no es cuestión atañente a la actividad probatoria.

3. Debe ser examinado a continuación el motivo tercero, que, al amparo del ordinal tercero del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la irregularidad de la sentencia tachándola de incongruente e invocando al propósito el artículo 359 de la dicha ley. Alega que «de todo el contenido de la cinta de vídeo únicamente encuentra protegible una concreta escena, según narra en el octavo considerando y, sin embargo, otorga protección a todo el contenido del vídeo objeto de la medida cautelar, cuando debía haber discriminado entre unas y otras imágenes decretando cuáles son las imágenes que violan a su juicio la exigida protección de la propia imagen y la intimidad, distinguiéndolas de aquellas otras que no violan tal derecho». Esta alegación, así formulada, pudo servir en su oportunidad para salir al paso de la medida cautelar que adoptó la providencia del Juzgado de 29 de noviembre de 1984 y que se llevó a efecto, como se adelantó el 30 de dicho mes, y ahora podría conducir a la casación parcial para conseguir eliminar del fallo condenatorio el pronunciamiento en que se ratifica la medida cautelar de secuestro de las cintas de vídeo, pero ni puede concluir a una casación total, como se pretende, si las escenas que se dicen atentatorias a la intimidad

mantuvieran esa calificación en este trance de la casación, ni, más en profundidad, constituirían (con lo que el motivo decae) irregularidad procesal del fallo, sino improcedencia de una parte del mismo. Se hace preciso por ello alcanzar el fondo del recurso y juzgar, en definitiva, si el contenido de la cinta, siquiera en alguna de sus partes, merece la protección jurisdiccional objeto de la demanda.

4. Los motivos segundo, cuarto y quinto del recurso, discurren los tres por el cauce de amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo segundo entiende que el contenido del vídeo está en el supuesto del apartado a) del número dos del artículo 8 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, por dos razones: la enfermería de Pozoblanco se convierte, en sus primeros momentos, en lugar abierto al público, y, además, las imágenes fueron captadas por la entidad demandada, no en la enfermería de Pozoblanco, sino del programa «Informe Semanal», de Televisión Española, con audiencia estimada de diecisiete millones de espectadores, por lo que no es posible entender que la imagen no se ha captado en lugares abiertos al público o en acto público. El motivo cuarto invoca el número 1 del mismo artículo 8.º en cuanto, genéricamente, descarta aquellas actuaciones tachadas de intromisiones cuando predomine en ellas un interés histórico, científico o cultural relevante, y, a juicio de la entidad recurrente, la fiesta de toros es un elemento fundamental explicativo de nuestra Cultura y, dentro de la fiesta, la «cogida» es la plasmación del riesgo con todo el dramatismo social que ello encubre, siendo, pues, de interés cultural la cogida y la misma muerte. Finalmente, el motivo quinto se endereza contra la indemnización de veinte millones y se funda en el número 3 del artículo 9.º con vista del cual la moteja de indemnización desorbitada por cuanto la difusión, reducida a la venta de un máximo de 55 copias, y el beneficio de la entidad demandada, no ha sido acreditado en modo alguno. Deben examinarse estos tres motivos atendiendo primordialmente al cuarto, en íntima e inseparable relación con el segundo, ya que, ante todo, ha de dilucidarse si el contenido del vídeo representa una intromisión en los invocados derechos o bienes de la personalidad en aspectos que deban ser preservados, ya que, por su contenido, la suerte del motivo quinto pende de la de aquéllos, por no proceder indemnización alguna si, como en aquéllos se alega, no ha existido la intromisión ilegítima. Debe, sin embargo, declararse que, según el texto invocado, el perjuicio se presume por la ley y si la indemnización se valorará tomando en consideración «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma», según así lo expresa el mismo texto, se extenderá al daño moral, que, como dijo la sentencia de esta sala de 31 de mayo de 1983, ha de ajustarse a otras pautas que las de la estricta equivalencia económica y que, en correlación con la naturaleza de la personalidad, que es lo que se protege, se regirá por las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida a la del agraviado, para lo que se tendrán en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

5. Los textos que el recurso invoca en los motivos que se están examinando distinguen la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, prohibidas desde luego, y las obtenidas fuera de ellos, prohibidas también en términos generales (7.5.º), pues podría excepcionar la protección el predominio del interés histórico, científico o cultural, siendo relevante, quedando también fuera de la prohibición y de la protección las imágenes obtenidas fuera de los lugares o momentos de la vida privada

de personas que ejerzan una profesión de notoriedad o de proyección pública si la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público (8.º.1.a). Esas personas, profesionales de notoriedad o proyección pública, tienen protegida su intimidad, pero la protección de su imagen cesa cuando la captación de la misma tiene efecto durante un acto público o en lugares abiertos al público. Y es desde esta perspectiva que debe juzgarse si las imágenes del vídeo merecen o no la protección jurisdiccional.

6. El vídeo en que se supone vulnerado el derecho de la persona a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se aplica con marcadísima preferencia a las actuaciones profesionales o artísticas del torero fallecido y a ellas dedica la práctica totalidad de su contenido; actuaciones artísticas que se acompañan con los juicios y opiniones y los recuerdos de autoridades y críticos taurinos y amigos y dependientes del diestro. De esta línea, ceñida a la actividad artística, a la que se atiene el vídeo, sin posible duda, únicamente conciernen a lo personal algunas imágenes de su boda y de su sepelio. Por ello, sin duda, el fallo condenatorio se basa en que la ley prohíbe la captación de las «imágenes del torero inmediatamente siguientes a la cogida que determinó su fallecimiento, especialmente las correspondientes a su ingreso y estancia en la enfermería de la plaza, lugar que, por sus características y finalidades, confiere necesariamente carácter privado a cuanto allí sucede». La captación y la reproducción de imágenes está permitida «siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, circunstancias que en manera alguna concurren en la enfermería de una plaza de toros, sea cualquiera el número de personas que en un determinado momento tengan acceso a ella»; distinguiendo también entre la divulgación de esas imágenes que fueron difundidas según es notorio por Televisión Española y que fueron reproducidas por el programa «Informe Semanal» cinco días después del suceso, lo que se reputa «información inmediata de un suceso con resonancia pública, y la comercialización posterior, con ánimo de lucro, de esa misma información, incluyendo las imágenes de los últimos momentos de la vida del torero herido».

7. Para rectificar el juicio tan ponderado que la Audiencia deja razonado, es obligado denotar que la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, la cual protección se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enunciados en el artículo 7.º de la Ley. Estos casos la atraerán desde luego, pero a la manera de acaecimientos más significativos o frecuentes y ejemplificativos de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del fondo del principio general del «alterum non laedere». No constituyen, sin embargo, un «numerus clausus». De otra parte, la denotada relativización con la que ha de otorgarse la protección se manifestará tratando la personalidad y correlativa intimidad de cada persona y en cada caso según las circunstancias que operarán decisivamente antes del contraste o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, será configurada caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias escogiendo el Juez al efecto las más relevantes. Debe así eliminarse cualquier manifestación de automatismo, quedando ampliada la esfera valorativa del Juez, a quien competirá antes y con preferencia a la subsunción del hecho con la norma, la construcción selectiva del «trozo de vida» que conviene a aquélla, atendiendo para hacerlo a las pautas a que la ley remite en su artículo 2.º-1. Y es que la esfera de la intimidad personal

está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la ley misma por las cuales queda encomendada al juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas conforme al ya invocado punto uno de su artículo segundo. Resulta, pues, decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales y más señaladamente todavía y con carácter más determinante aun, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente escogidas y asumidas por cada persona. La persona de cuya intimidad se trata en el presente juicio era de profesión lidiador de toros, en la que se ocupaba desde hacía muchos años, más de diez, habiendo alcanzado en ella notable celebridad. Siendo de la esencia del espectáculo de que era principal protagonista (espada, matador, maestro), puesto al frente de artistas de menor categoría y de subalternos, no caben dudas acerca de que asumía el riesgo consiguiente a las actuaciones que ese espectáculo de masas comporta por su propia naturaleza. Eliminado o disminuido el riesgo de vida y puesto fuera de las reglas y usos que le son propios la fiesta llamada nacional precisamente por su difusión, se desesencializaría y dejaría de ser, para transmutarse en otro espectáculo. Participar principalmente en el espectáculo arriesgado equivale a tanto como aceptar libremente correr esos riesgos y, llegando el caso, sufrirlos dentro del espectáculo mismo, con todas sus consecuencias. Ni, pues, la ocurrencia sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar al que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando «a fortiori» el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo, consistente en sortear el necesario riesgo, frustrado o acaso realizado en el lance propio del mismo, aunque eventual. La sentencia, acertadamente ha puesto el énfasis, llegado ya el torero a las dependencias de la enfermería, en aquella parte del vídeo en el que se afirma materializada la intromisión en la intimidad, en la que se recogen (muy brevemente, por cierto, según el ritmo propio de la gravísima ocurrencia) imágenes de las heridas cuando son examinadas al parecer por algún sanitario al cual dirige el herido frases explicativas de la forma del percañe y ello al tiempo que simultáneamente dialoga también con otras varias personas de las que llenan la dependencia, las cuales, fuera de los sanitarios, debieron ser inmediatamente desalojadas a juzgar por las conminaciones al efecto que también son audibles. No son tales imágenes, obtenidas en momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro, puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común.

8. Procede, según lo razonado, estimar el recurso por sus motivos segundo

y cuarto y sin que haya lugar a examinar el quinto, y casar y anular la sentencia de 16 de julio de 1985, pronunciando la estimación del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada y desestimando la demanda. La estimación del recurso acarrea, conforme al artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la devolución del depósito y el que cada parte satisfaga las costas propias, lo que, por las circunstancias concurrentes, se hará igualmente con las producidas en la instancia.»

### 3. CARACTER RELATIVO DE LA PROTECCION CIVIL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La importancia de esta sentencia se basa en dos órdenes de motivos. Por un lado, es la primera sentencia en que el Tribunal Supremo aplica, negativamente, en el caso, Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo (1). Por otra parte, el Tribunal Supremo, tras dos fallos consecutivos estimatorios de la pretensión en primera instancia y apelación, concluye que no existió intromisión ilegítima en la intimidad personal, declarando en consecuencia que no hay lugar al pago de la indemnización.

La cuestión fundamental que se plantea es la de valorar si el vídeo comercializado por la recurrente contiene imágenes que merecen la protección jurisdiccional de acuerdo con la Ley Orgánica 1/82 sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (2). El interés se centra en las imágenes del torero inmediatamente siguientes a la cogida que determinó su fallecimiento, especialmente las correspondientes a su ingreso y estancia en la enfermería de la plaza.

La Audiencia sostuvo que la captación de imágenes y su reproducción está permitida: «Siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares

(1) Así lo manifiesta el comentario realizado a la Sentencia en A.C. (1.041/86, 86-2, pp. 3379 y ss.). Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha resuelto otros dos recursos en los que se aplica la citada ley: sentencia de 4 de noviembre de 1986 (A.C. 87-1, ref. 144, p. 485), de la que también fue ponente Serena Velloso, y la de 23 de marzo de 1987 (A.C. 87-1, ref. 359, p. 1.104), de la que fue ponente Fernández Martín-Granizo.

(2) El derecho a la propia imagen es un derecho distinto del derecho a la intimidad. Como dice IGLESIAS CUBRIA, la difusión de la imagen sin el consentimiento de la persona es violación de un derecho de la personalidad, aunque no sea violación del derecho a la intimidad (*El derecho a la intimidad*, discurso inaugural del año académico 1970-1971, Universidad de Oyiedo, 1970, pp. 27 y ss.). Sin embargo, ambos derechos están íntimamente relacionados (ver AURELIA M.<sup>a</sup> ROMERO COLOMA, *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial atención al proceso penal*, 1984, pp. 17 y 18). Así lo ha reconocido el T.S. en sentencia de 23 de marzo de 1987, al afirmar que los derechos protegidos en la Ley Orgánica 1/82 son distintos, aunque entre ellos «existan indudables conexiones y a veces interferencias» (Fundamento número 7).

En la sentencia objeto de este comentario, a pesar de que la demanda alegaba intromisión ilegítima del derecho a la imagen del torero, y a pesar de que el texto legal que fundamenta la resolución del pleito se basa en el derecho a la propia imagen (artículo 8.2. a) de la Ley Orgánica 1/82) se hace continua referencia a la supuesta intromisión del derecho a la intimidad. Esto es así, porque no se cuestiona la comercialización de la imagen del torero, sino únicamente la de determinadas escenas que pudieran considerarse íntimas. Lo que sucede es que la supuesta intromisión se cometería a través de la reproducción de la imagen del torero.

abiertos al público, circunstancias que en manera alguna concurren en la enfermería de una plaza de toros, sea cualquiera el número de personas que en determinado momento tengan acceso a ella».

El Tribunal Supremo rectifica el criterio de la Audiencia poniendo de relieve cómo la protección de los derechos de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización. Esta idea permitirá, según el propio Tribunal Supremo, extender la protección de los derechos a supuestos distintos de los previstos en el artículo 7 de la Ley Orgánica como intromisión ilegítima (3) y, al mismo tiempo, tratar la personalidad y correlativa intimidad de cada persona según los casos y previa valoración de las circunstancias concretas que pueden concurrir. De este modo, el Tribunal Supremo destaca la importancia que juega en la interpretación de lo que deben valorarse como intromisiones ilegítimas del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen el artículo 2 de la citada Ley. De acuerdo con este precepto la protección de tales derechos queda delimitada «por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

El Tribunal Supremo, muy correctamente en mi opinión, ahonda en este razonamiento y señala que: «Debe así eliminarse cualquier manifestación de automatismo, quedando ampliada así la esfera valorativa del Juez, a quien competará antes y con preferencia a la subsunción del hecho con la norma, la construcción selectiva del «trozo de vida» que conviene a aquella, atendiendo para hacerlo a las pautas a que la Ley remite en su artículo 2.1. Y es que la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus propios actos, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la Ley misma por las cuales queda encomendado al juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas conforme al ya invocado punto uno de su artículo segundo» (4). Lo que sucede es que, quizás, la aplicación

---

(3) La Sentencia de 4 de noviembre de 1986, citando la de 28 de octubre, hace aplicación positiva de esta tesis (Fundamento 4.º).

Como es sabido, la Ley Orgánica enumera en su artículo 7 una serie de intromisiones ilegítimas en el ámbito protegido del honor, intimidad y propia imagen. La doctrina se preguntaba si tal enumeración constituye o no *numerus clausus*. DíEZ PÍCAZO Y GULLÓN contestaban a este interrogante de forma negativa; la razón esgrimida es que los avances tecnológicos en estos campos y la aparición constante de nuevas formas de agresión a estos derechos harían necesarias continuas leyes sobre la materia. Por otra parte, la Exposición de Motivos de la Ley a propósito del artículo 7 dice que «recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos que pueden darse en la vida real», lo que parece indicar que sólo se han recogido algunos (*Sistema de Derecho civil*, vol. 1, 5.ª ed., 1984, p. 362). En igual sentido se manifiestan CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 2, 14.ª ed., 1984, revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, p. 406) y PUIG BRUTAU, para el que el legislador, al pretender señalar las intromisiones ilegítimas, «no hace más que manifestar su impotencia», ya que «el legislador que se limita a apriorismos conceptuales no puede hacer más que trazar sobre el papel breves esquemas abstractos» (*Fundamentos de Derecho civil*, II, 3, 1983, p. 249). Hoy la cuestión, tras los dos fallos del T.S. puede considerarse zanjada. Lo difícil será, en cada caso, valorar lo que es o no intromisión ilegítima.

(4) En este sentido, IGLESIAS CUBRÍA afirmaba, con anterioridad a la Ley de 1982, que el problema de los límites referentes a la vida íntima, a la esfera privada de la perso-

de estos principios al caso objeto de la sentencia no resulta totalmente satisfactoria.

El caso resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada hace referencia a una persona cuya profesión era la de lidiador de toros. Esta profesión, viene a decir el Tribunal Supremo, comporta la asunción de un riesgo de vida que forma al mismo tiempo parte del espectáculo en la medida en que, de no existir tal riesgo, la llamada fiesta nacional perdería su esencia. Por tanto, el Tribunal Supremo estima que: «Ni la ocurrencia sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar en que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando «a fortiori» el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenece a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo». En consecuencia: «No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance, que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo en aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anuente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común.»

No me parece muy acertada la idea reflejada en el último párrafo transcrito de la sentencia. El Tribunal Supremo insinuó que el torero, consciente de la cele-

---

na, está afectado por las circunstancias de lugar y tiempo y, por ello, de las costumbres o modos de vida que prevalecen en cada instante y país. Como consecuencia, decía este autor, no puede intentar resolverse con criterios absolutos (*op. cit.*, p. 28, nota 45).

Sin embargo, el artículo 2 de la Ley Orgánica ha sido valorado de forma muy distinta por la doctrina. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, citando a MARÍA DE LA VALGOMA (*Comentario a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, «Anuario de Derechos Humanos», núm. 2, 1983, p. 663), entiende que el artículo 2 debe interpretarse teniendo en cuenta la finalidad de la propia Ley y la Constitución (en especial en relación al principio de igualdad real de todos los ciudadanos). Así, la protección quedaría delimitada por los usos sociales siempre que tales usos no produzcan o impliquen efectos contrarios a los del ordenamiento, de modo que «no se podrá reputar ilegítima una determinada intromisión respecto de unas personas y no respecto de otras» (*Reflexiones sobre los derechos de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*, «A.D.C.», 1983, pp. 1250 y ss.). AURELIA M.<sup>a</sup> ROMERO COLOMA también ha criticado el contenido del artículo 2.1., ya que, señala, puede suponer una discriminación en la valoración de la intimidad de las personas y producirse peligrosas subjetivaciones deducidas del propio comportamiento anterior y coetáneo del afectado o de su familia (*Los bienes y derechos de la personalidad*, 1985, pp. 45 y 46). El propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de noviembre de 1986, viene a decir que siempre que exista intromisión ilegítima en un derecho de la personalidad (el honor en el caso concreto) deberá ser sancionado, «sean cualesquiera los usos sociales del momento» (Fundamento 4.º). Por el contrario, para ESPÍN, la triple valoración que exige el artículo 2 (interpretación normativa, valoración de los usos sociales y la actitud de cada persona frente a su propia intimidad) confiere a la protección civil de estos derechos «la necesaria flexibilidad para que resulte congruente con un determinado medio social y una conducta individual» (*Manual de Derecho civil español*, vol. 1, 1982, p. 423).

bridad que le podía reportar la cogida, consintió la presencia de las cámaras en la enfermería. Más bien hay que pensar que el matador ni permitió ni dejó de permitir la publicidad porque la gravedad de los momentos que vivía le impedía reflexionar sobre ello. De cualquier modo, y aunque así hubiera sido, a mi juicio, el Tribunal Supremo confunde lo que es el ámbito del derecho a la intimidad que cada persona pueda mantener reservado para sí mismo «por sus propios actos» (art. 2.1 Ley Orgánica 1/82) con el consentimiento que el titular del derecho podía haber otorgado al efecto (artículo 2.3).

La doctrina que ha analizado la interpretación que debe hacerse del contenido de la expresión «propios actos» cree ver aquí una protección de la confianza suscitada en los terceros por quien de forma habitual, por ejemplo, tolera actos de intromisión en su vida privada, originando en los terceros la confianza razonable en una determinada configuración personal de su esfera íntima. Esta tesis, defendida por Díez Picazo y Gullón (5) ha encontrado eco en otros autores, y así, se ha llegado a decir que para penetrar en la esfera íntima y reservada de otra persona no es posible ampararse en valoraciones más o menos subjetivas de la conducta (incluso coetánea) de la persona, sino que habrá de acudirse necesariamente a su consentimiento expreso (6). Y es que, en efecto, tal consentimiento ha de ser expreso como claramente exige el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/82. Es decir, que, aunque no tiene por qué constar por escrito, no es admisible un consentimiento tácito ni presunto (7). Dicho con otras palabras y centrándonos ya en el caso que nos ocupa, a mi juicio, no está muy claro que de la simple aplicación del artículo 2.1 pudiera deducirse sin más la legitimidad de la captación de las imágenes del torero en la enfermería ni su posterior comercialización: en primer lugar, la remisión a los usos sociales no puede generar desigualdades no queridas por los particulares afectados (8), y por otra parte, no hubo un consentimiento expreso del titular del derecho ni la sentencia justifica adecuadamente que de su comportamiento anterior pudiera deducirse la autorización para la captación y distribución de unas imágenes tan peculiares como las de Pozoblanco.

El Tribunal Supremo entiende que la distribución de las imágenes en cuestión ha de reputarse legítima por aplicación del artículo 8.2 de la Ley Orgánica. En su apartado a), el artículo 8.2 establece una excepción a la calificación de intromisión ilegítima que el artículo 7.5 hace de la captación y distribución de la imagen de una persona, incluso en lugares o momentos ajenos a su vida privada. En efecto, el artículo 8.2 a) señala que el derecho a la propia imagen no impedirá: «Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan... una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.»

Del régimen legal se desprende que a las personas que ejercen una profesión de notoriedad o de proyección pública se les reconoce el derecho a su intimidad,

---

(5) Ver *op. cit.*, *loc. cit.*

(6) Ver LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, 1986, p. 187. También entiende que la expresión «ámbito que por sus propios actos...» debe ser objeto de una interpretación marcadamente restrictiva CLAVERÍA GOLSÁLBEBZ (*op. cit.*, p. 1252).

(7) Díez PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*

(8) Según CLAVERÍA GOLSÁLBEBZ, al aludir a los usos sociales la ley «nacida para transformar la realidad social queda atrapada por ésta, convirtiéndose en su aliada y encubridora» (*op. cit.*, p. 1250).

pero la protección de su imagen cesa cuando la captación de la misma tiene efecto en lugares abiertos al público (9). Ahora bien, en mi opinión ello no explicaría por qué había de considerarse legítima no ya la simple reproducción de la imagen del torero, sino la de las heridas y la intervención quirúrgica a que fue sometido. La justificación de la legitimidad de la captación y distribución de esas escenas se encuentra, en última instancia, en la triple valoración que de la protección de la intimidad y la imagen exige el artículo 2 de la Ley. De este modo no prevalece el criterio de la demanda, según la cual el vídeo recogía «momentos tan íntimos y reservados de una persona como son los de una intervención quirúrgica». Y la razón que mueve al Tribunal Supremo a estimar que no se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad es no sólo que la enfermería de la plaza se hubiera convertido en un lugar público, sino, además, y sobre todo, el hecho de que por su profesión se veía socialmente con naturalidad la presencia de las cámaras en ese lugar al mismo tiempo que él, por su actitud, no excluyó tales momentos de la publicidad.

Pero, aun aceptando que las imágenes tomadas en la enfermería de la plaza no correspondieran a la intimidad protegible, sino que formarían parte del espectáculo (10), con ello se legitimaría la reproducción de dichas imágenes, pero quizá no su comercialización. En este sentido, la Audiencia distinguía en su sentencia entre la divulgación de las imágenes cuestionadas por parte de Televisión Española, reproducidas por el programa «Informe Semanal» cinco días después del suceso, acto que reputaba «información inmediata de un suceso con resonancia pública», y la comercialización posterior con ánimo de lucro de tales imágenes por la entidad demandada y entidad recurrente.

Díez Picazo y Gullón se habían manifestado con anterioridad, con carácter general de un modo parecido. Según estos autores debe entenderse, por interpretación conjunta de los artículos 7.6 y 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/82 que la publicación de la imagen de una persona que ejerza una profesión de notoriedad, captada durante un acto público o en lugares abiertos al público, ha de desligarse de toda utilización, entre otros, para fines comerciales. En efecto, el artículo 7.6 establece que tendrán la consideración de intromisión ilegítima: «La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.» Ya he apuntado antes que la técnica empleada para definir las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido: el artículo 7 recoge diversos supuestos de intromisión mientras el artículo

---

(9) Sobre la noción de «lugar público» y la de «lugar abierto al público», ver AURORA GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, 1983, pp. 111 y 112. Es indudable que el carácter de público de determinado lugar es independiente del número de personas que en determinado momento tengan acceso al mismo, como bien puso de relieve la Audiencia en relación con la enfermería de Pozoblanco.

(10) Es obvio que no pertenece a la intimidad privada (otra cosa es que las imágenes se pudieran comercializar sin consentimiento del interesado) ni la cogida, ni la interrupción de la faena, ni el traslado del diestro por el ruedo y el callejón hasta la enfermería, como incluso tampoco lo hubiese sido el mismo fallecimiento instantáneo del torero en la plaza. Por el contrario, el propio Tribunal Supremo parece no tener muy claro que las imágenes de la enfermería formen parte del espectáculo, pues, aunque lo afirma, se basa para ello no sólo en el concepto de lo que es la llamada fiesta nacional, sino también en la concreta situación del caso y la supuesta anuencia del interesado.

8 indica en qué casos tales injerencias no son consideradas ilegítimas. De este modo, como hemos visto, con carácter general y de acuerdo con el artículo 7.5 la publicación de la imagen de una persona tiene la consideración de intromisión ilegítima salvo los casos previstos en el artículo 8.2. Entre éstos se encuentra el de la reproducción de la imagen de quienes ejerzan una profesión de notoriedad o de proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [8.2 a)]. Ahora bien, esta excepción no juega en relación con la prohibición del 7.6 de reproducir la imagen de una persona, sin excepciones, con fines comerciales (11). El Tribunal Supremo, sin embargo, ni se ha planteado el tema. No obstante ha rechazado de forma implícita esta tesis al resolver que la comercialización de las escenas de la enfermería de Pozoblanco no supone una violación del derecho a la intimidad ni a la propia imagen del torero fallecido.

#### 4. REPARACION DEL DAÑO. VALORACION DEL DAÑO MORAL

Con anterioridad a la Ley Orgánica 1/82 la reparación de los daños al honor, a la intimidad o a la imagen se realizaba a través de la aplicación del artículo 1.902 del Código civil. Sin embargo, hoy, como escribe O'Callaghan Muñoz, la Ley «prevé la obligación de reparar el daño de un modo objetivo puro y muy peculiar»: declarada la intromisión al derecho, de ella deriva la obligación de indemnizar, pues se presume el daño (12).

---

(11) De aceptar este planteamiento se pondría así un límite a la propia excepción hecha por la ley al permitir la divulgación de la imagen de ciertas personas en determinadas circunstancias. La Exposición de Motivos de la Ley indica que los supuestos recogidos en el artículo 8 se basan en razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales. En el fondo, la excepción de notoriedad, que ha venido siendo aceptada por la doctrina como restricción a la esfera protegida (DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 1950, pp. 121 y 122, G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, «Riv. dir. pr. civ.», 1958, p. 472; IGLESIAS CUBRÍA, *op. cit.*, pp. 27 y ss.; MARÍA VICENTA OLIVEROS LA-PUERTA, *Estudios sobre la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, «Cuadernos de documentación», 1980, núm. 38, p. 23; AURORA GARCÍA VITORIA, *op. cit.*, pp. 129 y ss.), responde a una preferencia en el interés público en el conocimiento de los demás; preferencia que, quizás, debiera encontrar su límite de acuerdo con las pautas marcadas por la Audiencia en lo que es comercialización con ánimo de lucro. Esta tesis, defendible a la vista del artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/82, encuentra aplicación en el artículo 7.3 del Real Decreto de 26 de junio de 1985, que prevé la participación de los deportistas profesionales en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de su imagen.

A igual conclusión llega, por otra vía, CLAVERÍA GOSÁLBEZ. Para este autor, si bien es cierto que el artículo 2.1 podría amparar la solución opuesta, el alcance del artículo 8.2.a), «no faculta, por ejemplo, para publicar y comercializar imágenes de personas de proyección pública (...) sin su consentimiento, aunque las fotografías hubiesen sido realizadas en el lugar de sus actuaciones (estadio, escenario...)». CLAVERÍA GOSÁLBEZ rechaza la solución contraria basándose en que el contenido del artículo 2.1 debe interpretarse restrictiva y casi correctoramente si no se quiere convertir en ilusoria la protección legal (Ver *op. cit.*, nota 3, p. 1246).

(12) *Compendio de Derecho civil*, tomo II, vol. 1.º, 1987, pp. 337 y 338.

El punto de partida es el primer inciso del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/82, según el cual: «La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima». Es decir, no es necesario que el perjudicado muestre que efectivamente lo ha sido y que pruebe los daños sufridos (13). Es evidente, pues, la contraposición que existe con la obligación nacida de acto ilícito que prevé el artículo 1.902 del Código civil, en la que hay que probar el daño y su cuantía (14). Pero es que, además, el artículo 9.3 añade: «La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.»

Se plantean aquí, en relación al daño moral, dos cuestiones distintas: por un lado, la propia indemnización del daño moral y, por otro, la valoración del mismo (15). Por lo que se refiere a la reparación del daño moral, la Ley Orgánica 1/82 ha venido a recoger el criterio últimamente mantenido por nuestra jurisprudencia

---

(13) Se obvia así la cuestión planteada por la doctrina acerca de la propia necesidad de la existencia del perjuicio para declarar la intromisión ilegítima. Ver en esta línea FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, p. 116, bajo el lema: «El perjuicio es requisito ¿necesario?, ¿suficiente?» No obstante ha habido quien, al estudiar la constitucionalización en nuestro ordenamiento del derecho a la intimidad ha puesto de relieve que, entre las ventajas que derivan de la configuración de este derecho como derecho subjetivo destaca la de la mayor fortaleza que puede encontrar su protección, «no siendo necesario probar la existencia y la entidad del daño sufrido (cuanto menos en línea de principio), sino simplemente que se haya producido una injerencia incompatible con nuestro derecho a la intimidad y, por tanto, antijurídica» (ver VIDAL MARTÍNEZ, *La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español*, «R.D.P.», 1980, pp. 776 y 777).

(14) Destaca esta contraposición el comentario de «A.C.» sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1987 (ver «A.C.» número 17. *cit.*, p. 1116).

(15) Se plantea en realidad una tercera cuestión a la que, de algún modo, he hecho ya referencia. Se trata de la necesidad de la prueba del daño moral. La jurisprudencia del Tribunal Supremo venía exigiendo la necesidad de que quede demostrada la existencia del daño moral para que pueda exigirse su reparación, del mismo modo que hacía con el daño patrimonial (ver GARCÍA SERRANO, *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, «A.D.C.», 1972, p. 845). Sin embargo, ALVAREZ VIGARAY apuntó la distinción entre «daños morales en los que es de sentido común que basta con que tenga lugar la conducta dañosa para que el daño moral se produzca» de los que «no se producen necesaria e indefectiblemente siempre que se realicen las conductas o hechos capaces de causarlos»; en relación a estos últimos (entre los que el autor parece incluir los atentados contra los derechos recogidos en la Ley Orgánica 1/82), ALVAREZ VIGARAY entiende que cabe establecer una presunción de la existencia del daño moral siempre que se realicen los hechos capaces de producirlo; se trataría de una presunción *iuris tantum* (*La responsabilidad por daño moral*, «A.D.C.», 1966, pp. 111 y ss.). Pues bien, la presunción de la existencia del perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/82 se extiende también al daño moral, por lo que no hay que probar su existencia, aunque, al deber atender el juzgador a criterios como el de la gravedad de la lesión, efectivamente producida a la hora de valorar el daño moral se puede llegar a la conclusión de que en el caso concreto no se produjo tal daño.

dencia (16) en el sentido de que el daño moral es indemnizable en sí mismo (17). Mayores problemas suscita, sin embargo, su valoración (18).

En el caso que nos ocupa la demandada fue condenada a demandar a la viuda del torero la cantidad de veinte millones de pesetas. Al estimar que tal cantidad era desorbitada, el motivo quinto del recurso de casación, amparado en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega la infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/82, por cuanto la difusión del video no divulgaba por primera vez las escenas cuestionadas, sino que tal suceso se emitió y se emitía con cierta frecuencia por Televisión Española, prensa fotográfica, etc. Por otra parte, se alegaba que el beneficio experimentado no había sido probado y, en todo caso, ascendía, como mucho, a la cantidad de cuatrocientas mil pesetas, de las que había que deducir los costes de impresión.

El Tribunal Supremo no entra a examinar este motivo del recurso, por ser necesario primero estudiar si el contenido del video representa o no una intromisión en los mencionados derechos. No obstante, el Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para decir que si del análisis del video se dedujese que constituía una intromisión ilegítima no sería necesario que el daño resultase acreditado para establecer la indemnización. Y a pesar de que, como alega la recurrente, «se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma» no hay que olvidar, dice el Tribunal Supremo, que: «La indemnización se extenderá al daño moral, que, como dijo la sentencia de esta sala de 31 de mayo de 1983, ha de ajustarse a otras pautas que las de la estricta equivalencia económica y que, en correlación con la naturaleza de la personalidad que

---

(16) GARCÍA SERRANO resume las fresas de la evolución jurisprudencial acerca de la reparación del daño moral en las siguientes: «1.ª) Inadmisibilidad del daño moral. 2.ª) Admisibilidad del daño patrimonial indirecto. 3.ª) Admisibilidad del daño moral, con independencia de posibles repercusiones de tipo patrimonial.» (Ver *op. cit.*, pp. 813 y ss.). La Ley Orgánica 1/82 habría venido a recoger la tercera fase de la evolución jurisprudencial en materia de reparación del daño moral.

(17) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, al estudiar la reparación del daño moral, citan la Ley Orgánica 1/82 como culminación legislativa de la evolución doctrinal y jurisprudencial en esta materia (ver *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., 1985, p. 623). ALBALADEJO ha precisado a este respecto que el daño moral es indemnizable en dinero y que se trata más que de una reparación, de una «compensación» (*Derecho civil*, II, vol. 2.º, 7.ª ed., 1982, p. 623). Ahora bien, no habría inconveniente en sostener esta tesis aun cuando el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/82 hablara de «reparación del daño moral» y no, como hace, de «indemnización», pues, como ha observado SANTOS BRIZ, la palabra «indemnización» en nuestro idioma es sinónima de «resarcimiento», y ambas, a su vez, equivalentes a «reparar» o «compensar» un daño (*Comentario al artículo 1.902 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*), dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXIV, 1984, pp. 214 y 215).

En cualquier caso, lo que sí debe quedar claro es que la indemnización pecuniaria, como dice GULLÓN (*cit.* por LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, 1.º, 2.ª ed., 1985, p. 518), no reviste el carácter de compensación por las consecuencias patrimoniales indirectas que pueden derivar del daño moral, sino que es la reparación satisfactoria del propio dolor causado.

(18) Otra cuestión que merece la pena destacar es que el criterio apuntado por la sentencia objeto de este comentario en el sentido de que la cuantía de la indemnización es revisable en casación ha sido aplicado por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 23 de marzo de 1987. En este caso, el Tribunal Supremo rebaja la cantidad fijada por la Audiencia de diez a dos millones de pesetas (ver «A.C.», número 17, *cit.*).

es lo que se protege, se regirá por las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida a la del agraviado para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

De este modo, la Ley Orgánica 1/82 señala, como se ha visto, unos criterios a los que debe atenerse el juzgador a la hora de valorar la cuantía de la indemnización por daño moral. La jurisprudencia del Tribunal Supremo había establecido que la graduación de la indemnización por daño moral debía hacerse «de modo discrecional» y «sin sujeción a pruebas de tipo objetivo», tomando en consideración «las circunstancias y necesidades del caso concreto» (19). Sin embargo, la Ley Orgánica, que en principio podía parecer limita la regla de la discrecionalidad no hace más que señalar algunas pautas al juzgador, ya que, sobre todo, atiende a las «circunstancias del caso» como criterio valorativo, por lo que hay que entender que no se aparta de la doctrina sentada por la jurisprudencia.

---

(19) Ver GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 841 y ss., y ALVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, pp. 111 y ss. Entre las circunstancias concretas que nuestra jurisprudencia ha tomado en consideración en la valoración del daño moral cabe citar las siguientes: que del daño moral se deriven o no repercusiones patrimoniales; la gravedad del acto causante del daño; las condiciones peculiares de la persona ofendida y el medio empleado y la mayor o menor difusión de la ofensa.