

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO BOLIVIANO

THE RIGHT TO OWN IMAGE IN THE BOLIVIAN LEGAL SYSTEM

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 30-49



Orlando
PARADA
VACA

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: En el trabajo se expone la regulación del derecho a la propia imagen en Bolivia, proponiéndose una enumeración de conductas constitutivas de intromisiones ilegítimas en la misma, analizándose, tanto la tutela inhibitoria como la resarcitoria de los daños causados por ellas, incluyendo las que tienen lugar en el caso de ataques a la memoria de los fallecidos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la imagen, intromisión ilegítima, acción de cesación, acción de resarcimiento; daño moral.

ABSTRACT: The paper describes the regulation of the right to self-image in Bolivia, proposing a list of behaviors that constitute illegal interference in the same, analyzing both inhibitory as protection for damages for any damage caused by them, including those occur in the case of attacks on the memory of the deceased.

KEY WORDS: Image rights, trespass, injunction, action for damages, moral damages.

SUMARIO: I. Fuentes legales de la regulación del derecho a la propia imagen.- II. La noción del “derecho a la imagen”.- III. Tipificación de las conductas que suponen una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen.- 1. La cuestión de la ilicitud de la mera captación o reproducción de la imagen.- 2. El grado de identificación de la persona cuya imagen se capta, reproduce o difunde.- IV. La tutela civil frente a las intromisiones ilegítimas.- 1. La acción de cesación.- 2. La acción de responsabilidad por el daño moral.- V. La tutela “post mortem” del derecho a la imagen.- 1. La acción de cesación.- 2. La acción de responsabilidad por el daño moral.

I. FUENTES LEGALES DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

El art. 16 CC boliviano, bajo la rúbrica “Derecho a la imagen”, contiene dos párrafos.

El primero de ellos afirma que “Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo”.

El segundo párrafo de la norma dispone que “Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona”.

Así mismo, hay que colocar el art. 16, en relación con el art. 23 del mismo Código, conforme al cual, “Los derechos de la personalidad son inviolables y cualquier hecho contra ellos confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral”.

A esta regulación civil, que no contempla el derecho a la imagen como un derecho de la personalidad autónoma del derecho al honor, hay que añadir en la actualidad, la constitucional, que, por el contrario, sí lo hace, siguiendo la tendencia de las legislaciones más modernas sobre la materia.

En efecto, el art. 21 de la Constitución Boliviana reconoce, explícitamente, el derecho a la propia imagen, junto al derecho a la intimidad y al honor. Si tenemos en cuenta que el artículo 109.I de la Carta Magna boliviana afirma que “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables”, y que, según el art. 113.I de la misma, su vulneración “concede a las víctimas el derecho

• Orlando Parada Vaca

Director de la Fundación Iuris Tantum y de la Revista Boliviana de Derecho. Lic. en Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Especialidad y Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil por la U.A.G.R.M. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia.

a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”, es evidente que se impone una reforma del CC, que permita y viabilice mayor efectividad al derecho a la imagen, constitucionalmente reconocido como un derecho autónomo.

Me conformaré aquí, una vez aceptada esta idea, con esbozar una serie de reflexiones sobre el tema.

II. LA NOCIÓN DEL “DERECHO A LA IMAGEN”.

El art. 21 de la Constitución boliviana no define el derecho a la propia imagen, como tampoco hace el art. 18 CE.

El diccionario de la Real Academia de la lengua española define la “imagen” como “figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa”; y, así mismo, como “reproducción de la figura de un objeto”.

Por lo que a la persona atañe, podemos tomar dos acepciones de la “imagen”: de un lado, la “imagen” como “figura”; de otro lado, la “imagen” como “reproducción” de dicha figura por cualquier procedimiento gráfico, técnico o artístico que la haga perceptible por el sentido de la vista: fotografía, dibujo, pintura, grabado, escultura, televisión, proyección cinematográfica, etc.¹

La “imagen” como “figura” es un bien de la personalidad, un atributo inherente a la persona, consistente en su aspecto exterior físico, que contribuye a individualizarla y a identificarla ante la sociedad. La “imagen” como “reproducción” es un objeto exterior a la propia persona, esto es, el concreto procedimiento a través del cual se representa la figura humana de modo reconocible por la sociedad. El derecho a la propia imagen sería entonces el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura, o dicho de otro modo, la facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no.

Por lo tanto, desde el punto de vista constitucional o civil, la “imagen” es la figura humana, esto es, el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal, lo que constituye un

¹ V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho a la propia imagen”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador José Ramón de Verda y Beamonte), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 145.

El art. 7.5° LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al tipificar las conductas ilícitas, se refiere a “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona”.

bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma (se la tutela en sí mismo, con independencia, pues, de que la reproducción de la imagen comporte, o no, una vulneración del buen nombre o de la intimidad de la persona).

La imagen ha de ser protegida, concediendo a la persona el derecho a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos físicos personales, y ello, en un doble sentido: por un lado, permitiéndole que consienta la captación, reproducción o publicación de su figura (contenido positivo del derecho a la propia imagen); y, por otro lado, concediéndole la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, en modo tal, que sea posible su identificación o reconocimiento (contenido negativo del derecho a la propia imagen).

III. TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS QUE SUPONEN UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO A LA IMAGEN.

Una de las tareas a las que se enfrenta el jurista boliviano es la de la tipificación de las conductas contrarias al derecho a la propia imagen desde el punto de vista civil, planteándose a este respecto dos cuestiones.

a) La primera de ellas es la de determinar si puede ser considerada como ilícita la mera captación, no consentida, de la imagen de una persona o, por el contrario, será necesaria la difusión de la misma.

b) La segunda de las cuestiones tiene que ver con el grado de identificación de la imagen que es exigible para que pueda entenderse producido el ilícito civil.

I. La cuestión de la ilicitud de la mera captación o reproducción de la imagen.

El art. 16 CC boliviano, al tipificar la intromisión ilegítima, se refiere a “Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona”, por lo que parece dejar fuera de su ámbito de aplicación la mera captación o reproducción de aquélla.

Sin embargo, esta posición pudiera explicarse porque el precepto no reconoce una protección autónoma del derecho a la propia imagen, sino que, exclusivamente, la protege en la medida en que su utilización suponga una lesión del derecho al honor; lo que parece que no puede tener lugar, si no existe una cierta publicidad de la imagen.

Ahora bien, la solución puede ser diversa, si, como propugnamos, la figura humana, en cuanto bien de la personalidad, se protege con independencia de la reputación de la persona.

Analizaremos el estado de la cuestión en algunos Derechos extranjeros antes de proponer una solución².

a) En la doctrina científica italiana se ha debatido con cierta extensión la cuestión de si una mera captación o reproducción de la imagen de una persona, que no haya llegado a conocimiento del público, puede dar lugar a un ilícito civil.

El problema viene planteado, porque la delimitación que el art. 10 CC italiano hace de la intromisión ilegítima es muy restringida, dado que solamente contempla, como tal, la exposición o publicación de la imagen (se entiende, que sin el consentimiento del titular del derecho), pero no la captación o reproducción de la misma,

Por ello, los autores italianos generalmente admiten que la mera fijación de la imagen en un retrato fotográfico no origina un daño moral resarcible³, a no ser que el retrato ponga de manifiesto aspectos íntimos de la persona fotografiada, en cuyo caso habrá una intromisión ilegítima, pero no, en el derecho a la imagen, sino en el derecho a la intimidad⁴.

La solución del CC italiano se trata de justificar con el argumento de que la protección del derecho a la imagen no debe desbordar los límites impuestos por el vivir en sociedad y de que para aquél que se expone a la mirada de los otros no debe ser demasiado penoso que su semblante, además de ser observado directamente, sea fijado en un retrato, que no sea divulgado⁵.

Se ha dicho que el CC italiano de 1942 sigue una posición, que está lastrada por un arrastre histórico⁶. Sigue, así, la solución dada por Ley de 22 de abril de 1941 (nº 633), sobre derechos de autor; heredera del Real Decreto Ley de 7 de

2 En la Ley del Distrito Federal de México, de 19 de mayo de 2006, se contempla como facultad del derecho a la imagen la de autorizar u oponerse a su captación. En su art. 16 se dice, así, que "Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma". Sin embargo, en la tipificación del ilícito civil, no se hace referencia a la captación no consentida, sino exclusivamente a la difusión o comercialización. El art. 18 de la ley dice que "Para efectos del presente Capítulo, constituirá acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento expreso".

3 V. en este sentido, DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 110.

4 Así, dice GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, volumen 1º, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª edición, Cedam, Padova, 1990, p. 165, que el art. 10 CC italiano no impide la reproducción del retrato ajeno, con la fotografía o la pintura, si éstas no están destinadas a la exposición o publicación; precisa, no obstante, que, si la persona es captada en su intimidad, habrá una intromisión ilegítima, no en su derecho a la propia imagen, sino en su derecho a la "riservatezza", lo que no tendrá lugar, cuando ésta sea representada en la forma en que suele presentarse al público.

5 V. en este sentido DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, cit., p. 110.

6 El arrastre histórico, no sólo tiene que ver con la tipificación legal de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, ceñida exclusivamente a la publicación o exposición de la misma. A mi parecer, también tiene que ver con un cierto matiz de excepcionalidad, que acompañaba al reconocimiento de este derecho de la personalidad, en la medida en que se consideraba que su afirmación suponía la limitación de los derechos de autor; de ahí, que primero en Alemania y luego en Italia se regulase dentro de las legislaciones sobre propiedad intelectual.

noviembre de 1925 (n° 1950), que, a su vez, estuvo decisivamente influido por la vieja Ley alemana de 9 de enero de 1907, relativa al derecho de autor sobre las artes figurativas y el retrato (*KUG*), todavía en vigor⁷.

b) El § 22 *KUG*, efectivamente, establece que las imágenes no pueden ser difundidas o expuestas públicamente, más que con la autorización de la persona representada.

Esta regulación, en su día, fue un avance decisivo en la protección del derecho a la imagen, pero lo cierto es que resulta insuficiente. Es, por ello, que ha sido completada por la jurisprudencia germana⁸, la cual sostiene también la prohibición de reproducir la imagen sin el consentimiento la persona representada, mediante el recurso a la categoría del derecho general de la personalidad⁹.

En este sentido se orienta también un autorizado sector de la doctrina científica alemana, la cual encuadra el derecho a impedir la reproducción de la propia imagen, sin autorización previa, dentro del derecho general de la personalidad, por entender que la fijación de la imagen otorga un dominio sobre un bien de la personalidad ajeno¹⁰.

7 ALBERTINI, L.: "L'abusivo sfruttamento commerciale (in particolare: come marchio) del nome e dell'immagine altrui", Giust. civ. 1997, I I, p. 479, considera que quizás debiera revisarse la tradicional opinión de la doctrina italiana, de que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce, no por la mera ejecución del retrato, sino por su reproducción. Dice, así, que hay que tener en cuenta que la sensibilidad moderna ha concedido un espacio cada vez más amplio a la tutela de la persona, como valor en sí misma y como fin último del ordenamiento. Afirma que debe considerarse la posibilidad de una tutela de los derechos fundamentales, no sólo respecto de los daños ya verificados, sino también contra el daño potencial; y concluye: no hay duda de que la fijación de la imagen sobre un soporte estable constituye ya un peligro de daño, en cuanto que casi siempre finaliza en sucesivas posteriores reproducciones y difusiones.

8 V. en este sentido BGH 16 septiembre 1966 (NJW 1966, 2353).

9 El *BGB* no contempla un derecho general de la personalidad. Es más, sólo el "Namensrecht" aparece explícitamente consagrado como un derecho subjetivo, en su § 12. No obstante, el § 823, I, establece un derecho al resarcimiento en el caso de lesión antijurídica de cuatro bienes de la personalidad, que se extiende a la lesión de cualesquiera otros derechos ajenos. El precepto dice, así, que quien, intencionalmente o con culpa, lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho semejante de otra persona ("ein sonstiges Recht eines anderen") queda obligado frente a ella a indemnizarle el daño correspondiente. Sin embargo, fundamentalmente, con apoyo en el inciso "ein sonstiges Recht eines anderen", la doctrina y la jurisprudencia, no sin iniciales vacilaciones, han construido la categoría del derecho general a la personalidad ("das allgemeine Persönlichkeitsrecht"), el cual ha alcanzado, además, reconocimiento constitucional en el art. 2.1 GG, que consagra "das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit". Es decir, configura el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental ("Grundrecht"), dotado de eficacia inmediata y vinculante para todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), "soweit er nicht die Rechte anderen verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst". LARENZ, K.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*,

8ª edición continuada por M. WOLF, C.H. Beck'she Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 153, observa que este derecho protege, no sólo contra las intromisiones estatales, sino también contra las procedentes de personas o instituciones privadas. Esto significa, desde la óptica del Derecho civil, el reconocimiento del derecho general de la personalidad como un derecho absoluto, que goza de pretensiones resarcitorias, de cesación y de omisión, frente a las lesiones del mismo. Como contenido de dicho derecho, se sitúa el respeto integral de la persona, y, en particular, el reconocimiento de una esfera privada y secreta frente a las intromisiones injustificadas de terceros.

10 V. en este sentido HUBMANN, H.: *Urheber- und Verlagsrecht*, 8ª edición continuada por M. REHBINDER, C.H. Beck'she Verlagsbuchhandlung, München, 1995, p. 307.

Se considera, en definitiva, que el hecho de que el § 22 *KUG* se refiera, exclusivamente, a la difusión o exposición pública de la imagen, pero no, a la creación misma de ésta, constituye una laguna legal, que debe ser salvada mediante el recurso a la ya mencionada categoría del derecho general de la personalidad¹¹.

c) En España el art. 7 LO 1/1982, considera como intromisión ilegítima “La captación, reproducción o publicación [...] de la imagen de una persona”.

Por lo tanto, en la legislación española, a diferencia de la italiana, se tipifica como intromisión ilegítima, no sólo la publicación de la imagen, sino su mera captación o reproducción, las cuales, por sí solas, constituyen un ilícito civil, que, si es probado, debe dar lugar a la reparación del daño moral subsiguiente (cuya cuantía será lógicamente inferior a la que resultaría de la publicación), y, sobre todo, a una acción tendente a la devolución de la fotografía, del cliché o, en su caso, a la destrucción del soporte informático¹².

Se dice, así, que una cosa es que nos exponamos a la mirada de los transeúntes y otra cosa, muy distinta, es que debamos soportar ser el objeto principal de una fotografía, si no queremos ser retratados, y ello, aunque el destino de la foto sea la pura contemplación de quien la hace, y no, su difusión pública. A no ser que concurra una de las autorizaciones legales para la intromisión previstas en el art. 8 LO 1/1982, toda persona tiene la facultad de impedir ser fotografiada, contra su voluntad, como parte del contenido del derecho a su propia imagen; y ello, aunque la fotografía no revele aspectos de su vida privada, ni haya sido todavía publicada¹³.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, ya se ha dicho que el art. 16 CC boliviano parte de la premisa que debe existir publicación o exposición pública de la imagen para la protección del derecho. Además, si esa publicación lesiona el honor o el decoro, la parte interesada puede pedir el cese de dicha publicación, lo que implica el reconocimiento de la manifestación de voluntad del titular del derecho o sus descendientes.

Para el Tribunal Constitucional boliviano el derecho a la propia imagen está protegido contra publicaciones arbitrarias, esto es, sin el consentimiento del titular; pues, según explica la STCB 1376/2004-R de 25 de agosto y 228/2005 -R de 16 de marzo, el derecho a la imagen es un derecho humano que comprende la facultad de proteger la imagen propia a fin de que aquella no se reproduzca, total o parcialmente en forma íntegra o deformada, sin consentimiento del titular”.

11 V. en este sentido RÜTHERS, B.: *Allgemeiner Teil des BGB*, 11ª edición continuada por A. STADLER, C.H. Beck'she Verlangsbuchhandlung, München, 1997, p. 96.

12 V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho”, cit., p. 173.

13 V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho”, cit., p. 173.

A mi parecer, tal y como sucede en la legislación española, entre la tipificación de las conductas lesivas del derecho a la imagen habría que incluir la captación de la misma, sin el consentimiento de la persona, a no ser que concurran circunstancias de interés general que autoricen a llegar a otra conclusión.

Opino que una cosa es que la captación no consentida sea considerada como ilícita y otra cosa distinta es que deba dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, la cual, en nuestra opinión, sólo procederá, si se produce la divulgación de la imagen, ya que, en caso contrario, no se producirá un daño moral.

Creo, en definitiva, que la captación ilícita, en principio, sólo autoriza a ejercitar la acción de cesación, para evitar la persistencia en esa conducta, así como la posibilidad de exigir la destrucción del soporte físico en que se haya realizado la captación o reproducción.

2. El grado de identificación de la persona cuya imagen se capta, reproduce o difunde.

En la jurisprudencia española, la STS 26 marzo 2003 (RJ 2003, 2596) afirma que el derecho a la imagen se refiere “a la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible”.

Por ello, se ha dicho que, para que pueda hablarse de intromisión en la imagen de una persona, es necesario que ésta resulte objetivamente reconocible, a partir de la propia representación gráfica, sin necesidad de acudir a criterios subjetivos de asociación, extrínsecos a ella misma, para identificarla¹⁴.

También en la jurisprudencia española, la STS 4 mayo 2005 desestimó la demanda en la que se alegaba intromisión ilegítima en la imagen de una persona fallecida en un accidente. El litigio tenía su origen en una fotografía, que ilustraba un reportaje sobre la actividad comercial del puerto de Cartagena, en la que, a lo lejos, aparecía la imagen de un cadáver, cubierto con una manta. Sus familiares alegaban que, dada la cercanía de la fecha del accidente y la perfecta identificación del buque y furgoneta funeraria, en el entorno familiar y social del difunto, resultaba extremadamente fácil asociar la imagen con su accidente y posterior muerte. El Tribunal Supremo rechazó el uso de criterios de identificación extraños a la propia imagen, confirmando la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda, argumentando que “La información gráfica generada en ningún momento recoge los rasgos físicos del afectado que le hagan reconocible”.

14 V. en este sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho”, cit., p. 151.

Hechas las precisiones anteriores, el ilícito civil consistirá en la captación, reproducción o difusión de la imagen de una persona en forma objetivamente reconocible, obviamente, sin su consentimiento, a no ser que exista una razón de interés general que justifique la intromisión¹⁵. En ausencia de dicho interés general (que hay que identificar con la libertad de información o expresión), poco importa la finalidad con que se realice la intromisión: su ilicitud no requiere, así, que tenga carácter lucrativo. En este sentido, en España, el art. 7.6 LO 1/1982, considera intromisión ilegítima “La utilización [...] de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.

IV. LA TUTELA CIVIL FRENTE A LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS.

La tutela civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen podrá llevarse a cabo a través de dos mecanismos:

- a) La acción de cesación (tutela inhibitoria).
- b) La acción de responsabilidad por de daño moral (tutela resarcitoria).

I. La acción de cesación.

La acción de cesación no plantea especiales problemas: aparece reconocida en el art. 16 CC boliviano, en relación con el derecho a la propia imagen; y, con carácter general, en caso vulneración de los derechos de la personalidad, en el art. 22 del mismo Código.

Utilizando el tenor del art. 9.2 LO 1/1982 de España, se trata de una medida básica “para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”.

Es esta una acción, tendente a impedir la vulneración que procede siempre que produzca la persistencia del hecho ilícito, por ejemplo, el uso no consentido de una fotografía para fines publicitarios; o también el riesgo de que la imagen ilícitamente

15 Conforme al artículo 19 de la Ley del Distrito Federal de México, de 19 de mayo de 2006, “La imagen de una persona no debe ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, por la función pública que desempeñe o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público y sean de interés público”.

A tenor del artículo 20 de la misma Ley, “Cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada, fuera del caso en que la exposición o la publicación sea consentida, con perjuicio de la reputación de la persona, la autoridad judicial, por requerimiento del interesado, puede disponer que cese el abuso y se reparen los daños ocasionados”.

captada pueda ser publicada, en cuyo caso lo que se pretenderá a través de la acción será la entrega o restitución del soporte material o técnico en que la imagen figure.

En ocasiones, esta acción será bastante para la defensa del derecho a la imagen del ofendido, pero otras muchas no, en cuyo caso procederá la reparación del daño moral subsiguiente a la intromisión.

2. La acción de responsabilidad por el daño moral.

Más problemas suscita la acción de reparación del daño moral.

El art. 22 CC boliviano concede al damnificado como consecuencia de la vulneración de un derecho de la personalidad "la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral".

En el mismo sentido, el art. 984 CC boliviano, prescribe que quien con un hecho doloso o culposo ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento. Este resarcimiento está contemplado en el art. 994 del mismo compilado.

Así mismo, el art. 113.I de Constitución boliviana, en caso de vulneración de los derechos en ella reconocidos, entre ellos, el derecho a la imagen, "concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna".

a) El problema fundamental que surge es el siguiente: ¿debe entenderse que toda intromisión ilegítima comporta un daño moral resarcible, de modo que el ofendido puede obtener la reparación con la mera demostración de que ha tenido lugar un hecho ilícito?; o, por el contrario, ¿hay que entender que no toda intromisión implica un daño moral, en cuyo caso la reparación sólo tendrá lugar, cuando el daño haya sido probado?

La tesis de que el ilícito civil no determina, automáticamente, un derecho a la reparación de un daño moral es la seguida por la moderna Ley del Distrito Federal de México de 19 de mayo de 2006. En su art. 23 se dice que la violación del derecho a la propia imagen constituye "un menoscabo al patrimonio moral", que dará lugar a la indemnización del perjudicado¹⁶. Sin embargo, el tenor del art. 37 de la Ley no deja lugar a dudas: "La carga de la prueba recaerá, en principio sobre el actor, quien deberá demostrar el daño en su derecho de personalidad derivado de un hecho ilícito".

16 Según el art. 36 de la Ley "Para que se produzca el daño al patrimonio moral se requiere: I.- Que exista afectación en la persona, de los bienes tutelados en la presente ley; II.- Que esa afectación sea a consecuencia de un acto ilícito; y III.- Que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos. Para la procedencia de la acción se deberá tomar en cuenta la mayor o menor divulgación que el hecho lesivo ha tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso".

Otra es la solución del Derecho español, donde el art. 9.3 LO 1/1982, dice que “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”. Por lo tanto, acreditada la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho de la personalidad, el daño moral se presume. La jurisprudencia ha declarado que dicha presunción es *ius et de iure*, de modo que no cabe prueba en contrario¹⁷.

A mi parecer, no toda intromisión ilegítima produce un daño moral resarcible, pues habrá las que no las produzcan¹⁸. Considero que hay que diferenciar entre la mera captación o reproducción de la imagen y la publicación de la misma.

Estimo que si la imagen indebidamente captada o reproducida no llega a difundirse no existe necesidad alguna de reparar un daño moral que, en rigor, no se ha producido, sino que basta con que, a través de la cesación, se pida que no persista la intromisión, así como que se entregue o destruya el soporte en que la imagen del demandante figure. Por el contrario, si la imagen se ha difundido sí que debe presumirse la existencia de un daño moral, aunque ello suponga una excepción a la regla general de que quien reclama un daño debe probarlo.

La razón de ello es que estamos ante un tipo de daños, que, por su subjetividad, es de difícil demostración, por lo que establecer la carga de la prueba sobre el ofendido supondría dificultar extraordinariamente la posibilidad obtener el resarcimiento, al que, según el art. 113.1 de la Constitución boliviana tiene derecho. Ahora bien, me parece que esa presunción debe ser *ius tantum*, porque, por ejemplo, podría suceder que, aunque la imagen hubiera llegado a difundirse no hubiera llegado a conocimiento de un número significativo de personas. Otra solución conduciría –creo- a un riesgo de ver la responsabilidad civil, como un medio para obtener, no ya, una reparación de un daño efectivo, sino una ocasión de obtener un beneficio a costa de la ilicitud de la intromisión.

b) El daño moral plantea, no sólo problemas de prueba de su existencia, sino también de cuantificación.

Por ello, parece prudente, recurrir a la solución que en España adopta el art. 9.3 LO 1/1982, que proporciona pautas para valorar el daño moral, refiriéndose a la gravedad de la lesión y a la difusión del medio en que ésta se haya producido¹⁹.

17 V. en este sentido SSTS 7 marzo 2003 (RJ 2003, 2900), 7 marzo 2006 (RJ 2006, 5695) y 9 marzo 2006 (RJ 2006, 5413).

18 Véase a este respecto el interesante trabajo de ATIENZA NAVARRO, M.L.: “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en AA.VV., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador José Ramón de Verda y Beamonte), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 281-306.

19 El art. 37.II de la Ley del Distrito Federal de México establece que “La valoración del daño al patrimonio moral debe ser realizada tomando en cuenta la personalidad de la víctima, su edad, posición socioeconómica y naturaleza pública o privada, la índole del hecho ilícito, la gravedad objetiva del perjuicio, la mayor o menor divulgación”.

Como criterio para valorar la gravedad, habrá que tener en cuenta si la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen comporta también una lesión del derecho al honor o a la intimidad de la persona afectada, ya que, en estos casos, el daño será mayor y, por consiguiente, también lo será la indemnización.

c) En España, entre los criterios de valoración del daño moral, el originario art. 9.3 LO 1/1982 se refería al beneficio económico obtenido por el autor de la lesión, criterio este último, el cual suscitó algunos reparos, en la medida en que es extrínseco al daño mismo, pero que, indudablemente, permite aumentar la cuantía de la indemnización, evitando, así, que el infractor pueda sacar provecho de la lesión de un bien de la personalidad ajeno.

Tras la reforma del precepto por la Disposición Final Segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se ha suprimido dicho criterio de valoración del daño, previendo el nuevo art. 9.2.d) de la LO 1/1982, quizás, con mayor corrección, "La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos", como un mecanismo específico de tutela, distinto de la reparación.

d) La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen sujeta a responsabilidad civil a quien haya captado ilícitamente la imagen que se difunde, pero también al director y al propietario del medio en que haya tenido lugar la publicación.

Todos ellos deben responder solidariamente frente a la víctima²⁰, como es propio de un supuesto de pluralidad de deudores, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual²¹.

e) En España el art. 9.4 LO 1/1982 amplía el plazo de reclamación previsto en el art. 1968.2 CC español, fijando, no un plazo de un año, sino de cuatro, para el ejercicio de la acción tendente a exigir la responsabilidad civil del infractor; aunque dicho plazo se califica como de caducidad, y no, como de prescripción, de modo que no admitirá interrupción.

Este plazo me parece excesivamente largo. Creo más prudente la solución del art. 38 de la Ley del Distrito Federal de México, a cuyo tenor "Las acciones para

20 Esta responsabilidad solidaria no se discute en la doctrina española. Véase, en este sentido, por ejemplo, DE ÁNGEL YAGÜEZ, A: "Intromisión ilegítima. Antijuricidad, culpabilidad, daño y su resarcimiento. Los sujetos activo y pasivo", en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 262.

21 La regla es clara en la jurisprudencia española. La STS 30 junio 2004 (RJ 2004, 4286) explica, así, que "la responsabilidad civil solidaria del director del medio y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido y a la prensa editora le corresponde la libre designación. Ello implica que se determina una responsabilidad solidaria y no mancomunada entre los autores y editores de la publicación ilícita".

exigir la reparación del daño contenidas en la presente ley prescribirán a los dos años de la fecha en que se causó efectivamente el daño que contará a partir de la realización del acto que se presume ilícito”.

V. LA TUTELA “POST MORTEM” DEL DERECHO A LA IMAGEN.

A mi entender, una de las cuestiones más delicadas que plantean los derechos de la personalidad es la tutela después del fallecimiento de su titular²².

Estimo que la muerte extingue el derecho a la propia imagen. Este efecto, me parece incuestionable: si la muerte extingue la personalidad, un muerto no puede tener, en rigor, ningún derecho, en este caso, a la propia imagen.

Ello explica que en la jurisprudencia española la STC 231/1988, de 2 de diciembre, en el conocido caso “Paquirri”, excluyera la posibilidad de que pudiera interponerse un recurso de amparo para proteger el “derecho” a la propia imagen de un difunto. Afirma, así, que los “derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar [...] aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad [...] Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”; en consecuencia: “una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad [...] lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional”; y reitera: “una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales”²³.

Sin embargo, en la jurisprudencia asumida por el Tribunal Constitucional boliviano en la STCB 0085/2007-R de 26 de febrero, ratificada por la STCB 140/2007 de 14 de marzo, se asigna eficacia *post mortem* al derecho a la imagen en el recurso de amparo.

22 Entre las recientes aportaciones doctrinales sobre la materia cabe citar: COBAS COBIELLA, M^a E.: “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Tratamiento jurisprudencial del tema”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, coordinador José Ramón de Verda y Beamonte, capítulo I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 307 y ss.; y HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “La protección ‘post mortem’ de los de la personalidad y la defensa de la memoria del desaparecido”, en AA.VV.: *Bienes de la personalidad, XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pp. 93 y ss.

23 Sin embargo, lo cierto es que la claridad de esta doctrina ha sido oscurecida por otros fallos posteriores, que no excluyen la posibilidad de que pueda interponerse un recurso de amparo por derecho al honor de una persona fallecida, pero que, sin embargo, en el caso concreto de que conocen, no lo estiman. Se trata de las SSTC 43/2004, de 23 de marzo, y 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008, 51), cuya doctrina, para HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “La protección”, cit. p. 102, “supone un cambio radical en la consideración de los derechos de la personalidad de las personas fallecidas”.

Dice, así, que “En definitiva, la titularidad de los derechos fundamentales y las garantías en el caso de las personas naturales, se extingue en principio con la muerte de la persona y, de acuerdo con ello, una vez que ha muerto el titular del derecho lesionado, desaparece el objeto del recurso de amparo, reconociendo sin embargo la doctrina una excepción a esa regla, como son el derecho a la dignidad y a la imagen, a los que se le asigna eficacia post mortem; a cuyos supuestos se le asigna a los familiares legitimación para acudir al amparo en procura del reconocimiento del derecho violado”.

I. La acción de cesación.

Creo que debe admitirse el ejercicio de la acción de cesación en relación con la reproducción de la imagen de las personas fallecidas.

Es cierto que un fallecido no tiene derecho a la propia imagen, pero el más elemental sentido común dicta que la misma no pueda utilizarse, sin el consentimiento de los familiares próximos, que no tienen por qué soportar su divulgación.

De hecho, hay que recordar que, precisamente, la temprana regulación alemana del derecho a la imagen surge por la conmoción social que produjo el hecho de que se hubieran hecho fotografías del canciller Bismark en su lecho de muerte, sin el consentimiento de sus familiares.

a) La acción de cesación, tal y como hace el art. 16 CC boliviano, debe reconocerse a sus familiares, que no a los herederos²⁴.

En este sentido, no puede dejar de recordarse que las antiguas sentencias francesas que trataron casos de protección *post mortem* de la imagen de una persona fallecida, concedían la legitimación, precisamente, a los familiares, y no, a los herederos.

Así, la Sentencia del Tribunal Civil del Sena, de 16 de junio de 1858²⁵, afirmó que nadie tenía el derecho, a reproducir los rasgos de una persona sobre su lecho de muerte, sin el consentimiento formal de la familia, añadiendo que el derecho a oponerse a esta reproducción era absoluto y tenía su principio en el respeto, al que obliga el dolor de las familias y que no puede ser desconocido sin menospreciar los sentimientos más íntimos y respetables de la naturaleza y de la piedad doméstica. En el caso litigioso se condenó a quien había reproducido, en un dibujo, la fotografía de una persona famosa fallecida, hecha por encargo de su hermana, para tener un recuerdo de la misma, y que había sido mandada a retocar. El consentimiento familiar existió, pues, solamente para la realización de la fotografía inicial y para su posterior

24 V., a este respecto, la STCB 999/2006 -R de 09 de octubre.

25 Sentencia del Tribunal Civil del Sena, de 16 de junio de 1858 (Ann. prop. ind., 1858, p. 251),

manipulación, pero no, para que, con inspiración en ella, se realizara un dibujo, del que, a su vez, se sacaron treinta fotografías, destinadas a su comercialización.

En la Sentencia del Tribunal del Sena, de 11 de noviembre de 1859²⁶, se afirmó igualmente el derecho de la familia de toda persona muerta a oponerse a que el retrato de ésta pudiera ser objeto de cualquier publicidad, considerando ilegítima la exposición en un escaparate de la fotografía de una actriz fallecida, contra el consentimiento de su padre.

El art. 16 CC boliviano reconoce la legitimación para ejercitar la acción de cesación al cónyuge, descendientes o ascendientes del muerto, entre los que, además, habría que incluir los hermanos del mismo²⁷.

¿Debe tener este orden carácter sucesivo?

Considero que es lo más sensato²⁸, pues, a mi parecer, tiene escaso sentido que los descendientes, ascendientes o hermanos de una persona fallecida puedan accionar frente a una intromisión en la imagen de una persona fallecida, que haya sido consentida por su cónyuge viudo²⁹.

b) Parece prudente establecer un plazo para el ejercicio de la acción de cesación.

En este punto creo que debe seguirse lo dispuesto en España por el art. 4.2 LO 1/1982, la cual concede legitimación al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

c) No obstante lo dicho, debe excluirse la acción de cesación, cuando concurra un interés científico, histórico o cultural relevante que justifique la intromisión.

En la jurisprudencia española la STS 21 diciembre 1994 (RJ 1994, 9775), consideró legítima la reproducción del originario cartel anunciador del estreno de una obra lírica, "La Chulapona", que tuvo lugar en 1934, en la que aparecía la imagen

26 Sentencia del Tribunal del Sena, de 11 de noviembre de 1859 (Ann. prop. ind., 1860, p. 170).

27 Tal y como hace en España el art. 4.2 LO 1/1982, de 5 de mayo.

28 En contra, sin embargo, se pronuncia en España, explícitamente, el art. 5.1 LO 1/1982, según el cual, "Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido".

El art. 31 de la Ley 11.723 (235) 28 de septiembre de 1933, de Propiedad Intelectual, de Argentina, en su párrafo primero, dice que "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre". El art. 33 de la misma Ley precisa que "Cuando las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación del retrato fotográfico o de las cartas, sean varias, y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad judicial".

29 V. en este sentido el art. 15 CC peruano, que establece la legitimación activa de los familiares en los mismos términos que en España hace el art. 4 LO 1/1982, precisando, sin embargo, que la enumeración procede "excluyentemente y en este orden".

de una famosa cantante de zarzuela. El cartel había sido reproducido en un poster y en libretos, con motivo de la reposición de la obra, sin la autorización de los hijos de la artista, uno de los cuales interpuso demanda de protección del derecho a la imagen de su madre, que fue desestimada en las dos instancias, renunciando el otro al ejercicio de cualquier acción.

El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación de la parte demandante, al entender que concurría, "como prioritario y relevante" un "fin cultural, que no es otro que el de mantener vivo y propiciar el resurgimiento de un género musical tan español como es la zarzuela". Respecto del carácter comercial de la intromisión, que la recurrente deducía de los ingresos obtenidos de la venta de los posters y programas, el Supremo consideró que "actuaron como meros medios para la mejor proyección del interés cultural acreditado".

2. La acción de responsabilidad por el daño moral.

En ocasiones, la publicación de la imagen de una persona fallecida, por las condiciones en que se realiza puede causar un daño moral a sus familiares próximos, que, en consecuencia, podrán reclamar la indemnización del mismo.

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto contemplado en Francia por la Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 20 de diciembre de 2000 (SJ 2001, II 10488), que confirmó la resolución recurrida, la cual había considerado que la publicación de la fotografía de un prefecto asesinado, en la que éste aparecía tendido sobre el suelo de una calle, y cuya cara y rasgos personales eran claramente visibles, constituía un profundo atentado de los sentimientos de aflicción de sus familiares y, por tanto, de su vida privada³⁰.

Debe reconocerse a los herederos la posibilidad de ejercitar acción de protección del derecho a la imagen de su causante, por intromisiones acaecidas en vida de éste, así como la sucesión procesal en juicios ejercitados cuando vivía.

En España el art. 6 LO 1/1982 atribuye a los familiares del difunto legitimación para ejercitar acciones de protección, cuando aquél hubiera fallecido, sin haberlas podido ejercitar en vida (por sí o por sus representantes legales); y, así mismo, en el caso de muerte del demandante en el curso del proceso, les permite la continuidad

30 El fundamento de la sentencia fue, sin embargo, la escueta afirmación de que la imagen publicada atentaba la dignidad de la persona humana. Sobre el referido principio, como límite de la libertad de información, trata, con extensión, GRIDEL, J.P.: "Retour sur l'image du préfet assassiné: dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité", D 2001, Chr., 872.

En España el ATC 242/1998, de 11 de noviembre (RTC 1998, 242), justifica esta sucesión procesal, afirmando que se trata de derechos "que se proyectan sobre el grupo familiar, trascendiendo de su titular", observando que no se produce "un llamamiento de los continuadores de la acción ya emprendida, o sucesores procesales, a título *iure successionis* sino *ope legis*, en tanto que el legislador así lo ha dispuesto expresamente".

en el ejercicio de la acción de protección civil de los derechos al honor; a la intimidad y a la propia imagen³¹.

No obstante, hay que tener en cuenta que los beneficiarios de la indemnización no son los familiares que ejercitan la acción, sino los herederos del difunto (que pueden coincidir, o no, con aquéllos), lo que, a mi parecer, es lógico, ya que, producida la intromisión en vida del ofendido, éste adquirió el derecho a percibir una indemnización por vulneración de un bien de su personalidad, el cual se integró en su herencia y se transmitió a sus sucesores³²; y ello, a diferencia de lo que acontece en el caso de ejercicio "post mortem" de la acción de protección civil del derecho a la imagen de una persona ya fallecida, en cuyo caso, tanto la legitimación para ejercitar la acción, como el derecho a percibir la indemnización, corresponden a los familiares de aquélla.

A mi parecer, sin embargo, resulta más lógico que, en el caso de acciones iniciadas en vida del ofendido, sean los herederos, que, en definitiva, van a ser los acreedores de la indemnización, quienes tengan capacidad para suceder en el proceso, por lo que es ésta la solución que voy a proponer:

a) La legitimación para el ejercicio de la acción de resarcimiento debe corresponder, exclusivamente, a los familiares que sufren el daño, y no a los herederos, lo cual todavía es más lógico que en el caso de la acción de cesación.

La razón es clara: no están reclamando por un daño moral resultante de la lesión del derecho a la imagen del fallecido, que ya no existe, sino, por el daño moral propio que experimentan al ver publicada en ciertas condiciones la imagen de una persona con la que tenían vínculos familiares estrechos.

A este respecto, hay que observar que en el Derecho español es a los familiares, a quienes el art. 4 LO 1/982 atribuye legitimación activa para ejercitar la acción³³; e igualmente, el art. 9.4 LO les señala como acreedores de la indemnización; y no, a los herederos del difunto³⁴, como, en cambio, establece el mismo precepto, en los casos de sucesión procesal de la acción, ya ejercitada en vida de la persona fallecida en el curso del proceso³⁵.

31 V. en la jurisprudencia española el ATC 176/2001, de 29 de junio (RTC 2001, 176).

32 El art. 9.4 LO dice, así, que "la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado".

33 Como hace el art. 20 CC brasileño.

34 V. en el mismo sentido el art. 10 CC italiano.

35 DEVERDA Y BEAMONTE, J.R.: "El derecho", cit., pp. 177-178, considera que el hecho de que se atribuya la legitimación para ejercitar la acción y la consiguiente indemnización a los familiares del difunto, y no, a sus herederos "es indicativo de que el daño que se repara no es el que experimenta la persona fallecida (que, en puridad no experimenta ninguno), sino el daño moral que sufren sus allegados, por la intromisión en el honor, intimidad o imagen del fallecido".

En el caso de que sean varias las personas que ejerciten la acción, lo lógico será que se reparta la indemnización entre ellas en proporción al respectivo perjuicio, lo que, en última instancia, dependerá de la decisión judicial³⁶.

b) Respecto del plazo para el ejercicio de la acción de reparación, parece conveniente seguir la misma tesis que respecto al de la acción de cesación.

Tendrán legitimación activa, exclusivamente, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

³⁶ En efecto, el art. 9.4 LO precisa que "El importe de la indemnización por el daño moral en el caso del artículo 4 corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2 y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados".

