

InDret

Publicación de fotografías falsas. Suplantación de la imagen de una modelo

***Comentario a la STS, 1ª, 25.11.2002
Ponente: Antonio Gullón Ballesteros***

Sonia Ramos González
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Álvaro Luna Yerga
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Esther Farnós Amorós
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

**Working Paper nº: 140
Barcelona, abril de 2003
www.indret.com**

1. La STS, 1ª, 25.11.2002

El caso resuelto por la STS, 1ª, 25.11.2002 (Ar. 10274) vuelve a plantear los problemas de la cuantificación del daño moral y su utilización por nuestros Jueces y Tribunales para sancionar conductas dolosas o gravemente negligentes. En el caso, el semanario *Interviú* había publicado dos reportajes que tenían como protagonista a la conocida modelo catalana Judit Mascó:

- a) El primero de ellos, publicado en el número 829 del semanario, de 23 de marzo de 1992, incluía catorce fotografías de estudio de la modelo, algunas de las cuales habían sido previamente publicadas por una revista italiana con su consentimiento. El titular de la portada, acompañado de una fotografía de la modelo, anunciaba: “Nuestra chica de portada. Judit Mascó en el cuarto de baño. Sus fotografías más eróticas”.
- b) El segundo, publicado en el número 985, de 13 de marzo de 1995, incluía en portada una fotografía de la modelo bajo el siguiente titular: “Lo nunca visto de Judit Mascó. Chica de portada. Una catalana sin fronteras”, más siete fotografías interiores a las que reenviaba el índice y que correspondían a una persona distinta, una modelo norteamericana llamada Mónica Vendela. Se trataba de fotografías borrosas en las que la modelo real aparecía en *top-less* y se acompañaban de una entrevista no realizada a la actora bajo el titular: “Judit Mascó el gusto es nuestro. La más *top* de las modelos españolas recrea su hermosura en el caliente invierno de Costa Brava”.

La Sra. Judit Mascó demandó a Ediciones Zeta, S.A., Distribuciones Periódicas, S.A., y al Sr. José Calabuig, director del semanario, por considerar que los reportajes constituían una intromisión ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE), en el sentido del art. 7 [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](#) (LO 1/1982), y reclamó que se condenara solidariamente a los demandados a:

- a) Abstenerse en el futuro de realizar cualquier intromisión ilegítima en tales derechos.
- b) Difundir la Sentencia en *Interviú* con la misma cobertura que la del número 985.
- c) Indemnizar a la actora con:
 - c.1) 360.607 € en concepto de daño moral, 300.506 € por la publicación del número 985 y 60.101 € por la publicación del número 829.
 - c.2) 120.202 € en concepto de daño emergente y 300.506 € en concepto de lucro cesante por la publicación del número 985.
 - c.3) la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por el beneficio neto obtenido con el eventual aumento de ventas del número 985 respecto de números anteriores.

El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, en Sentencia de 31.7.1995, estimó en parte la demanda, declaró que los reportajes habían vulnerado los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la actora, y condenó solidariamente a los demandados a:

- a) Abstenerse en el futuro de realizar conductas semejantes.
- b) Difundir la Sentencia en Interviú con la misma cobertura que la del número 985.
- c) Indemnizar a la actora con:
 - c.1) 60.101 € en concepto de daños patrimoniales y 240.404 € en concepto de daño moral.
 - c.2) la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por el beneficio neto obtenido con el eventual aumento de ventas del número 985 respecto de números anteriores.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), en Sentencia de 29.11.1995, desestimó el recurso interpuesto por la actora, estimó parcialmente el de la parte demandada, absolvió a Distribuciones Periódicas, S.A., suprimió la condena de futuro por un eventual beneficio marginal neto y confirmó el resto de los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo, por su parte, estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, revoca la sentencia de instancia, desestima la condena por los daños patrimoniales, que no fueron probados, y rebaja la indemnización por daño moral a 48.080 €, de los cuales 12.020 € corresponden al número 829 y 36.061 € al número 985, porque considera que la cuantía fijada en la instancia era excesiva.

El Tribunal Supremo examina de forma separada los dos reportajes al efecto de valorar el daño moral causado a la actora (F. D. 3º):

- a) En relación con el primero, limita el alcance del daño moral derivado de la falta de correspondencia entre los títulos y el contenido del reportaje, porque la Sra. Judit Mascó es un personaje público y algunas de esas fotografías ya habían sido publicadas en una revista italiana con su consentimiento.
- b) En relación con el segundo, incorpora en la indemnización el mayor reproche que merece la suplantación de la imagen de la actora.

La Sentencia plantea de nuevo dos de las cuestiones más relevantes en relación con el daño moral, esto es, la dificultad de su cuantificación, de una parte, y su utilización recurrente por Jueces y Magistrados para indemnizar daños patrimoniales de difícil prueba o para sancionar comportamientos dolosos o gravemente negligentes, de otra ([Fernando GÓMEZ POMAR, "Daño Moral", InDret 1/2000](#)).

- a) Así, las características diferenciales del daño moral con respecto al patrimonial explican la dificultad que supone para Jueces y Magistrados asignar un valor económico a la angustia emocional o sufrimiento psíquico en que consiste, o a la pérdida de utilidad que comporta esta subclase de los daños personales, en términos del análisis económico del derecho, pues: i) afecta a bienes insustituibles o muy difíciles de sustituir, ya que no tienen mercado; y, ii) la pérdida de utilidad que comporta puede no ser reparable con dinero ni con bienes intercambiables por éste.

Estas mismas características explican la dificultad de baremar los daños morales, como pretendió llevar a cabo el legislador mediante el establecimiento de un sistema de baremos vinculantes para Jueces y Magistrados en la valoración de los daños personales causados en accidentes de circulación previsto en el Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobada por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Es equívoco, por tanto, considerar que el legislador ha baremado el daño moral, pues se ha limitado a entenderlo incluido en las respectivas indemnizaciones básicas por muerte, lesiones permanentes e incapacidades temporales.

En el ámbito de la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, el art. 9.3 LO 1/1982 dispone que en la valoración del daño moral el juzgador deberá atender «a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» y valorar «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». No obstante, Jueces y Magistrados recurren a estas pautas omnicomprensivas para omitir la justificación debida de las cuantías concedidas en concepto de daño moral. Esta discrecionalidad en la fijación de la cuantía indemnizatoria encuentra su justo límite en la posibilidad que tienen las partes de impugnarla en casación «cuando [las] pautas de valoración [previstas en el art. 9.3 LO 1/1982] no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional» (F.D. 3º). Ahora bien, los problemas de valoración del daño moral derivan de sus características propias y no de la redacción del art. 9.3 LO 1/1982, que no hace sino confirmar la dificultad de establecer pautas que efectivamente objetiven la valoración de este tipo de daño.

- b) La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en materia de protección civil de los derechos al honor, intimidad e imagen, está plagada de casos en que la partida del daño moral sirve de comodín para sancionar comportamientos dolosos o gravemente negligentes.

Así, en el caso resuelto por la STS, 1ª, 12.6.1998 (Ar. 4684), el Tribunal Supremo convalida una indemnización de 36.060,73 € impuesta a la revista “Tribuna” por haber publicado la noticia falsa de que la actora había obtenido un puesto en el Ministerio de Hacienda gracias a Alfonso Guerra. Acaso pueda considerarse sancionadora la condena de 24.040,48 € impuesta por la STS, 1ª, 17.4.2000 (Ar. 2567) a un periodista del diario “Alerta” que había acusado al presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, declarado de izquierdas, de provocador por presidir un Tribunal que iba a juzgar a un político de derechas.

Con cierta probabilidad, este propósito subyace en la condena a pagar 240.404 € por daño moral fijada en la instancia. Ni el Juzgado ni la Audiencia distinguen entre ambos reportajes a los efectos de cuantificar el daño moral, pero parece evidente que el mayor reproche que suscita la suplantación de la imagen de la actora en el segundo reportaje explica la elevada cuantía concedida.

La Sentencia ilustra la doble dificultad de probar y valorar el daño moral. Lo anterior no justifica, pero sí explica que Jueces y Magistrados se amparen con frecuencia en estas características para conceder indemnizaciones que no sólo compensan el daño moral, sino que también incluyen el reproche que suscita la conducta del demandado. En el caso, el Tribunal Supremo se limita a reducir la cuantía fijada en la instancia por considerarla desproporcionada, de forma que parece solventar la segunda de las cuestiones analizadas – esto es, el recurso a la indemnización por daño moral como sanción-, pero no la primera – esto es, la dificultad de valorarlo-, pues, como hicieron Juzgado y Audiencia, sigue sin justificar la cuantía finalmente concedida. No se puede pedir mucho más.