

CONSENTIMIENTO PRESTADO POR PERSONA DISCAPACITADA NO INCAPACITADA Y DERECHOS FUNDAMENTALES AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA STC 208/2013, DE 16 DE DICIEMBRE

MARIO E. CLEMENTE MEORO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Recepción: 23/07/2014
Aceptación después de revisión: 25/08/2014
Publicación: 06/11/2014

I. INCAPACITACIÓN, INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD. II. EL CASO DE LA STC 208/2013, DE 16 DE DICIEMBRE. III. EL OBJETO DEL DEBATE EN EL RECURSO DE AMPARO. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS DERECHOS AL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN. IV. INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS AL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN Y CONTEXTO EN QUE SE PRODUCE. V. EL CONSENTIMIENTO EN LA LO 1/1982 Y LA SITUACIÓN DE LOS INCAPACES NO INCAPACITADOS. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Aunque el tratamiento jurídico de la discapacidad ha cambiado radicalmente en los últimos años, aún existen divergencias entre el sistema de protección de los discapacitados y la regulación de la incapacidad, que tienen especial trascendencia cuando se trata de la protección de derechos fundamentales, como los del honor y la propia imagen. Al hilo de la STC 208/2013, de 16 de diciembre, se estudia la prestación del consentimiento por personas discapacitadas no incapacitadas a efectos de excluir el carácter ilegítimo de la intromisión en tales derechos.

PALABRAS CLAVE: incapacidad; discapacidad; derechos al honor y a la propia imagen.

ABSTRACT

Although the legal treatment of disability has changed radically in recent years, there are still differences between the system of protection of the disabled and the regulation of incapacity, which are especially important when it comes to the protection of fundamental rights, such as the honor and self-image. In line with the STC 208/2013, of 16 December, is studied the giving of consent by disabled people without incapacity

in order to exclude the illegitimate nature of the interference with these rights.

KEY WORDS: incapacitation; incapacity; disability; honor an self-image rights.

I. INCAPACITACIÓN, INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD

El tratamiento jurídico-privado de la discapacidad ha dado en pocos años un giro copernicano.

Hasta la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el art. 32.2 CC disponía que la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil eran restricciones de la personalidad jurídica; el art. 200 CC, que estaban sujetos a tutela los menores de edad no emancipados legalmente, los locos o dementes (aunque tengan intervalos lúcidos), los sordomudos que supieran leer y escribir, los declarados pródigos y los condenados a la pena de interdicción civil; y el art. 213 CC, que no se podía nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad sin que precediera la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes. De estos y otros preceptos del Código Civil resultaba que la incapacitación se regía por el principio de tipicidad en cuanto a las causas —locura o demencia, imbecilidad, sordomudez acompañada de analfabetismo, prodigalidad, interdicción civil— y se contemplaba, básicamente, desde una perspectiva patrimonialista.

La Ley 13/1983 supuso un cambio radical: se pasó de la tipicidad a una delimitación abierta y genérica de las causas de incapacitación —enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200)—¹, y se estableció un sistema más acorde al principio de dignidad de la persona (art. 10 CE), de guarda y protección no sólo de los bienes, sino, sobre todo, de la persona del incapacitado (arts. 215 y ss. CC).

Paralelamente, y en aplicación del principio constitucional de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 CE), se aprobó la Ley 13/1982,

¹ Como señala MARTÍNEZ DÍE, R., «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 22, 1999, pág. 7 (versión digital), el legislador, en el art. 200 CC, quiso huir de fórmulas psiquiátrico-psicológicas que le hubieran conducido a clasificar las enfermedades que originan la pérdida de la aptitud de autogobierno, con la perturbadora consecuencia de trasplantar al Derecho positivo lo que es propio de una ciencia experimental en constante avance.

de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; y más tarde la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que introdujo en el Código Civil este concepto a efectos de indignidad para suceder (art. 756.7.º), donación o legado de un derecho de habitación (art. 822) y colación (art. 1041). Asimismo, se ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York por la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 (la firma de la Convención se produjo el 30 de marzo de 2007 y la publicación del instrumento de ratificación en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 2008). Poco más tarde se aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención; y por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, el Texto Refundido de Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, se mantiene en el Código el sistema de protección de los discapacitados basado en la incapacitación judicial con sometimiento a tutela o curatela, que presenta evidentes divergencias con los principios e ideas subyacentes en la regulación de la discapacidad:

a) Es incapaz quien sufre una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí mismo (cfr. art. 200 CC), y persona con discapacidad quien sufre una deficiencia previsiblemente permanente que limite o impida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás [art. 2.a) del RDL 1/2013]. Cabe considerar que toda persona impedida para gobernarse a sí misma padece una discapacidad, pero no toda discapacidad supone incapacidad.

b) La incapacitación supone un cambio de estado civil; lo que no se da con la declaración de discapacidad.

c) El incapacitado sometido a tutela es sustituido por el tutor en cuanto a la realización de actos jurídicos, salvo los que pueda realizar por sí mismo conforme a la ley o la sentencia de incapacitación (arts. 267 CC y 760 LEC). Sin embargo, las normas relativas a las personas con discapacidad parten de un planteamiento completamente distinto, el de su integración social y reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida (cfr. art. 12.2 de la Convención de Nueva York)², así

² Vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho privado español», en *Capacidad jurídica y discapacidad. Un estudio de Derecho privado comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Disca-*

como su autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y su independencia [arts. 3.a) y 6 del RDL 1/2013].

Estas divergencias suscitaron dudas sobre la compatibilidad de la normativa sobre incapacitación con la Convención de Nueva York, lo que dio lugar a la STS de 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), en la que se declara que la cuestión fundamental que suscita la Convención de Nueva York consiste en integrar la protección debida con las situaciones de falta de capacidad para entender y querer, partiendo del hecho indiscutible de que la privación del ejercicio de todos o parte de los derechos que ostenta la persona en cuanto tal sólo puede ser admitida en cuanto que con ella se trata de protegerla, articulando un sistema adecuado a tal fin. De ahí que deba distinguirse entre titularidad de los derechos fundamentales —reconocida en todo caso— y ejercicio de los mismos. Este último podrá ser modelado según las diversas circunstancias o situaciones. Todas las personas, por el hecho de serlo, son titulares de derechos fundamentales al margen de su salud física o psíquica y sus derechos constitucionales les son reconocidos con independencia de las capacidades intelectivas de su titular. Cómo se articule su ejercicio es cuestión distinta y puede ofrecer diversas respuestas técnicas, todas ellas acordes con los valores y principios constitucionales y del Derecho internacional³.

Al hilo de esta sentencia, la Fiscalía General del Estado dictó la Instrucción 2/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, en la que se considera la curatela como la institución más acorde con el sistema de apoyo y asis-

pacidad, Cuaderno de Trabajo n.º 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009a, págs. 31 y ss.; CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2012, págs. 185 y ss.

³ Cfr. RUBIO TORRANO, E., «La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva York», *Aranzadi Civil*, n.º 9, 2009, págs. 2115 y ss.; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, 2009b, págs. 335 y ss.; «Sentencia de 29 de abril de 2009. Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España», *CCJC*, n.º 82, 2010, págs. 317 y ss.; «Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9713)», *CCJC*, n.º 92, 2013, págs. 351 y ss.

tencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Por su parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones en el sentido de lo declarado en la STS de 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901) en cuanto a la modificación de la capacidad y la Convención de Nueva York. Es el caso de la STS de 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), que es del Pleno, y las de 11 octubre 2012 (RJ 2012, 9731) y 24 junio 2013 (RJ 2013, 3948).

Se previó en su momento la aprobación de una ley para adecuar las normas sobre incapacitación a la Convención de Nueva York. Y así, la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, estableció que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la propia Ley 1/2009, remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

El Gobierno aprobó, con retraso, el Proyecto de Ley de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dio lugar a la Ley 26/2011, de 1 de agosto. Pero en esta Ley no se reformaron los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar —esto es, el vigente procedimiento de incapacitación—. Se limitó a reiterar la necesidad de la reforma en su Disposición Adicional Séptima: «El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen».

El caso es que esta previsión legislativa no ha tenido lugar, de manera que sigue habiendo personas que han obtenido declaración de discapacidad pero no han sido incapacitadas, aunque estén impedidas para gobernarse a sí mismas, porque quienes están legitimados para instar su incapacitación no lo han hecho, acaso por ignorancia, por

desidia o por considerar la incapacitación innecesaria y contraria a la mayor integración social del discapacitado⁴.

II. EL CASO DE LA STC 208/2013, DE 16 DE DICIEMBRE

1. La STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), resuelve — más de diez años después — un caso de intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen de una persona discapacitada no incapacitada.

El programa de Telecinco *Crónicas Marcianas* emitió el 16 de octubre de 2002 una entrevista a J. C. H. A. (en adelante, el entrevistado), persona con una minusvalía física y psíquica del 66 por 100 y una importante patología visual, consistente en estrabismo convergente izquierdo.

La entrevista tuvo lugar en la terraza de un hotel y, en ella, J. C. (en lo sucesivo, el periodista) formula reiteradas preguntas al entrevistado sobre si prefería el periodismo u obtener una determinada cantidad de dinero; mas la mayoría de las veces no le permite que complete la respuesta, interrumpiéndole con una respuesta o una nueva pregunta, en ocasiones contradictoria con la anterior. El entrevistado se confunde y se contradice, y acaba respondiendo únicamente «hombre, por supuesto». En otra parte de la entrevista el periodista le pregunta si es romántico y, a renglón seguido, si le gusta la mujer hecha y derecha, que no sea muy ancha de espaldas y que esté rasurada. El entrevistado se abruma y vuelve a contestar «hombre, por supuesto». Finalmente, el periodista pide al entrevistado que mire fijamente a la cámara y que explique al público lo que espera de una mujer. Éste se coloca de espaldas a la cámara y el periodista no le avisa de ello hasta que ya se ha despedido, entre las risas y jolgorio de los presentes.

La entrevista fue reseñada días después de haber sido emitida en la página web del programa, con la imagen del entrevistado con unas enormes gafas y una foto distorsionada junto a la leyenda «Periodista, soltero, ligón busca... J. tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta. Si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas. Pero si verdaderamente lo sigue pensando, agrádzcalo a J. C. [el periodista], y sobre todo no dude en permanecer alerta».

⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La discapacidad como espectáculo», *Aranzadi Civil Doctrinal*, 1/2010, pág. 26.

2. Estos hechos dieron lugar a que el entrevistado y sus padres demandaran al periodista, al director del programa y a la cadena televisiva que lo emitió, Telecinco, por intromisión ilegítima del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, solicitando una indemnización de 300.000 euros y la condena a la difusión de la sentencia en el mismo medio en que se produjo la intromisión ilegítima.

3. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arona (Santa Cruz de Tenerife) dictó sentencia el 27 de diciembre de 2010 (JUR 2010, 249199) en la que estimó la excepción de falta de legitimación activa de los padres del entrevistado y estimó asimismo parcialmente la demanda, condenando a los demandados, por intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen del entrevistado, a indemnizarle solidariamente con 15.000 euros y a la difusión de la sentencia en el mismo medio en el que se apreció la intromisión ilegítima.

4. Tanto los demandantes como los demandados recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia. La Audiencia, en sentencia de 1 de febrero de 2006 (JUR 2006, 128740), estima el recurso de los demandantes, en cuanto a la legitimación de los padres del entrevistado, y desestima el recurso de los demandados, confirmando la sentencia de primera instancia en relación con la cuantía de la indemnización por el daño moral sufrido por el entrevistado.

5. Los demandados recurren en casación. El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de enero de 2010 (RJ 2010, 157), estima el recurso de casación. El argumento esgrimido es que en el caso de autos existe un sujeto con una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constatado que fue voluntariamente entrevistado y filmado, por lo que no resultaron vulnerados su honor e imagen al haber consentido en la realización de la entrevista.

6. El Ministerio Fiscal interpuso frente a la anterior sentencia incidente de nulidad de actuaciones, que el Pleno del Tribunal Supremo rechaza por auto de 10 de enero de 2011 (RJ 2011, 427).

Este auto contiene un voto particular, formulado por la Excm. magistrada D.^a Encarnación Roca Trias, en el que se pronuncia a favor de la admisión del incidente.

7. Es de nuevo el Ministerio Fiscal quien recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, tanto la sentencia como el auto del Tribu-

nal Supremo, imputándoles la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen.

El Tribunal declara que la información sobre el entrevistado carecía, desde cualquier perspectiva, del interés y la relevancia pública necesarios para que estuviera cubierta por el ejercicio de las libertades de información y expresión. Entiende que la entrevista no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus evidentes signos de discapacidad física y psíquica. Asimismo, señala como elemento relevante que la discapacidad del entrevistado fuera apreciable a simple vista, y conecta los derechos fundamentales afectados con los principios rectores consagrados en la Constitución, en concreto con el art. 49 CE, que contiene un mandato de protección de las personas discapacitadas.

En cuanto al consentimiento del discapacitado, el Tribunal Constitucional comienza por señalar que en relación con la reproducción en la página web del programa de la fotografía del actor, acompañada de ciertos textos ridiculizadores, no consta consentimiento alguno, sin que pueda entenderse implícitamente concedido por haber accedido a realizar la entrevista, que es un acto distinto. Y centrando la cuestión en si puede entenderse otorgado el consentimiento por el propio afectado, cuando se trata de persona con discapacidad, declara el Tribunal que es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada del art. 49 CE, lo que relaciona con los arts. 1.3, 2.2 y 3.1 de la LO 1/1982. La valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido por el art. 3.1 de la LO 1/1982, como causa excluyente de ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad. El actor en instancia acudió voluntariamente al lugar de la entrevista, de donde la sentencia impugnada deduce que consintió libremente su realización. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho al honor y la propia imagen, puesta en relación con lo dispuesto en el art. 49 CE, lo anterior no es suficiente para considerar válido el consentimiento prestado. En primer lugar, porque el art. 2.2 de la LO 1/1982 exige que el consentimiento sea expreso, exigencia que, en un caso como el presente, debe ser de interpretación especialmente rigurosa, habida cuenta del mandato de tutela de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos consagrados en el título I de la Constitución, que se contiene en el art. 49. Por tanto, en este supuesto no basta con presumir

la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada, tal y como señala el voto particular emitido al auto de 10 de enero de 2011 (RJ 2011, 427), desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones. Además, existía un segundo aspecto ignorado por el órgano judicial en la resolución impugnada: la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa —como ha quedado probado en el proceso—, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en este caso se concretaría en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta. La exigencia de una doble garantía en los casos previstos en el art. 3.1 de la LO 1/1982 se explica por el carácter de los derechos que la Ley quiere proteger. En este sentido, es relevante también la naturaleza del programa en el que se iba a emitir la entrevista y el propio tono de la misma, un montaje burlesco elaborado al objeto del entretenimiento del público que perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la persona entrevistada, por lo que la exigencia de especiales garantías no es sino coherente con las circunstancias del caso. En defecto de tales garantías, la presencia voluntaria del entrevistado no puede equipararse a un consentimiento válido y eficaz.

III. EL OBJETO DEL DEBATE EN EL RECURSO DE AMPARO. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS DERECHOS AL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN

1. En el incidente de nulidad de actuaciones el Ministerio Fiscal alegó dos motivos de nulidad: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y vulneración del derecho a la integridad física y moral (arts. 15 CE y 15 y 17 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006). El Pleno del Tribunal Supremo, sin embargo, no argumenta en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; tampoco respecto de la vulneración del derecho a la integridad física y moral. Declara no

haber lugar a la pretensión de nulidad con base en que el objeto del proceso siempre había sido el derecho fundamental al honor, por lo que volver sobre lo mismo iría contra el principio de intangibilidad de la sentencia. Razona el Tribunal que admitir un incidente de nulidad fundado en argumentos del aludido fondo no sería otra cosa que un recurso más, lo que no cabe dentro de la previsión del art. 241 LOPJ, que no permite, al socaire de una alegación de nulidad, revisar el juicio de valoración que ha hecho la sentencia firme. El art. 241 LOPJ no crea un amparo constitucional atribuyendo su competencia al órgano jurisdiccional.

En el recurso de amparo el Ministerio Fiscal vuelve a alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y señala que el juez *a quo* no dio valor al hecho alegado por los demandados de que el actor había consentido someterse a la entrevista, porque aunque no estuviera judicialmente incapacitado, el consentimiento estaba viciado por las patologías mentales que padecía, que limitaban y condicionaban su voluntad y de las que la sentencia de instancia da cumplida cuenta con ocasión del resultado de la prueba pericial practicada. Frente a ésta, declara el fiscal que la sentencia del Tribunal Supremo se presenta en términos absolutamente formalistas y abiertamente contrarios a los datos fácticos acreditados en la instancia, vulnerándose de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este planteamiento da lugar a que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 208/2013, de 16 de diciembre, delimite el objeto del debate, declarando que la queja relativa al art. 24.1 CE no tiene sustantividad propia, siendo meramente tributaria de las quejas referidas al art. 18.1 CE. Así que centra el debate en la validez del consentimiento prestado por una persona discapacitada no declarada judicialmente incapaz para servir como elemento excluyente de las denunciadas lesiones de los derechos al honor y a la propia imagen.

2. Llama la atención que el Tribunal Constitucional considere que la queja relativa al derecho a la tutela judicial efectiva no tiene sustantividad propia, pues la sentencia del Tribunal Supremo resuelve el asunto prescindiendo de la valoración de la prueba de los juzgadores de instancia y sin que nadie haya impugnado tal valoración.

En efecto, la sentencia de primera instancia declara, en cuanto al derecho a la propia imagen del entrevistado, que aunque la entrevista se hizo en un lugar público, se proyectó en una cadena televisiva de ámbito nacional y en un programa de gran audiencia sin que constase que el consentimiento del entrevistado se hubiera prestado, como ma-

nifestaron los padres, no habiéndose firmado ningún documento al respecto.

Y en relación con el derecho al honor, considera el juzgador que son múltiples las expresiones verbales y gesticulares que denotan afectación a la dignidad del entrevistado. Se señala que aunque el entrevistado no esté declarado judicialmente incapacitado, tiene reconocida por la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias una minusvalía del 66 por 100, ratificada y explicada por el perito judicial; minusvalía que se aprecia de manera externa, con una claridad meridiana y patente. Entiende el juzgador que esta minusvalía, apreciable a simple vista, debió condicionar de manera importante el desarrollo y contenido de las preguntas que configuraban la entrevista. No se trata tanto de qué se pregunta como de cómo y en qué circunstancias. A mayor abundamiento, se hace referencia a los comentarios incluidos en la página web del programa, en los que se aprecia una clara ridiculización del entrevistado.

Finalmente, la sentencia de primera instancia rechaza el argumento de que el entrevistado consintió en someterse a la entrevista. Considera que ese consentimiento, aun emitido por una persona judicialmente capacitada —en realidad, una persona no judicialmente incapacitada—, se encuentra viciado por los padecimientos mentales del entrevistado, que limitan y condicionan su voluntad. Según el perito, no posee capacidad para saber cuál es la trascendencia y relevancia de los hechos y las expresiones que pronuncia, ni puede ser consciente de las consecuencias de sus actos, máxime cuando se constata que el entrevistado iba a entrevistar al periodista, siendo finalmente él el entrevistado, sin ser consciente de ello.

En apelación, los demandados cuestionan, en primer lugar, la declaración de falta de consentimiento del entrevistado. La Audiencia reproduce las consideraciones del perito judicial sobre su minusvalía, «ratificada y explicada por el perito judicial y que conforman los exámenes psicológicos realizados en el expediente para reconocimiento de minusvalía que obra en la Consejería de Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, describiéndolo como una persona que tiene una capacidad mental límite, pérdida de memoria, mala atención y concentración, mala adaptación a las situaciones sociales, manteniendo una vida social limitada al entorno familiar. En resumen, según el perito, el actor padece un trastorno orgánico de personalidad, que se caracteriza por los siguientes rasgos: alteraciones emocionales caracterizadas por labilidad emocional, simpatía superficial e injustificada y cambios rápidos hacia la irritabilidad o hacia manifestaciones súbitas de ira, ex-

presiones de necesidades e impulsos que tienden a presentarse sin tomar en consideración sus consecuencias o molestias sociales, trastornos cognoscitivos en forma de suspicacia o ideas paranoides o preocupación excesiva por un único tema, marcada alteración en el ritmo y flujo del lenguaje con rasgos tales como circunstancialidad, pegajosidad e hipergrafía». Se señala asimismo que estas características son apreciables «con una claridad meridiana y patente, es decir, a simple vista y por cualquier persona, aunque sea profana», lo que debió motivar al entrevistador «a solicitar, si ya no el consentimiento por escrito, sí al menos el parecer de los padres o familiares del entrevistado, a la vista de lo cual podía suplir las deficiencias que notoriamente se hacían evidentes para determinar si el entrevistado estaba capacitado o no para dar un consentimiento expreso. Pero nada de ello hizo, por lo que debe concluirse que no existe en el presente caso el consentimiento expreso que requiere la Ley».

En segundo lugar, cuestionan los demandados que se vulnerara el derecho al honor y a la propia imagen del entrevistado. Entiende la Audiencia que resulta patente que el entrevistado lo fue por ser minusválido psíquico y físico, y con la única finalidad de poner de manifiesto tales defectos para ridiculizarlo, como se evidencia del desarrollo de la entrevista y de la página web, por mucho que se pretenda disfrazarlo de un tono de humor, distensión y jocosidad.

Pues bien, pese a que la sentencia recurrida en casación declara, como cuestión de hecho, que no hubo consentimiento expreso, el Tribunal Supremo parte de la premisa contraria: «En el caso de autos, recoge expresamente la sentencia de primera instancia y se deduce —no lo declara como hecho probado— que no hubo consentimiento, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume su capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y los datos fácticos del procedimiento no permiten negar las condiciones precisas, para apreciar que existió consentimiento para emitir por televisión la entrevista objeto de debate».

El Tribunal Supremo califica como deducción lo que tanto la sentencia de primera instancia como la recurrida declaran como hecho, que no hubo consentimiento expreso, pues no es válido el prestado por quien padece la discapacidad descrita por el perito y reconocida por la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias.

Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que la determinación de la capacidad necesaria para emitir una concreta declaración de voluntad es una cuestión de hecho sometida al tribunal de instancia y no re-

visible en casación⁵; y que la prueba pericial ha de ser valorada por el juzgador según las reglas de la sana crítica, sin que se permita su impugnación casacional a menos que la valoración sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica⁶.

El Tribunal Supremo vulnera su propia doctrina sobre la determinación de los hechos probados conforme al tribunal de instancia y la valoración de la prueba, y se acoge a la presunción de capacidad de quien sea mayor de edad y no haya sido incapacitado. Las sentencias de instancia parten del hecho de la discapacidad física y psíquica del actor, declarado por la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias y por el perito, pero el Tribunal Supremo prescinde de tales elementos probatorios y estima el recurso de casación con base en una presunción que es unánimemente considerada *iuris tantum*⁷. Acaso el Tribunal Constitucional debiera haber entrado a decidir si esta alteración de la base fáctica suponía vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

IV. INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS AL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN Y CONTEXTO EN QUE SE PRODUCE

1. El Tribunal Supremo, a efectos de estimar el recurso de casación, argumenta con base en el contexto en que se emitió la entrevista realizada al actor. Declara que a la presunción de capacidad ha de unirse «el contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria», y que «si bien resulta poco ético [*sic*] la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es improbable desde el ámbito estrictamen-

⁵ Cfr. SSTS de 26 abril 1995 (RJ 1995, 3256), 24 julio 1995 (RJ 1995, 5603), 19 mayo 1998 (RJ 1998, 3376), 19 septiembre 1998 (RJ 1998, 6399), 29 marzo 2004 (RJ 2004, 2310), 31 marzo 2004 (RJ 2004, 1717), 10 noviembre 2005 (RJ 2005, 7725) y 14 febrero 2006 (RJ 2006, 887), entre otras.

⁶ Cfr. SSTS de 13 febrero 1990 (RJ 1990, 683), 29 enero 1991 (RJ 1991, 345), 10 marzo 1994 (RJ 1994, 1735), 11 octubre 1994 (RJ 1994, 7478), 20 febrero 1995 (RJ 1995, 886), 10 diciembre 1996 (RJ 1996, 8967), 20 noviembre 2002 (RJ 2002, 10266), 1 marzo 2004 (RJ 2004, 802), 18 marzo 2004 (RJ 2004, 1904), 21 junio 2004 (RJ 2004, 4535), 16 abril 2007 (RJ 2007, 3552) y 13 mayo 2008 (RJ 2008, 3062), entre otras muchas; CASTILLA BAREA, M., «Sentencia de 19 de enero de 2010. Derecho al honor y a la propia imagen. Intromisión legitimada por el consentimiento del titular, cuya capacidad debe presumirse pese a su importante discapacidad psíquica», *CCJC*, n.º 85, 2011, págs. 100 y ss.

⁷ Cfr. SSTS de 15 febrero 2001 (RJ 2001, 2051), 19 noviembre 2004 (RJ 2004, 6910), 10 noviembre 2005 (RJ 2005, 7725) y 14 febrero 2006 (RJ 2006, 887).

te jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima».

2. Sin embargo, el Tribunal Constitucional llega a una conclusión distinta partiendo del mismo dato, esto es, de que el programa de emisión de la entrevista era de entretenimiento. Declara que la actividad del programa con el entrevistado «carece, desde cualquier perspectiva, del interés público y la relevancia pública necesaria para que esté cubierta por el ejercicio de esa libertad por profesionales de la información y, muy al contrario, resulta una clara intromisión y abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Y es que, en efecto, la entrevista realizada por don J. C. al señor H., posteriormente emitida en el referido programa, y reflejada también en su página web, no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad física y psíquica, *animus iocandi*, que fue advertido tanto en la Sentencia de primera instancia como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo».

En efecto. Puesto que se trataba de un programa de entretenimiento, ¿qué otra razón existía para integrar la entrevista de una persona con discapacidad en el espectáculo televisivo? No parece haber otra que la de transformar a esa persona en espectáculo con base en su discapacidad, lo que no puede ser sino un atentado a su dignidad⁸. El entrevistado no era persona conocida ni que se hubiera visto implicada en algún suceso o acontecimiento relevante, por lo que no tenía otra cosa que ofrecer que la extravagancia de sus discapacidades⁹.

V. EL CONSENTIMIENTO EN LA LO 1/1982 Y LA SITUACIÓN DE LOS INCAPACES NO INCAPACITADOS

1. La defensa de los demandados recurrió desde el primer momento al argumento de que el actor había consentido la entrevista, a la que

⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La discapacidad como espectáculo», cit., pág. 27.

⁹ Cfr. CABEZUELO ARENAS, A. L., «Controversias suscitadas por el consentimiento de discapacitados psíquicos no incapacitados en la LO 1/1982: cuando lo censurable desde la ética no es reprochable para el Derecho», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 24, 2010, pág. 180.

asistió voluntariamente, por lo que no había vulneración de los derechos fundamentales al honor, la intimidad o la propia imagen, ya que en el art. 2.2 de la LO 1/1982 se establece que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

2. En relación con los menores e incapaces, el art. 3 de la LO 1/1982 dispone que deberá prestarse el consentimiento por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.

Sin embargo, la referencia de este precepto a los incapaces, que no a los incapacitados, no cabe entenderla en sentido amplio, comprensivo también de los incapaces naturales no incapacitados, pues se menciona en relación con ellos a sus representantes legales, que sólo existen en caso de incapacitación judicial, pues no lo son su padres como guardadores de hecho¹⁰.

¿Qué pasa entonces con los incapaces no judicialmente incapacitados?¹¹.

3. El primer problema que se plantea respecto de éstos es de carácter procesal y se dio en el caso que nos ocupa, aunque no llegó más allá de la instancia. Es el problema de la legitimación de los padres, que se alegó como excepción y fue estimada en primera instancia. Al

¹⁰ Señala CASTILLA BAREA, M., «Sentencia de 19 de enero de 2010...», cit., pág. 112, que en modo alguno el consentimiento del discapacitado hubiera sido válido de haberse respaldado por el de sus padres, como sugiere la sentencia de la Audiencia Provincial; a lo sumo, podría haber enervado su reclamación, sobre la base de resultar contraria a sus propios actos, y aun así con dudas, siendo como es la capacidad de las personas una materia de orden público.

¹¹ CASAS VALLÉS, R., «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación (Nota a una sentencia de la AT de Barcelona de 19 de julio de 1988)», *Revista del Poder Judicial*, n.º 14, 1989, págs. 3-4 (versión digital), critica con acierto la regulación del consentimiento en la LO 1/1982. Se pregunta si no tendría que estar sometido el consentimiento sobre la propia imagen a límites semejantes o aun más estrictos que el de la cesión de los derechos de explotación de la obra por su autor. ¿Acaso ha de tener más protección el autor de la fotografía que la persona retratada? En general —afirma—, la regulación del consentimiento en la LO 1/1982 es muy defectuosa. Oscila entre todo y nada, sin prestar atención alguna a circunstancias tan importantes como la posible existencia de contrato y la naturaleza onerosa o gratuita de éste.

no estar el actor incapacitado y ser mayor de edad, sus padres no ostentaban su representación legal. En consecuencia, no estaban legitimados para actuar como codemandantes, por no ser titulares de la relación jurídica u objeto del litigio (cfr. art. 10 LEC).

La Audiencia, sin embargo, considera que la presencia en el pleito de los padres del entrevistado fue *ad cautelam*, por lo que no se les debe imponer las costas. Se declara que «ante las dudas fundadas que podían plantearse en el proceso acerca de la capacidad del demandante [...], según aparecían en los hechos expositivos de la demanda y en la documentación acompañada a la misma (cuestión sobre la que este tribunal tiene serias dudas), la intervención de los padres [...] en el proceso en calidad de codemandantes *ad cautelam* debe reputarse acertada y necesaria, toda vez que el art. 9 LEC establece que la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso y, especialmente, en la audiencia previa al juicio, como establece el art. 416.1.1.^a de la misma».

La Audiencia desliza además una frase —«cuestión [la de la capacidad del demandante] sobre la que este tribunal tiene serias dudas»— que pone de manifiesto las dificultades que plantea el hecho de que el demandante no esté incapacitado. ¿Cabe considerar que el demandante no tiene suficiente capacidad como para consentir la realización de una entrevista, pero sí para demandar por intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la propia imagen? ¿Tiene capacidad procesal quien no tiene capacidad para consentir?

4. En las resoluciones de primera y segunda instancia se opta por una solución a la cuestión del consentimiento del incapaz no incapacitado que podríamos calificar de clásica: no habrá consentimiento válido si se prueba que en el momento en que se emitió la declaración de voluntad carecía el sujeto de capacidad natural para querer y entender¹². Como señala el voto particular formulado al ATS de 10 de enero de 2011 (RJ 2011, 427), «la validez de los negocios jurídicos concluidos por una persona que no tiene capacidad de entender y querer las consecuencias de sus actos a pesar de no estar incapacitada, puede ser atacada demostrando la concurrencia de circunstancias que implican la falta de capacidad natural de entender y querer».

El Tribunal Supremo también mantiene esta posición, sólo que, por razones que se me escapan, en lugar de considerar probado, como hace

¹² Cfr. SSTs de 28 junio 1990 (RJ 1990, 4942), 19 febrero 1996 (RJ 1996, 1413), 19 noviembre 2004 (RJ 2004, 6910) y 10 noviembre 2005 (RJ 2005, 7725).

la sentencia recurrida, que no hubo consentimiento válido, aplica la presunción de capacidad de todo aquel que no haya sido incapacitado (art. 322 CC), como si la incapacitación fuera el único mecanismo de destrucción de tal presunción¹³.

5. Otra solución respecto del consentimiento de los incapaces no incapacitados en relación con los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen puede venir dada por asimilarlos a los menores. Se ha señalado que un discapacitado mental necesitaría, en principio, una protección similar a la de los menores y que cabe preguntarse sobre la razón de la diferencia de protección dispensada a menores y discapacitados mentales, pues ambos supuestos son comparables. El art. 3.1 de la LO 1/1982 habla tanto de menores como de incapaces, que lógicamente quedan equiparados a la hora de proteger su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, puesto que ambos se encuentran en situación similar, la de no poder gobernarse por sí mismos¹⁴.

6. El voto particular formulado al ATS de 10 de enero de 2011 (RJ 2011, 427) hace hincapié en que el consentimiento exigido por la LO 1/1982, que constituye un hecho impeditivo de la lesión, ha de ser expreso, y no consta que así fuera prestado: «Ni existe un consentimiento escrito del propio interesado, ni los realizadores requirieron el de sus padres a la vista de la situación. Es cierto que esta Sala no ha exigido en todos los casos que el consentimiento conste por escrito, pero éste deber ser expreso, y expreso es lo contrario de tácito, que es lo que la sentencia objeto del incidente afirma al decir que la voluntad debe presumirse».

Ciertamente, el Tribunal Supremo no ha considerado que el consentimiento expreso del art. 2.2 de la LO 1/1982 deba prestarse por escrito. Así resulta del silencio legal y de la previsión en sentido contrario para el caso de menores o incapaces carentes de madurez para consentir por sí mismos¹⁵.

¹³ Cfr. CASTILLA BAREA, M., «Sentencia de 19 de enero de 2010...», cit., págs. 102 y ss., quien considera este planteamiento inaceptable y cita al respecto las SSTs de 15 febrero 2001 (RJ 2001, 2051), 19 noviembre 2004 (RJ 2004, 6910), 10 noviembre 2005 (RJ 2005, 7725) y 14 febrero 2006 (RJ 2006, 887).

¹⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La discapacidad como espectáculo», cit., pág. 22. En el mismo sentido, CABEZUELO ARENAS, A. L., «Controversias suscitadas por el consentimiento de discapacitados...», cit., pág. 175.

¹⁵ CASAS VALLÉS, R., «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación...», cit., pág. 3. Lo señala, asimismo, la STS de 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 10274), en relación con la publicación por un semanario, sin consentimiento de la actora, de dos re-

Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha excluido un consentimiento tácito, esto es, el que pueda deducirse de conductas o actos inequívocos. El que posa ante las cámaras que retransmiten un acto social está consintiendo su grabación y emisión; lo mismo que el que acude a un plató de televisión y se somete a las preguntas del entrevistador. El carácter expreso del consentimiento significa que ha de ser inequívoco¹⁶. Lo que el legislador quiere excluir es que quepa un consentimiento presunto o basado en conjeturas. Quien ha injerido en la esfera protegida por los derechos regulados en la LO 1/1982 es quien ha de probar el consentimiento del afectado, y no al contrario, conforme al principio de facilidad probatoria (cfr. art. 217.7 LEC)¹⁷.

En el sentido de lo que se acaba de señalar —que no basta el consentimiento presunto— cabe citar las SSTs de 22 febrero 2006 (RJ 2006, 830) y 11 marzo 2009 (RJ 2009, 1638).

En la primera de ellas, una revista, su director, su representante legal y un periodista fueron demandados por vulneración del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de un grupo de personas. En la instancia se desestima la demanda. Algunos de los demandantes recurren en casación y alegan que se ha vulnerado su derecho a la imagen, porque la Audiencia consideró que no lo lesionaba la publicación de unas fotografías posando, lo que indica, según la sentencia, que existió un consentimiento para la obtención de las fotografías. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación. Tras exponer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la propia imagen, manifiesta lo siguiente:

«Resulta evidente que la sentencia de la Audiencia ahora recurrida incurrió en la vulneración del derecho fundamental que alegan los recurrentes, puesto que fundó su resolución contraria

portajes fotográficos. El semanario alegó en casación, respecto del primero de ellos, el consentimiento tácito de la demandante. El Tribunal Supremo desestima el motivo y declara lo siguiente: «Si bien el consentimiento exigido por el art. 2.2 de la Ley [Orgánica] 1/1982 no es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas [STS de 25 enero 2002 (RJ 2002, 31)], no se da ninguna de estas circunstancias en el caso litigioso. [...] El hecho de que la actora haya tardado tres años en reaccionar contra el reportaje del núm. 829 no es un acto de inequívoca significación, pues lo hace dentro del plazo legal de cuatro años, y antes de ese ejercicio no existe un acto abdicativo de la acción».

¹⁶ Cfr. CASAS VALLÉS, R., «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación...», cit., pág. 3; CABEZUELO ARENAS, A. L., «Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2014, BIB 2014\659, pág. 6.

¹⁷ CASTILLA BAREA, M., «Sentencia de 19 de enero de 2010...», cit., págs. 113-114.

a la protección pedida en que se publicaron fotografías “tanto individuales como de grupo” de personas “posando”, lo que significa que estas fotografías no fueron tomadas sin el consentimiento de las personas retratadas, sino con su anuencia, a la vez que presume que quien las tomó podía publicarlas, porque sobre el extremo del consentimiento “no hay la más mínima prueba”.

Lo anterior vulnera el artículo 2.2 de la LO 1/1982, que exige el consentimiento expreso del titular del derecho para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima en el derecho fundamental que se denuncia como violado. Precisamente la falta de prueba sobre la existencia o no del consentimiento hubiera debido llevar a la Audiencia a la conclusión de que éste no concurrió, ya que el consentimiento presunto no elimina la intromisión; además, este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión, según se desprende de los artículos 2.2 y 8.1 LO 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, según lo dispuesto en el artículo 1.3 LO 1/1982».

Por su parte, la STS de 11 marzo 2009 (RJ 2009, 1638) tuvo que ver con la publicación por un semanario de dos reportajes fotográficos de una conocida modelo con su hija, menor de edad. En el primero las fotografías fueron tomadas en una playa; en el segundo, en el jardín del domicilio familiar, con teleobjetivo. En la instancia se condena al semanario por vulneración del derecho a la intimidad y a la imagen tanto de la madre como de la hija. Recurre en casación y alega, entre otros motivos, la doctrina de los actos propios, por la actitud anterior de los padres de dar a conocer a su hija en varias publicaciones y entrevistas, considerando que de los actos de los padres se puede deducir la inexistencia del ámbito reservado que se trata de proteger, pues ellos mismos han fomentado el interés por la menor. El Tribunal Supremo desestima el motivo: «Respecto al derecho de la madre, esta doctrina no puede tenerse en consideración, por realizarse el inconsentido reportaje en su domicilio. A su vez, respecto de la menor, tampoco puede aplicarse la doctrina de los actos propios invocada, no sólo por el ámbito privado en el que se captan las imágenes sino también porque el consentimiento de los padres para la utilización de la imagen del menor ha de ser expreso, no deducido de actos anteriores, aunque incluso, como se dijo anteriormente, en supuestos de fotografías de menores, aun existiendo consentimiento, podría haber intromisión ilegítima».

Partiendo de estas consideraciones, el Tribunal Supremo no debería haber estimado el recurso de casación con base en la presunción general de capacidad de las personas que no hayan sido incapacitadas, pues tal presunción no vale frente a la exigencia de que el consentimiento prestado por el titular de los derechos fundamentales al honor y la propia imagen sea expreso.

7. El Tribunal Constitucional también incide en la cuestión del consentimiento. Entiende que acudir voluntariamente a la entrevista no es suficiente como para considerar válidamente prestado el consentimiento, relacionando el derecho al honor y a la propia imagen con la especial protección de los discapacitados a que se refiere el art. 49 CE, e insiste en que el consentimiento, a estos efectos, ha de ser expreso, conforme a lo previsto en el art. 2.2 LO 1/1982. No basta —dice— con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada. Finalmente, añade una garantía adicional que el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta, la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de éste.

Esta garantía adicional se corresponde con la doctrina del mismo Tribunal Supremo que éste no aplicó en el caso del que estamos tratando, la de que el consentimiento prestado a efectos de excluir la ilicitud de la intromisión esté plenamente determinado. En este sentido cabe citar las siguientes sentencias:

a) STS de 3 noviembre 1988 (RJ 1988, 8408). La actora, que no ejerce cargo público ni profesión de notoriedad, posa para unas fotografías que los demandados publican. La actora demanda por daño moral y el cese de la difusión de las fotografías. En la instancia se estima la demanda. Recurren en casación los demandados alegando el consentimiento de la actora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación con base en que la actora consintió ser fotografiada, pero no para que se publicaran las fotografías, «para lo que preciso se hace, contar con su expreso y concreto consentimiento, el que no cabe entender, aun llevando más allá aquella vía presuntiva, concedido de modo implícito dados los términos en los que aparece redactado el apartado 2 del artículo 2.º de la Ley de 5 de mayo de 1982».

b) STS de 18 octubre 1994 (RJ 1994, 7724). La actora consiente ser fotografiada para una campaña publicitaria de un juego educativo.

El fotógrafo cede más tarde una de las fotografías a un empresa que, a su vez, la cede a otra para un anuncio de una “casa de relax”. La demanda, interpuesta contra el fotógrafo, las sociedades cesionarias de la fotografía y los que la utilizaron para la campaña publicitaria, es parcialmente estimada. Uno de los condenados recurre en casación y alega que cedió los derechos de reproducción de la fotografía pero con la salvedad de que no supusiera lesión a los derechos constitucionales de la persona fotografiada. El Tribunal Supremo rechaza el motivo de casación, sobre la base de que la actora sólo consintió la cesión de su imagen para una campaña publicitaria, y no para fines distintos.

c) STS de 18 julio 1998 (RJ 1998, 6278). El actor, médico de profesión, fue fotografiado en su despacho pasando consulta. Tal fotografía fue publicada en un medio de comunicación con un pie de foto que decía: «Los profesionales de la salud tiene el mismo derecho que los pacientes a mantener en privado su enfermedad, según la Comisión Nacional». Interpone demanda contra la publicación y su director por intromisión ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En primera instancia la demanda es desestimada. En apelación se estima la intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen. En casación se alega que el demandante había posado y, por tanto, había dado su autorización expresa para su publicación, sin que dicha autorización fuera revocada con posterioridad. El Tribunal Supremo declara que la captación de la imagen fue legítima y legal el acceso al periódico en que fue inicialmente publicada, «pero no es menos indudable que el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía cuestionada, y en este aspecto, es de tener en cuenta que el precitado apartado 2 [del art. 2 de la LO 1/1982] exige “consentimiento expreso”».

d) STS de 24 abril 2000 (RJ 2000, 2673). Con ocasión de la boda de doña Leonor B., a la que asistió su hermana, Lydia, conocida actriz, una revista publicó un reportaje fotográfico en el que aparecían fotografías obtenidas por un profesional en las que posaban ambas hermanas, tanto en el domicilio de los padres como en la iglesia donde se contrajo el matrimonio. Las hermanas formulan demanda de protección de su derecho a la intimidad y a la propia imagen. En primera instancia se estima la demanda. En apelación se desestima. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación: «La obtención de las fotografías fue voluntariamente no ya aceptado sino encargado al estudio fotográfico; pero no hubo consentimiento expreso para su publicación en una revista, ni de ningún modo puede deducirse del hecho

de tratarse de una boda con asistencia de invitados. Ciertamente, la demandante doña Lydia, conocida públicamente como Lydia B., es persona de proyección pública, pero no así la codemandante, su hermana doña Leonor, que ni siquiera se ha planteado que lo fuera. También es cierto que una iglesia, lugar de culto, es lugar abierto al público, pero el domicilio de los padres de las demandantes en ningún caso puede tenerse como lugar público».

e) STS de 24 diciembre 2003 (RJ 2004, 138). El actor autorizó la utilización de su fotografía para ilustrar una campaña publicitaria sobre los locales de moda en Pozuelo de Alarcón. Posteriormente, su imagen fue utilizada en un reportaje periodístico sobre juventud, drogas sintéticas, alcohol y velocidad en la conducción de vehículos a motor. La demanda sobre vulneración del derecho al honor y a la propia imagen es estimada parcialmente. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. Con cita de la STS de 24 abril 2000 (RJ 2000, 2673), mantiene que «el consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social». Asimismo, declara que no se ha infringido por aplicación incorrecta el número 5.º del art. 7 de la LO 1/1982, «pues el referido precepto no autoriza a que el consentimiento otorgado para la captación fotográfica se extienda y englobe también su reproducción y publicación en un diario, como ha tenido lugar, ya que el artículo especifica y comprende los conceptos de captación, reproducción y publicación, con significado y alcance autónomo y no semejante, aunque exista relación entre ellos, lo que determina que si se presta consentimiento para la captación, éste no resulta extensivo para la publicación que requiere también autorización expresa con información del medio, destino y finalidad de la misma, consentimiento que, conforme a lo que queda estudiado, no ha concurrido».

f) STS de 17 junio 2004 (RJ 2004, 3628). Se recurre en casación la sentencia por la que se condena a un semanario por publicar la fotografía de la actora desnuda que había sido obtenida con su consentimiento por un médico en relación con una actividad sanitaria. Se alega que la publicación había ocultado parcialmente el rostro de la actora, por lo que no era posible identificarla. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, sobre la base de que en su entorno geográfico la actora era identificable por su anatomía y otros elementos. Señala el Tribunal Supremo, *obiter*, que no hubo consentimiento de la actora para la publicación de la fotografía, aunque lo hubiera para su captación.

g) STS de 9 julio 2004 (RJ 2004, 4664). La sentencia de primera instancia, estimando la demanda, condenó a la empresa editora deman-

dada a indemnizar al actor por intromisión ilegítima en el derecho fundamental a su propia imagen al haberse publicado en la revista editada por ella una fotografía del interior de un local donde, al fondo de la barra, podía verse al demandante, fotografía que, junto con otras en las que no aparecían personas identificables, ilustraba un reportaje de cuatro páginas titulado «Prostitución/Temor a la trata de blancas», «El Gobierno prepara una Ley para despenalizar la figura del proxeneta». Interpuesto recurso de apelación por la demandada, el tribunal de segunda instancia lo estimó solamente en parte para reducir el importe de la indemnización, y contra la sentencia de apelación recurre en casación la misma demandada-apelante. Alega, como motivo segundo y último del recurso, la exención de toda responsabilidad de la demandada-recurrente por proceder la fotografía de una agencia y ser presumible entonces el consentimiento del afectado tanto para su captación como para su difusión. El Tribunal Supremo desestima el recurso: «Semejante planteamiento es inacogible porque, además de haberse razonado ya que puede ser ilícita por sí misma la publicación de una fotografía aun tomada con el consentimiento del afectado, es evidente la responsabilidad propia y autónoma de los medios tanto gráficos como audiovisuales al difundir imágenes captadas por sus propios colaboradores o empleados o adquiridas a otros, sean agencias, profesionales libres e incluso particulares. [...] de aceptarse la tesis que se propone en este motivo quedarían totalmente exentas de responsabilidad las cadenas de televisión que hoy dedican cada vez más tiempo de su programación a difundir imágenes de personas más o menos famosas captadas por agencias o profesionales libres y que no pocas veces son las mismas en todas las cadenas, sin que ello pueda suponer el desplazamiento de la responsabilidad del medio que publica las imágenes a la agencia que se las cedió ni a la persona que las tomó o grabó, pues la experiencia demuestra que cada cadena de televisión, a la hora de editar y emitir las imágenes adquiridas, adopta las decisiones que considera más oportunas en orden a la mayor o menor identificabilidad de cada persona afectada».

h) STS de 22 febrero 2006 (RJ 2006, 830). Una revista, su director, su representante legal y un periodista son demandados por vulneración del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de un grupo de personas. En la instancia se desestima la demanda. Algunos de los demandantes recurren en casación y alegan que se ha vulnerado su derecho a la imagen, porque la Audiencia consideró que no lo lesionaba la publicación de unas fotografías posando, lo que indica, según la sentencia, que existió un consentimiento para la obtención de las foto-

grafías. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación. Tras exponer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la propia imagen, manifiesta lo siguiente: «Resulta evidente que la sentencia de la Audiencia ahora recurrida incurrió en la vulneración del derecho fundamental que alegan los recurrentes, puesto que fundó su resolución contraria a la protección pedida en que se publicaron fotografías “tanto individuales como de grupo” de personas “posando”, lo que significa que estas fotografías no fueron tomadas sin el consentimiento de las personas retratadas, sino con su anuencia, a la vez que presume que quien las tomó podía publicarlas, porque sobre el extremo del consentimiento “no hay la más mínima prueba”. Lo anterior vulnera el artículo 2.2 de la LO 1/1982, que exige el consentimiento expreso del titular del derecho para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima en el derecho fundamental que se denuncia como violado. Precisamente la falta de prueba sobre la existencia o no del consentimiento hubiera debido llevar a la Audiencia a la conclusión de que éste no concurrió, ya que el consentimiento presunto no elimina la intromisión; además, este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión, según se desprende de los artículos 2.2 y 8.1 LO 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, según lo dispuesto en el artículo 1.3 LO 1/1982».

i) STS de 3 diciembre 2008 (RJ 2008, 6942). La actora consintió la captación de su imagen para promocionar en un periódico local el establecimiento «Café Casino», pero esa imagen fue finalmente destinada, sin su consentimiento, a la promoción del Plan de Excelencia Turística de la ciudad de Santiago de Compostela, apareciendo su imagen en carteles publicitarios y en folletos informativos que fueron distribuidos a los vecinos de la ciudad. Demanda a todas las entidades y organismos que en la publicidad figuraban como patrocinadores. En primera instancia se desestima la demanda, con base en haber consentido la actora la captación de su imagen. En apelación la Audiencia estima parcialmente la demanda, declarando la existencia de una intromisión ilegítima por la utilización de su imagen sin su consentimiento para fines publicitarios distintos de los que inicialmente fueron consentidos. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto: «La falta de información sobre el alcance mismo de que iba a gozar la difusión de la imagen captada atañe al núcleo esencial del derecho fundamental, en la misma línea que han sentado otras Sentencias de esta Sala, así las de 10 de octubre de 1994 [*rectius*, 18 octubre 1994 (RJ 1994, 7724)] y 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995,

9603), que resuelven supuestos en que medió asenso inicial para fotografiar la imagen pero no así para su reproducción y publicación, en consonancia con las dictadas por el Tribunal Constitucional 156/2001 (RTC 2001, 156) y 14/2003 (RTC 2003, 14), y más concretamente, la de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2673), que declara que “el consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social”, y la de 18 de julio de 1998 (RJ 1998, 627), que señala que “no es menos indudable que el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía cuestionada”, ambas citadas en la de 24 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 138)».

Como señala la STS de 22 febrero 2006 (RJ 2006, 830) y resulta de las demás citadas, el consentimiento no puede ser general, sino que ha de referirse a cada concreto acto de intromisión, según resulta de los arts. 2.2 y 8.1 LO 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Una cosa es la existencia del consentimiento y otra su alcance en cuanto a destinatarios, objeto y duración; y la interpretación ha de ser restrictiva en cuanto a ese alcance, como resulta del mismo art. 2.2 LO 1/1982, que exige consentimiento otorgado «al efecto»¹⁸.

El Tribunal Supremo hubiera podido aplicar su propia doctrina al caso, pues en ningún momento alegan los demandados que solicitaran consentimiento para la emisión de la entrevista; y mucho menos para la inclusión de la imagen distorsionada del entrevistado en la página web del programa. Tampoco parece que se le informara sobre el ámbito en que iba a utilizarse la entrevista¹⁹. Si a ello añadimos la discapacidad del entrevistado, con mayor motivo resulta acertada la STC 208/

¹⁸ CASAS VALLÉS, R., «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación...», cit., pág. 3, quien compara el consentimiento sobre la propia imagen con los requisitos para la cesión de los derechos de explotación de la obra en la Ley de Propiedad Intelectual y considera que el de la LO 1/1982 ha de ser limitado en el tiempo, con un destinatario determinado y un objeto perfectamente definido, de manera que en otro caso debería reputarse nulo. Cfr. asimismo VERDA BEAMONTE, J. R. de, «El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión», en J. R. DE VERDA BEAMONTE (coord.), *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*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 241, para quien el carácter expreso del consentimiento no se refiere tanto a la forma de prestarlo como a cada uno de los posibles usos de la imagen (captación, reproducción o publicación), los que deberán ser expresamente autorizados.

¹⁹ CASTILLA BAREA, M., «Sentencia de 19 de enero de 2010...», cit., págs. 114-115.

2013, que interpreta la LO 1/1982 a la luz de los principios de dignidad y protección de los discapacitados²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010): «La discapacidad como espectáculo», *Aranzadi Civil Doctrinal*, 1/2010, págs. 19 y ss.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (2010): «Controversias suscitadas por el consentimiento de discapacitados psíquicos no incapacitados en la LO 1/1982: cuando lo censurable desde la ética no es reprochable para el Derecho», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 24, págs. 163 y ss.
- (2014): «Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, BIB 2014\659.
- CASAS VALLÉS, R. (1989): «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación (Nota a una sentencia de la AT de Barcelona de 19 de julio de 1988)», *Revista del Poder Judicial*, n.º 14.
- CASTILLA BAREA, M. (2011): «Sentencia de 19 de enero de 2010. Derecho al honor y a la propia imagen. Intromisión legitimada por el consentimiento del titular, cuya capacidad debe presumirse pese a su importante discapacidad psíquica», *CCJC*, n.º 85, págs. 91 y ss.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2012): *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid).
- MARTÍNEZ DÍE, R. (1999): «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 22.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009a): «La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho privado español», en *Capacidad jurídica y discapacidad. Un estudio de Derecho privado comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo n.º 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, págs. 31 y ss.
- (2009b): «La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, págs. 335 y ss.
- (2010): «Sentencia de 29 de abril de 2009. Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España», *CCJC*, n.º 82, págs. 317 y ss.
- (2013): «Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9713)», *CCJC*, n.º 92, págs. 351 y ss.

²⁰ CABEZUELO ARENAS, A. L., «Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen...», cit., pág. 3.

- RUBIO TORRANO, E. (2009): «La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva York», *Aranzadi Civil*, n.º 9, págs. 2115 y ss.
- VERDA BEAMONTE, J. R. de (2007): «El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión», en J. R. DE VERDA BEAMONTE (coord.), *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*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 239 y ss.

