

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LOS MENORES Y EL DERECHO A LA IMAGEN (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO A LA IMAGEN DE LOS MENORES: A) EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES. B) CARÁCTER ACCESORIO DE LA IMAGEN. C) NECESIDAD DE DIFUMINAR LA IMAGEN DEL MENOR.—III. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO FÍSICO O PSÍQUICO. CUANTIFICACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen aparecen recogidas en el artículo 7 de la Ley, apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad perso-

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil. Sentencia de 31 de mayo de 2010, recurso 1651/2007. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, número de sentencia: 304/2010, número de recurso: 1651/2007. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7484, Sección: *La sentencia del día*, 7 de octubre de 2010, año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 76106/2010. Publicación en un periódico de la fotografía de una menor sin consentimiento de sus progenitores. La menor, que aparecía señalando la puerta de la casa donde supuestamente se había descubierto un grupo terrorista islamista, fue elegida y colocada en el lugar por el fotógrafo para integrar la noticia o información que se quería transmitir. Además, el rostro de la menor no se difuminó absolutamente de forma que fuera totalmente irreconocible.

Estudio de las siguientes sentencias: Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencias de 25 de febrero de 2009 (recurso 1125/2004), de 13 de julio de 2006 (recurso 2947/2000), de 19 de noviembre de 2008 (recurso 793/2005); de 11 de marzo de 2009 (recurso 1669/2004), de 12 de julio de 2004 (recurso 3156/2000); de 23 de octubre de 2008 (recurso 174/2005); de 7 de octubre de 1996 (recurso 2232/1993); de 17 de junio de 2009 (recurso 2185/2006); de 8 de septiembre de 2009 (recurso 2049/2005).

nal y familiar y a la propia imagen que desarrolla el artículo 18.1 de la Constitución (2).

Dicho apartado 5 del artículo 7 indica que constituye intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos...». Así pues, el titular del derecho a la imagen puede excluir a todo tercero de la captación, reproducción o publicación de su imagen.

Excepcionalmente, el artículo 2 de la Ley indica que no se produce intromisión ilegítima, en el caso de existir consentimiento del titular del derecho a la imagen que voluntariamente autoriza la captación, difusión o publicación de su imagen (3).

En idéntico sentido, y como otra excepción el artículo 8 de la Ley considera que no hay intromisión ilegítima cuando existe autorización de la autoridad competente, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. El apartado segundo del precepto también permite la captación y reproducción de la imagen cuando exista un interés informativo que lo justifique y haya sido tomada en un lugar público, y pertenezca a un personaje famoso o de notoriedad pública.

También existe intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, según el apartado 6.º del artículo 7 de la ley, en el caso de «la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» que no nos atañe para nuestro estudio.

Así pues existe, según la doctrina civilista, un doble aspecto en el derecho a la propia imagen. Por un lado, un aspecto negativo en base al cual el sujeto puede negarse a que su imagen sea captada y difundida de manera inconsentida, y por otro lado, un aspecto positivo basado en la posibilitación de su imagen a los medios de comunicación a cambio de una contraprestación económica. En este último caso estamos ante el llamado *contenido patrimonial de los derechos de la personalidad*.

(2) Precepto que señala que: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Estos derechos son objeto de referencia también en el artículo 20 CE que, tras reconocer y proteger el derecho a la libertad de expresión y a recibir una información veraz, señala que su límite se encuentra en el respeto a los derechos reconocidos en este Título y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

El TC ha tenido ocasión de estudiar el asunto en la sentencia 158/2009, de 29 de junio de 2009, recurso 8709/2006. Ponente: Manuel ARAGÓN REYES, número de sentencia: 158/2009, número de recurso: 8709/2006. LA LEY 119833/2009, que precisamente aborda el supuesto de la prevalencia del interés superior del niño frente a la libertad de expresión de un periódico que publicó fotos del menor sin consentimiento paterno.

(3) Artículo 2: «1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (apartado 2 redactado conforme a la STC 9/1990, de 18-1-1990, que anuló parte de su contenido).

3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

II. EL DERECHO A LA IMAGEN DE LOS MENORES

Pero antes de entrar en detalle, cabe hacer algunas precisiones. Tales como que la minoría de edad constituye un estado civil en el que la capacidad del menor se restringe en mayor o menor medida, ya sea por su bien o ya sea por razón de la protección oficial que el Estado le dispensa, una situación de dependencia jurídica de este sujeto respecto de otras personas: padres, tutores...

Dentro de la menor edad hay que distinguir entre:

- menores emancipados o que gocen del beneficio de la mayor edad (4),
- y los menores no emancipados, dentro de los cuales están, a su vez,
 - los menores de vida independiente y
 - los menores *strictu sensu*.

En la *menor edad en sentido estricto*, se singularizan edades concretas a las que se aparejan posibilidades de actuación del propio menor, en función de las capacidades que dichas edades hacen suponer, sin realizar concreciones a menores en particular, sobre todo para darle audiencia en asuntos que le afecten (art. 154 CC). Tal se hará siempre que tenga doce años, edad en la que el adoptando ha de prestar su consentimiento para el acogimiento familiar (art. 173.2 CC) y para la adopción (art. 177.1 CC).

(4) La emancipación implica salir de la patria potestad. Es un acto o negocio jurídico del derecho de familia que determina pasar de un estado civil de menor al estado civil de emancipado. Salvo en el caso del matrimonio, para la emancipación se requieren dieciséis años cumplidos y el consentimiento del menor.

En nuestro ordenamiento y siguiendo al artículo 314, las causas de emancipación son las siguientes: matrimonio del menor, concesión de los que ejercen la patria potestad y concesión judicial.

Los efectos de la emancipación vienen señalados en los artículos 323 y 324:

Artículo 323: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento —dígase, mejor, asentimiento, en cuanto que complemento de capacidad— de sus padres y, a falta de ambos, sin el del curador. El menor emancipado podrá, por sí solo, comparecer en juicio».

Artículo 324: «Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes —de los cónyuges—, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro».

Afin a la emancipación es el beneficio de la mayor edad que, estando al artículo 321 CC y previo informe del Ministerio Fiscal, podrá conceder el Juez al sujeto la tutela mayor de dieciséis años que lo solicite. A dicho beneficio, que se inscribirá en el Registro en virtud del testimonio correspondiente (art. 176 RRC), le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 323 del Código Civil, respecto de los emancipados (art. 323.III).

Por otra parte y en virtud del artículo 319 del Código Civil: «Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de ellos. Los padres podrán revocar —con justa causa— este consentimiento. Para la vida independiente se requiere economía doméstica separada del menor, más que domicilio propio de éste. De difícil constatación y prueba, solo tendría acceso al Registro por la vía de una declaración, con simple valor de presunción, realizada en virtud de expediente gubernativo (art. 96 LRC), lo cual hace incierta la situación.

Por otro lado y en función de la madurez y juicio de cada menor, éste puede realizar actos relativos, entre otros, a sus derechos de la personalidad (art. 162.1.1.º CC), habiendo de prestar su consentimiento para que sus padres celebren contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales (art. 162.11 CC).

También los menores pueden adquirir la posesión de las cosas (art. 443 CC) y, por ocupación, los bienes que carezcan de dueño (arts. 610 y sigs. CC), aceptar donaciones que no sean condicionales ni onerosas (art. 626 CC) y realizar actos conservativos de sus derechos, como poner en mora al deudor (ver art. 1100 CC) o interrumpir la prescripción (ver art. 1973 CC).

Las edades a destacar son las siguientes:

Menores mayores de catorce años. Pueden otorgar testamento (art. 663.1.º CC, *a contrario*), salvo el ológrafo, reservado a los mayores de edad (art. 688 CC); contraer matrimonio, previa dispensa (art. 48.11); otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1329 CC), y hacer y recibir donaciones por razón de su matrimonio (art. 1338 CC).

Menores mayores de dieciséis años. Pueden administrar los bienes que hayan adquirido por su trabajo o industria (art. 164.11.3 CC); autorizar a sus padres, en documento público, para que lleven a cabo actos de disposición sobre sus bienes (art. 166.III CC); acceder a la emancipación, a la vida independiente o al beneficio de la mayor edad.

Pero volviendo a nuestro tema de análisis también se le otorgan derechos y no sólo limitaciones: derechos a los que hace referencia nuestra Constitución en el artículo 39, remitiendo a los acuerdos internacionales sobre la materia: Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la ONU el 20-11-1959; Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20-11-1989; Carta de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo; Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de marzo de 1993.

Teniendo presentes Constitución y acuerdos internacionales, se dicta la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil que refuerza y acentúa los mecanismos de defensa del menor, respecto de la LO 1/1982, que en ningún momento se refiere especialmente al supuesto de los menores, aunque la necesidad de protección se deducía del artículo 20 CE, que específicamente se refiere a la protección de la infancia.

Pues bien, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen se recogen en el artículo 4 de la misma (5).

(5) Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o

La Ley Orgánica cuenta con una detenida Exposición de Motivos, que se divide en dos títulos. El Título I —«De los derechos de los menores»— se refiere a los siguientes: honor, intimidad y propia imagen; información; libertad ideológica; participación, asociación y reunión; libertad de expresión; derecho, en fin, a ser oído, ocupándose, también, de señalar medidas para facilitar el ejercicio de los derechos referidos y principios que rijan la acción administrativa en la materia. El Título II se refiere a actuaciones en situaciones de desprotección social del menor, de riesgo de desamparo, con referencia expresa a la guarda de menores, al acogimiento familiar, a la tutela y a la adopción.

La Ley Orgánica 1/1996 se cierra con una serie de Disposiciones Finales modificativas de numerosos artículos del Código Civil relativos, fundamentalmente, a las materias antedichas (6).

Y, además, las Comunidades Autónomas cuentan con normas específicas protectoras de los menores (7).

El apartado 3 del mencionado artículo establece que hay intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor, cuando se produce cualquier utilización de su imagen por ser contraria a sus intereses.

La doctrina ha señalado que el concepto de intromisión ilegítima del apartado 3.º es, obviamente, más limitado que el recogido en el artículo 7 de la LO 1/1982, ya que la utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación sólo constituye intromisión ilegítima si se produce menoscabo de su honra o reputación.

También se considera que hay intromisión ilegítima en la imagen del menor cuando su utilización en los medios de comunicación sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Su fundamento debe encontrarse en el fomento de la protección del menor, intentándose además evitar que el menor pueda ser objeto de manipulación por sus propios padres, familiares (8).

su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

(6) En conexión con la Ley Orgánica 1/1996 y remitiendo a ella en su artículo 1, está la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores mayores de catorce años e, incluso, de los mayores de dieciocho y menores de veintiuno en determinados casos y siempre que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez así lo aconsejen.

(7) En Aragón y de conformidad con el artículo 5.3.º de su Compilación, el mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de sus bienes.

El artículo 4.º de dicha Compilación, por su parte, establece que los menores, desde que contraen matrimonio, tendrán la consideración de mayores de edad.

(8) La propia Exposición de Motivos de la Ley se refiere a este tema: «Así, con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en 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, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando

El afán de protección de esta ley, referida a menores, es más amplia que la Ley 1/82, ya que como desde el primer momento la Exposición de Motivos afirma incluso el Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio, o a instancia del menor o de persona interesada para interponer acciones de protección de sus derechos cuando exista perjuicio de sus intereses, y no sólo sus representantes legales.

En esta línea el artículo 4.4 faculta al Ministerio Fiscal para ejercitar, en todo caso, las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, incluso pudiendo actuar de oficio, a instancia del menor o de cualquier persona interesada.

El artículo 4.2 impone al Ministerio Fiscal el deber jurídico de actuar en caso de intromisión ilegítima en los derechos del menor cometida a través de un medio de comunicación. Así, se le obliga a intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

A) EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES

La Ley Orgánica 1/1982, en su artículo 3, establece reglas especiales en lo concerniente al consentimiento de los menores (9).

En general, el consentimiento es el ejercicio del derecho a la propia imagen de cada sujeto, sin que ello implique su renuncia sino simplemente la cesión parcial, onerosa o no, de un aspecto concreto de la imagen.

En el caso de los menores, el fundamento del consentimiento se encuentra en la exigencia de su especial protección y de la existencia en la limitación de su capacidad de obrar: Así la Ley atribuye cierta capacidad a los menores e incapacitados, ya que les permite autorizar la intromisión ajena en su derecho a la imagen, siempre que sus condiciones de madurez lo permitan, de acuerdo con la legislación civil (10). Sólo cuando carezcan de la madurez suficiente, el consentimiento será prestado por sus representantes legales (art. 3 de la LO 1/1982).

conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la legitimación activa al Ministerio Fiscal».

(9) Artículo 3: «1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. 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».

(10) El Código Civil reconoce cierta capacidad de obrar a los menores (recordemos que el art. 663 CC le permite otorgar testamento, excepto el ológrafo, a partir de los catorce años; el art. 48 le atribuye capacidad para contraer matrimonio a partir de la misma edad, con dispensa judicial; el art. 1329 le habilita para otorgar capitulaciones matrimoniales, dentro de ciertos límites, y el art. 626 le faculta para aceptar donaciones, siempre que tenga aptitud de entender y querer suficiente y no se trate de donaciones modales u onerosas). Por otro lado, los artículos 92 y 156 del Código Civil, en los que se establece la obligación de dar audiencia al menor, mayor de doce años o menor con suficiente juicio, en caso de desacuerdo de los padres sobre el ejercicio de la patria potestad, o en los pleitos de separación, nulidad o divorcio de los padres, cuando exista desacuerdo sobre la asignación de la custodia.

Conviene también advertir que en los casos en que la imagen del menor sea utilizada para el cine o la publicidad, si éste no posee suficiente juicio para contratar por sí mismo, lo hará su representante legal, aunque será de aplicación el último párrafo del artículo 162 del Código Civil en el que se establece que para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio.

Si el menor carece de madurez suficiente para consentir, el párrafo segundo del artículo 3 de la LO 1/1982 establece que el consentimiento será prestado por su representante legal. Tal consentimiento deberá otorgarse por escrito (no basta, pues, que sea expreso) y además, con carácter previo, deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que en el plazo de ocho días decida si se opone o no al consentimiento proyectado. Caso de que se oponga de forma expresa, la cuestión se resolverá judicialmente. Ante el silencio del Ministerio Fiscal se considera su anuencia al consentimiento proyectado y, por tanto, la validez del mismo (11).

La Ley de Protección del Menor no alude a criterio alguno de madurez, ni hace distinción alguna atendiendo a la edad del menor: se limita a considerar intromisiones ilegítimas incluso aquellas actuaciones que hayan sido consentidas por el menor, cuando sean contrarias a sus intereses (12).

(11) Ya la STS, de 7 de octubre de 1996 (recurso 2232/1993. Ponente: José ALMAGRO NOSETTE, número de recurso: 2232/1993. LA LEY 9263/1996) explicó que cuando se trata de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, sólo puede manifestar el consentimiento su representante legal (art. 3.2). Pero este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación. El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 3.2). Sólo con la intervención de éste, el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. En cualquier caso, el consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la Ley 1/1982, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal.

(12) No obstante, la Exposición de Motivos de la Ley dice que: «El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto ser escuchado, si tuviere suficiente juicio, se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán

La Jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo es clara: tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico. Esto es, se consideran esenciales dos requisitos: el consentimiento expreso y por escrito de los padres del menor para la captación y difusión de imágenes del menor, y la existencia de la preceptiva comunicación al Ministerio Fiscal (13).

Ante la inexistencia de estos dos requisitos resulta totalmente irrelevante la veracidad y a la relevancia pública de la información, por ejemplo, por la notoriedad social de la madre y al carácter accesorio de la imagen (STS de 25 de febrero de 2009. LA LEY 14379/2009).

Incluso a pesar del consentimiento verbal de la madre, no puede prescindirse de la especial protección que se dispensa a las imágenes de los menores, resultando imposible eludir el requisito del consentimiento expreso y por escrito de sus padres, así como prescindir de la intervención del Fiscal, y, en este caso, no existió consentimiento por escrito ni se puso en conocimiento del Ministerio Fiscal (SAP de Las Palmas, de 31 de julio de 2009) (14).

También se produce intromisión ilegítima en el caso de la publicación en revista del corazón de imágenes de un actor que en aquel momento era menor

ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección».

(13) STS de 13 de julio de 2006, recurso 2947/2000, analiza también la publicación en un periódico de la fotografía de una menor acompañando a un reportaje sobre discapacitados, donde hay una falta de consentimiento de los padres.

En la STS de 19 de noviembre de 2008, recurso 793/2005, se analiza la publicación, en varias ocasiones, en el diario de la entidad demandada de la fotografía de menores ataviados con trajes típicos regionales, tomada en lugar público, que constituye intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen y a la intimidad por falta del consentimiento señalado.

En la STS de 12 de julio de 2004, recurso 3156/2000. Se analiza la publicación de la imagen de la menor (adoptada) en la portada de una revista semanal. Se vulnera su derecho a la imagen de la menor por falta de consentimiento expreso.

Por último destacar la STS de 11 de marzo de 2009, recurso 1669/2004, donde se analiza la publicación en una revista de dos reportajes con fotografías de una conocida modelo y de su hija menor captadas en la playa y en el jardín de su domicilio. En este caso y respecto a la madre, dada su proyección pública, no puede considerarse que las fotografías tomadas en un lugar público, como es la playa, supongan una intromisión ilegítima en sus derechos, pero sí lo son respecto de la menor por la falta de consentimiento expreso. Doctrina reiterada por la STS, de 17 de junio de 2009, recurso 2185/2006, que afirma que resulta interesante destacar la mayor protección de menores que de mayores: No existe intromisión ilegítima respecto al torero, ya que las imágenes emitidas de él fueron captadas en lugares abiertos al público, pero sí respecto de su hija menor, ya que las imágenes de ella, dando la vuelta al ruedo con su padre, fueron difundidas sin el consentimiento de éste.

(14) Sección 5.ª, recurso 745/2008. Ponente: Mónica GARCÍA DE YZAGUIRRE, número de sentencia: 383/2009, número de recurso: 745/2008. LA LEY 193945/2009.

de edad. El menor no prestó consentimiento para la realización y publicación de esas fotografías y consideró que era contraria a los intereses de un menor la publicación de cualquier fotografía que no haya consentido. La relevancia pública de la información no puede legitimar la publicación de fotografías de un menor, cuyo interés superior debe primar sobre cualquier otro legítimo que pudiera concurrir (SAP de A Coruña, de 11 de abril de 2007) (15).

Otro problema que puede surgir se centra en la aparente incompatibilidad entre el artículo 18-1 y el artículo 20, pero el TS resuelve en favor del segundo cuando la noticia publicada sea de interés general, afecte al orden social, o al conjunto de los ciudadanos y esté revestida de veracidad (16).

B) CARÁCTER ACCESORIO DE LA IMAGEN

La segunda cuestión hace referencia a que la inclusión de la imagen de la menor de edad en la fotografía fue accidental. Se pretende la aplicación de la excepción a la existencia de intromisión ilegítima del artículo 8.2.c), al que se remite el 7.5, ambos de la LO 1/1982, y con arreglo al que «el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria».

Pero la doctrina del TS es determinante al señalar que cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriidad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (17).

(15) Sección 6.ª, recurso 169/2006. Ponente: José GÓMEZ REY, número de sentencia: 125/2007, número de recurso: 169/2006. LA LEY 121727/2007.

(16) El Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 158/2009, de 29 de junio de 2009 (LA LEY 119833/2009) concreta que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz. Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6; y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 (LA LEY 2544/2003)).

(17) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 13 de julio de 2006, recurso 2947/2000. Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, número de sentencia: 774/2006, número de recurso: 2947/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 70229/2006. La sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo ha explicitado las razones por las que la fotografía del menor no tenía el carácter de accesoriidad a que se refiere la excepción del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, porque cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriidad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En ningún caso se justificaría el daño a un menor por la hipotética posibilidad de que apareciera accidentalmente en la fotografía publicada, sin más justificación. Además, la inclusión de la menor no es accesorio, porque fue puesta en el lugar para integrar la noticia o información que se quería transmitir, sin que obste que no se haya tenido en cuenta ninguna circunstancia de la menor en concreto, y que hubiera podido ser cualquier otra, o incluso una persona mayor de edad.

La aparición de la menor no ha sido casual o accidental por pasar por el lugar, ni su inclusión tiene carácter secundario o circunstancial, sino que fue elegida y colocada en el lugar por el fotógrafo, y tan es así la importancia de ello que el propio representante legal del periódico declaró en el acto de la vista del juicio celebrado en la primera instancia que se puso a la menor para evitar el efecto de la llamada «foto muerta», es decir, el poner a una persona para dar vida a la foto, ya que sacar sólo la puerta de la casa hace que la fotografía quede muerta.

La Sala añade que no cabe descartar que la selección de un menor de edad obedeciese a la intención de reforzar el impacto del contenido de la información, sin reparar en el daño que se podía ocasionar a la persona utilizada a tal fin.

En otros casos enjuiciados por el TS, el supuesto es diferente, ya que se parte del carácter principal de la imagen de la menor (18), lo cual no desvirtúa la importancia del consentimiento de la madre por escrito y el conocimiento del Ministerio Fiscal.

C) NECESIDAD DE DIFUMINAR LA IMAGEN DEL MENOR

La foto no se publicó de manera difuminada (diluyendo absolutamente su rostro) de forma que fuera totalmente irreconocible.

Además en una segunda publicación de la foto, donde si se difuminó el rostro, se vulnera también su derecho a la imagen, ya que la menor era totalmente identificable por la coincidencia con la publicación primera.

El TS alega además que la identificabilidad no se mide en relación con la reconocibilidad por un círculo mayor o menor de personas, bastando incluso que lo sea en el ámbito más íntimo familiar o de allegados.

III. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO FÍSICO O PSÍQUICO. CUANTIFICACIÓN

El artículo 9.3 de la LO 1/1982 determina que la existencia del perjuicio se presume siempre que se acredita la intromisión ilegítima (inciso primero

(18) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 1125/2004. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, número de sentencia: 123/2009, número de recurso: 1125/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14379/2009. La imagen de la menor tenía carácter principal y no accesorio, pues aparece en el centro de la fotografía, a gran tamaño, y centrándose sobre ella la escueta información que se vierte. El suceso que plasma el reportaje carece de interés socialmente relevante, y aun admitiendo que tuviera interés para el público del sector social al que se dirige el medio —«prensa rosa» o «del corazón»—, tampoco la notoriedad pública de la madre y el hecho de ser captada la imagen en lugar público podría justificar la publicación de la foto de la menor.

del precepto) y que para valorar el daño moral se deba atender a las pautas, que no son *numerus clausus*, que indica la norma legal (incisos segundo y tercero), y otra cosa es que se pueda fijar la indemnización atendiendo al daño físico o psíquico efectivamente causado.

Y ello es lo sucedido en el caso, donde se han producido en la menor daños psicológicos perfectamente valorados en la prueba pericial practicada y ratificada en el acto de la vista.

Por otro lado, en lo que atañe a la cuantificación indemnizatoria, esta Sala tiene reiterado que es una función atribuida a los Tribunales que conocen en instancia y que no cabe verificar en casación, salvo que sea arbitraria por desproporcionada, o manifiestamente irrazonable por carente de toda razón justificativa.

RESUMEN

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN MENORES

Existencia de vulneración del derecho a la propia imagen de un menor cuando no conste el consentimiento escrito de sus padres y el conocimiento del mismo por el Ministerio Fiscal, independientemente del carácter principal o accesorio de la imagen.

ABSTRACT

RIGHT OF PUBLICITY. MINORS

Existence of violation of a minor's right of publicity when there is no record of written consent from the minor's parents and hearing of the matter by the public prosecutor's office regardless of whether the image is by nature primary or accessory.