

# InDret

*El dret al valor comercial de la identitat (right of  
publicity) i l'il·lícit del desmèrit davant l'opinió pública  
(false light)*

*Comentari a la STS, 1a, 24.12.2003*

**José Luis González**  
Facultat de Dret  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm.: 243  
Barcelona, juliol de 2004  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

## *Sumari*

1. Fets
2. Honor i pròpia imatge: la seva autonomia
3. El dret a la pròpia imatge i el dret al valor patrimonial de la identitat (*right of publicity*)
  - 3.1. El consentiment
  - 3.2. Ús informatiu, artístic, d'espectacle, comercial o publicitari
4. Dret a l'honor i l'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*)
5. Conclusions

## 1. Fets

El 14 de novembre de 1993, el diari "El Mundo" al suplement 7 Días, va publicar un reportatge sobre el món de les drogues sintètiques, el consum d'alcohol i l'anomenada Ruta del Bakalao. El protagonista del reportatge es deia David, igual que el demandant, i al reportatge s'utilitzava una fotografia d'ell mateix. El peu de foto afirmava: "La verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo guay". La fotografia només complia una funció il·lustrativa i simbòlica, però la seva aparició al costat de l'article imputava de fet al demandant una relació directa amb el món de les drogues sintètiques, consum d'alcohol i l'anomenada "Ruta del Bakalao", la qual cosa podia desacreditar i desmerèixer el demandant davant bona part de l'opinió aliena i lesionar la dignitat i reputació del demandant.

El Jutjat de Primera Instància núm. 26 de Madrid va dictar sentència el 20 de setembre de 1995 en aquest litigi per vulneració del dret a l'honor i pròpia imatge del demandant contra la mercantil "Unidad Editorial, SA", la qual publica el diari "El Mundo" i altres tres demandats. La sentència, que acceptava parcialment la demanda, va condemnar els demandats al pagament solidari de 15.000 euros i a la publicació de l'encapçalament i decisió de la sentència a "El Mundo", en la mateixa pàgina, secció i dia de la setmana en què va ser publicat el reportatge controvertit.

En apel·lació, la secció 12a de l'Audiència Provincial de Madrid rebaixava la indemnització a 7.500 euros i mantenia la resta de la sentència de primera instància.

La sentència d'apel·lació, de 25 de novembre de 1997, va ser recorreguda en cassació davant el Tribunal Suprem, la denegació del qual, del 24 de desembre de 2003, és objecte d'aquest comentari.

## 2. Honor i pròpia imatge: la seva autonomia

Els drets que l'Ordenament Jurídic espanyol proporciona per protegir la intimitat, l'honor i el valor, tant de personal com patrimonial, de la pròpia imatge, els trobem a l'article 18 de la Constitució Espanyola i la Llei Orgànica 1/82 de 5 de maig. És debatuda la naturalesa autònoma dels drets allà reconeguts i encara que la doctrina la defensa majoritàriament, la jurisprudència sembla confondre'ls i el Tribunal Constitucional ha declarat que el vessant constitucional del dret a la pròpia imatge està intrínsecament unit al dret a la intimitat. No obstant això, atès que la Constitució Espanyola esmenta expressament la pròpia imatge, seria millor que la jurisprudència s'esforcés a buscar la seva especificitat. Per a una concepció de la pròpia imatge com un simple mitjà de vulneració del dret a la intimitat o l'honor no hagués estat necessari el seu reconeixement exprés.

La sentència de cassació objecte d'aquest comentari sí que diferencia entre aquests dos drets, com, malgrat algun solanament, es fa en els diversos Ordenaments Jurídics nord-americans.

### ***3. El dret a la pròpia imatge i el dret al valor patrimonial de la identitat (right of publicity)***

La protecció de la pròpia imatge es canalitza en l'Ordenament Jurídic espanyol a través del dret a la pròpia imatge, un dret fonamental el qual, d'acord amb la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional protegeix només els interessos personals del titular. Els interessos patrimonials, diu el Tribunal Constitucional, formen part d'un dret no fonamental i només protegit per la jurisdicció ordinària. En bona part dels Estats d'EUA, els interessos patrimonials de la pròpia imatge es protegeixen amb un dret autònom, el dret al valor patrimonial de la identitat (*right of publicity*), absolut i transmissible. Els interessos personals es protegeixen a través del dret a la intimitat (*right of privacy*).

La protecció de la pròpia imatge sol ser articulada de la següent manera en els diversos ordenaments. Primer s'ha de delimitar amb més o menys precisió què constitueix pròpia imatge, per a, un cop delimitat aquest espai, aplicar els factors triats per un Ordenament Jurídic concret per determinar la distribució de titularitats sobre allò que entenem per pròpia imatge.

En la sentència comentada, la pròpia imatge controvertida era la de la fotografia del demandant, la qual cosa no comportava cap mena de dubte sobre el seu objecte. No obstant això, la definició d'aquest no sempre és una tasca fàcil. El Tribunal Constitucional espanyol, ha inclòs en el concepte la veu i el nom (STC 117/94) i els diversos estats d'EUA arriben a incloure també la imatge dels dobles o imitadors de veu o, fins i tot, qualsevol element que permeti la identificació del titular pel públic o coneguts.

Un cop definit aquest espai (aquesta definició no sol ser mai tancada i hi pren un paper primordial la jurisprudència), un Ordenament Jurídic haurà de decidir quins factors incideixen en la distribució de titularitats, entre el control privat i la titularitat pública, sobre aquest mateix espai, els quals han de permetre la satisfacció dels interessos en joc.

Entre aquests factors ens trobem el consentiment, el qual és l'autorització del titular que converteix una activitat vulneradora de la pròpia imatge en lícita. És important determinar en cada moment l'abast i límit del consentiment donat per determinar què és una conducta lícita, com determina la sentència comentada.

Un altre factor rellevant d'aquests casos és, d'una banda, l'ús comercial o publicitari i, de l'altra, l'ús informatiu, artístic o d'espectacle. Els usos comercials o publicitaris de la pròpia imatge mereixen menor protecció en tots els ordenaments i sempre requereixen el consentiment del titular. L'ús informatiu, no obstant això, sol concedir una més gran immunitat al demandat, el qual veu la seva activitat protegida dependent del pes donat a la llibertat d'expressió i informació en el seu Ordenament Jurídic. En el cas comentat, no es tractava d'un ús comercial o publicitari de la imatge, sinó la seva utilització en un reportatge sobre el consum de drogues. La protecció donada a la imatge en molts ordenaments estatals d'EUA per mitjà del denominat dret al valor patrimonial de la identitat (*right of publicity*), sol limitar-se a l'ús comercial o publicitari d'aquesta,

i casos com el comentat haurien de ser resolts a través de l'il·lícit civil de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*), un dels components del dret a la intimitat als EUA, el qual prohibeix qualsevol activitat, inclosa l'activitat informativa, que essent falsa, desmereixi al demandant en l'estimació aliena. De tota manera, la doctrina desenvolupada pel Tribunal Suprem nord-americà sobre la llibertat d'expressió des de 1964 (els casos Sullivan, Time Hill i la seva matisació en Gertz com veurem a l'apartat 4), s'apliquen a l'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*). No obstant això, aquests mateixos principis no s'apliquen de la mateixa manera a l'objecte del dret al valor patrimonial de la identitat (*right of publicity*), com es va establir el cas Zacchini, on un home bala va veure retransmès tot el seu espectacle, el seu únic mitjà de vida, en un espai informatiu sense haver estat pagat per això. La companyia de televisió demandada, va afirmar la Supreme Court dels EUA, no tenia dret a apropiarse del valor comercial d'una actuació o una fotografia, simplement amb l'excusa del seu ús informatiu.

En l'Ordenament Jurídic espanyol, el significat dels termes comercial i publicitari són molt més amplis que als EUA, i una revista del cor, encara que informativa als EUA, sol ser considerada sovint una activitat comercial i, per tant, no protegida. Per això, al cas comentat, la publicació al suplement de "El Mundo", encara que sigui un espai informatiu, suposa una vulneració, ja que el periòdic estava utilitzant sense consentiment la fotografia del demandant per personalitzar el reportatge i augmentar així el seu atractiu comercial sense parar-se a pensar en el dany que això podria causar al demandant i sense haver pagat per això.

### 3.1. El consentiment

En aquesta sentència de cassació, el demandant havia atorgat consentiment per a la captació de la seva imatge i la seva publicació en un reportatge publicitari dels locals de moda a Pozuelo de Alarcón. El consentiment del titular es configura com un dels factors que pot traslladar la pròpia imatge del control privat del titular a un altre titular o a la titularitat pública. Precisament, el recurs de cassació es basava en què el demandant havia concedit el seu consentiment verbal per a la presa de la seva imatge en un lloc públic i per això, al·legava el recurrent, en tractar-se d'imatge consentida, no era necessari tornar a demanar-lo per a la seva publicació en un altre reportatge.

El 29 de març de 1996, el TS resolva un recurs de cassació on s'estableix l'abast del consentiment i la seva efectivitat per fer lícita una intromissió. En aquell cas, la model professional la senyora Cristina B., "conoció al fotógrafo don José A. M. y le solicitó sus servicios para hacerse con un archivo de fotos para exhibir a las Agencias. Realizado el reportaje fotográfico, le pagó las copias y se las llevó. Posteriormente, don José A. se puso en contacto con Ediciones Columna y le vendió los derechos de reproducción de una fotografía para la partida del libro «Deixe-me en pau», per un preu de 5.000 ptes. La fotografia es va publicar en blanc i negre en la portada de la segona edició del Llibre, sent l'autor del disseny gràfic de la portada el senyor Ricardo B Z., dedicat a aquesta mateixa activitat professional, el qual va rebre l'encàrrec de l'Editora amb unes fotografies, limitant-se a realitzar la tasca encarregada en entregar-li el material. De l'edició es van publicar uns 1.500 exemplars, dels quals van ser distribuïts per les llibreries tan sols 815, ignorant-se quants van ser venuts. La senyora Cristina, que va prestar el seu consentiment per a ser fotografiada pel senyor A., però no el va atorgar de forma expressa per a què la fotografia fos publicada enlloc, va presentar demanda, en exercici d'acció civil de protecció del dret a la

pròpia imatge, contra el fotògraf, l'editora i el dissenyador, sent aquest darrer absolt pel Jutjat i condemnats solidàriament els altres dos demandats a indemnitzar-la en la quantitat de 350.000 ptes (2.103,54 €), amb altres extrems sense rellevància als nostres efectes. Van apel·lar els condemnats i l'Audiència va confirmar la sentència impugnada (RJ 1996\2371, F D. 1r).

El recurrent en cassació afirmava el seu dret de propietat intel·lectual sobre la fotografia i la licitud de la cessió a tercer. A més a més, atès que la demandant havia atorgat el seu consentiment per a la fotografia i no constava que aquesta ho hagués revocat, no existia cap intromissió.

No obstant això, el TS va establir que si el consentiment ha de ser exprés, aquell qui al·legui l'existència de consentiment haurà de provar-lo, ja que així ho exigeix l'art. 1214 del CC. El consentiment per a la publicació de la fotografia no pot ser deduït a partir del consentiment prestat per a la captació i el recurrent no ha pogut provar que existia consentiment per a l'ús de la fotografia en el llibre esmentat.

Aquesta sentència és de gran rellevància ja que aclareix l'abast del consentiment mentre no sigui revocat expressament. Jurisprudència anterior, com l'establerta en la STS de 2 març 1991 semblava indicar que el consentiment s'atorga un cop i per a sempre, per la qual cosa si no hi ha revocació explícita, es podria continuar utilitzant indefinidament la imatge així obtinguda (Inmaculada HIGUERAS (2001), *El Valor comercial de la imagen: aportaciones del "right of publicity" estadounidense al derecho a la propia imagen*, EUNSA, Pamplona, p. 249).

En la jurisprudència nord-americana es poden citar, entre d'altres, tres casos, en els quals s'afirma la importància del consentiment i el seu àmbit per delimitar amb precisió les activitats lícites i il·lícites.

**Price v. Hal Roach Studios, Inc.** 400 F. Supp 836 (SDNY 1975)

Els demandants, les viudes dels famosos actors còmics, coneguts a Catalunya amb el nom artístic d' "El Fati i el Prim", sol·licitaven dels demandats, els estudis de cinema Hal Roach, el pagament dels beneficis obtinguts per l'ús comercial del nom i imatge dels actors. Els demandats, per mitjà de reconvençió, van sol·licitar que es declarés el seu dret a l'ús comercial del nom i imatge dels actors, ja que eren ells els titulars del *copyright* de les pel·lícules utilitzades comercialment.

El 26 de juny de 1975, el Tribunal federal del districte Sud de Nova York va afirmar que tot i el contracte laboral entre els actors i l'estudi, els actors conservaven els seus drets al nom i imatge i que aquest dret havia estat transmès mortis causa als hereus i no havien estat ni renunciats ni abandonats, com reclamava el demandat. Així, el dret de *copyright* pertanyent als estudis no donava dret a tot ús comercial del nom i imatge dels actors, ús que haurà de determinar-se per mitjà del consentiment dels actors.

**Dzurenko v. Jordache, Inc.** 88 AD2d 816, 451 NYS2d 102

Un model va demandar un fabricant de roba texana, una agència publicitària i una agència de models, reclamant una indemnització per vulneració del seu dret a la intimitat. El fabricant havia utilitzat una fotografia d'estudi del demandant com a pòster publicitari el qual va distribuir després a totes les botigues on es venien els seus productes. El 2 de juny de 1982, el Tribunal d'Apel·lacions de Nova York va decidir a favor del demandant, ja que encara que aquest havia consentit a la captació de la fotografia i a certs usos, aquests no incloïen l'ús realitzat pel demandant. Es va afirmar que una persona sempre té dret a limitar l'ús que es podrà fer de la seva fotografia, i tot ús més enllà dels termes del consentiment és il·lícit.

Si bé en els dos casos anteriors es tractava d'usos comercials o publicitaris d'antigues pel·lícules o de la imatge d'un model per anunciar roba texana, en cas següent, es debatia el dret d'una cadena de televisió a la retransmissió de campionats de boxa passats. En aquest cas, malgrat no ser un ús comercial o publicitari, el tribunal va exigir que es tingués en compte el consentiment del demandant.

**Ettore v. Philco Televisió Broadcasting Corp.** 58 ALR.2d 626, 108 USPQ 187

Un famós boxejador de Pennsylvania va demandar en els tribunals federals (diversitat de domicili de demandant i demandat) a la televisió de Filadèlfia reclamant una indemnització per la retransmissió a aquesta ciutat i a Nova York d'antics campionats de boxa sense el consentiment del demandant. Encara que en primera instància es va decidir a favor dels demandats, el 17 de gener de 1956, el tribunal d'apel·lacions federal del tercer circuit va afirmar que per a la retransmissió d'aquest tipus d'espectacles era necessari el consentiment dels participants i que, per tant, el boxejador demandant tenia dret a una indemnització.

### 3.2. Ús informatiu, artístic, d'espectacle, comercial o publicitari

La secció 47 del Restatement 3rd of Torts, dedicada a la competència deslleial, defineix què s'entén per "fins comercials o publicitaris":

Es considerarà un ús amb fins comercials del nom, la imatge i altres indicadors de la identitat d'una persona d'acord amb l'article 46 d'aquest Restatement, si s'utilitzen per anunciar els béns i serveis del demandat, o s'utilitzen en béns comercialitzats pel demandat o en connexió amb serveis prestats pel demandat. No obstant això, en general no es considerarà inclòs en la categoria d'usos amb fins comercials l'ús de la identitat d'una persona en informació periodística, opinió, espectacle, obres de ficció o no-ficció o en la publicitat d'aquests usos.

L'ús que "El Mundo" va fer de la fotografia del demandant era un ús informatiu, part d'un reportatge sobre el món de les drogues. Hem de preguntar-nos si aquest ús hauria de ser immune davant la pretensió del demandant de protegir la seva llibertat d'expressió i opinió.

El dret al valor comercial de la identitat (*right of publicity*) reconegut per bona part dels Estats nord-americans (és un dret estatal i no federal), tant en el seu dret jurisprudencial (*common law*)

com en el seu dret legislat (*statutory law*), està limitat per la llibertat d'expressió reconeguda per la Constitució federal. Així, l'ús de la identitat d'una persona amb una finalitat informativa o d'expressió d'idees no suposa normalment una vulneració del dret al valor patrimonial de la identitat (*right of publicity*) de la persona. A més, l'àmbit d'activitats immunes a una demanda per vulneració s'ha vingut interpretant extensivament. L'ús immune inclou els periòdics, les revistes i els butlletins informatius, però també abasta l'ús creatiu i d'espectacle, incloent obres tant de ficció com de no-ficció. Una biografia no autoritzada o l'ús de la identitat d'una persona en una novel·la, especialment si es tracta d'una persona coneguda, no suposa una vulneració. A més, l'ànim de lucre de l'editor del periòdic o novel·la no modifica el caràcter immune de l'obra. A diferència de l'Ordenament Jurídic espanyol, als EUA no s'identifica l'ànim de lucre amb els fins comercials.

No obstant això, si el nom o la imatge s'utilitzen simplement per atreure l'atenció cap a una obra no relacionada amb la persona identificada, es podria demandar amb èxit a qui hagués fet aquest ús de la imatge aliena. A més, si es pogués provar que el demandat havia utilitzat la identitat d'un altre simplement pel seu valor comercial com a model i no pel seu contingut informatiu o comunicatiu, el demandat podria ser declarat responsable per ús no consentit de la identitat del demandant. No és això el que va fer "El Mundo" en el seu reportatge? El periodista no tenia la intenció de comentar un assumpte d'interès públic el protagonista real del qual fos el demandant, sinó que la fotografia apareixia com a il·lustració, per augmentar l'atractiu del reportatge.

La jurisprudència nord-americana indica que el dret a usar la identitat d'un altre en notícies i obres semblants podria limitar-se si l'obra conté falsedats substancials. De tota manera és millor enquadrar aquest tipus de situacions com a vulneracions, no del dret al valor comercial de la identitat (*right of publicity*), sinó del dret a l'honor o a la intimitat, que als EUA, es divideix en quatre il·lícits, entre els quals es troba l'il·lícit del desmèrit davant l'opinió pública (*false light*).

Tingueu en compte que quan la imposició de responsabilitat es basa en la determinació de la falsedat o veritat de les declaracions del demandat, aquest té dret a totes les garanties constitucionals incorporades a les lleis que reconeixen el dret a l'honor i a la intimitat i penalitzen la seva vulneració i, no obstant això, la vulneració del dret al valor patrimonial de la identitat (*right of publicity*), per la seva naturalesa patrimonial, sol ser més immune a les exigències de la llibertat d'expressió, com va establir la Supreme Court nord-americana en el cas *Zacchini*, ja comentat.

#### **4. Dret a l'honor i l'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*)**

El Restatement 2nd of Torts, en la secció 652E, relativa a qualsevol mena de publicitat que desmereixi a una persona en la seva consideració pública, estableix:

Aquell qui doni publicitat a una qüestió relacionada amb una altra persona que suposi el desmèrit d'aquest davant l'opinió pública serà responsable per vulneració del dret a la

intimitat si

- (a) el desmèrit esmentat pogués causar una ofensa greu a una persona raonable, i
- (b) el demandat coneixia la falsedat de la qüestió publicada o del desmèrit que comportaria o va actuar amb menyspreu temerari cap a aquests.

Encara que l'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*), recollit a aquest article, forma part del dret a la intimitat, la seva naturalesa és més propera a la protecció dels interessos de l'honor. Allò que és il·lícit no és la publicació de fets privats sinó la falsedat d'allò que es publica.

De tota manera, encara que aquest il·lícit està relacionat amb la difamació, només requereix que el demandant hagi patit una publicitat que comporti desmèrit en atribuir-li certes característiques, creences o conductes que són falses, però sense que constitueixi necessàriament difamació.

L'esmentat Restatement suggereix un exemple que podria ser útil per comparar-lo amb els fets de la sentència comentada:

A és un taxista a la ciutat de Washington. El periòdic de B publica un article sobre el comportament dels taxistes d'aquesta ciutat, acusant-los de cobrar de més als usuaris. Per il·lustrar l'article, B utilitza la fotografia d'A, la qual cosa sembla implicar que A és un dels taxistes que estafen el públic. Com A no ha incorregut mai en aquest tipus d'activitats, B podrà ser demandat per un atemptat contra l'honor d'A i contra la seva intimitat, a través de l'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*) abans citat.

Un altre requisit indispensable és que la implicació sigui greument ofensiva per a una persona mitja. És a dir, el demandat serà responsable si coneix que amb la seva actuació, el demandant, com a persona mitja, té motius per sentir-se greument ofès per la publicitat soferta degut als seus efectes en la comunitat en què viu. Un reportatge exacte no és sempre possible i errors minsos no solen donar lloc a responsabilitat, fins i tot quan fossin intencionals o negligents. Ha de tractar-se de falsedat significativa respecte del caràcter, història, activitats o creences del demandant per a què comporti responsabilitat. La conducta que el reportatge "El Mundo" atribueix al demandant és prou seriosa com per no estar justificada, especialment quan la funció de la fotografia era la de model i il·lustració i no un reportatge real i fals sobre els gustos del demandant.

El Restatement ofereix un altre exemple il·lustratiu rellevant:

Un conductor negligent atropella una nena de deu anys, la qual no va tenir cap mena de culpa. Mentre jeia al sòl després de ser atropellada, un periodista li va fer una fotografia perfectament identificable. Uns anys més tard, la fotografia apareix com a il·lustració en un reportatge sobre la negligència dels nens com a principal causa dels accidents. El titular deia "Ho estan demanant a crits". Aquesta conducta comportaria una vulneració del dret a la intimitat, en la seva versió d'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*), que com dèiem, està molt més pròxima a la protecció de la reputació d'una persona.

La llibertat d'expressió reconeguda a la primera esmena de la Constitució dels EUA ha tingut gran importància en les accions per difamació, i en conseqüència, també en les d'intimitat, en la seva versió d'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*).

**New York Times Co. v. Sullivan (1964) 376 US 254**

El 1964, la Supreme Court dels EUA va afirmar que un funcionari o autoritat no tenia dret a ser indemnitzat per una publicació falsa i difamatòria, mentre no provés de manera irrefutable que el demandat coneixia la falsedat de la publicació o que va actuar amb menyspreu temerari cap a la seva veritat o falsedat. Aquesta regla s'estendria més tard a tota persona pública (vegeu § 580A del Restatement 2nd of Torts, per a una discussió detallada d'aquesta regla).

**Time, Inc. v. Hill (1967) 385 US 534**

En aquest cas, una revista publicava un reportatge il·lustrat sobre una obra de teatre basada en un succés real. En el reportatge, alguns elements de ficció de l'obra es feien passar per reals i eren imputats a les persones representades en l'obra. La Supreme Court va sostenir que la regla establerta en el cas Sullivan, explicat abans, s'aplica també als casos per vulneració de la intimitat en la seva versió d'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*). La vigència d'aquest precedent no està clara avui en dia.

Encara que el cas *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, (1970) 403 US 29, va estendre la regla de Sullivan, no solament a les autoritats i personatges públics, sinó a tota qüestió d'interès general. Aquesta posició ha estat rebutada en el cas *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, (1974) 418 US 323, el qual va limitar la regla del dol als casos d'autoritats i personatges públics, però va exigir l'aplicació d'un estàndard de negligència, en altres casos. D'aquesta manera, el cas *Gertz* deixa el precedent establert per *Hill* en incertesa.

El Tribunal Constitucional espanyol ha adoptat la regla establerta en el cas Sullivan i no considera la veritat o falsedat d'un reportatge en termes absoluts, sinó que només exigeix que el periodista hagi estat diligent en l'obtenció de la informació.

En el cas objecte d'aquest comentari, el demandant es tractava d'una persona privada que no tenia res a veure amb els fets relatats. D'aquesta manera, ni tan sols aplicant el test creat per la Supreme Court nord-americana en el cas *Hill*, el qual permetia la ficcionalització d'uns fets reals quan es tractés d'un tema d'interès general, es podria exonerar al demandat. Podríem al·legar, com va fer la Supreme Court el cas *Zacchini* ja comentat que un mitjà informatiu no té dret a apropiarse del valor comercial d'una actuació o una fotografia, simplement amb l'excusa del seu ús informatiu. Si "El Mundo" volia utilitzar la fotografia hauria d'haver pagat per això i haver compensat el demandant del dany que a judici seu li causés la publicació d'aquesta en un reportatge sobre el món de les drogues. En aquest cas, el dret a la pròpia imatge espanyol, funciona com un dret de contingut patrimonial absolut (*property right*), mitjançant una compensació fixada pel titular i no per una instància objectiva, com en les normes de responsabilitat.

La falsedat del reportatge controvertit resolt pel TS espanyol, no procedeix d'un relat més o menys inexacte d'uns fets, sinó de la utilització d'una fotografia que no tenia res a veure amb el

reportatge. La fotografia aquí era un simple model o maniquí que proporcionava un atractiu més gran a l'article. En definitiva, aquí no es debatia la llibertat d'expressió del periòdic en temes d'interès general com el consum de drogues sinó el dret d'un periòdic a no pagar per un ús no consentit d'una fotografia a càrrec del dany a la reputació del demandant.

## 5. Conclusions

El dret a l'honor i a la pròpia imatge són drets diferents, encara que de vegades l'ús no consentit de la pròpia imatge sigui un mitjà de vulneració del dret a l'honor.

La pròpia imatge és l'espai reservat al control privat i que no ha estat assignat a la titularitat pública per mitjà de factors com el consentiment (art. 2.2 i 2.3 de la Llei Orgànica 1/82), els límits (art. 8 de la Llei Orgànica) o l'ús que se'n faci de la imatge (7.5 i 7.6 de la Llei Orgànica). El consentiment, el qual transfereix la pròpia imatge del control privat a la titularitat d'un altre o pública (que en l'Ordenament Jurídic espanyol és revocable), ha de ser exprés i el seu titular té dret a limitar-ne el seu abast.

Els usos comercials no consentits són il·lícits, però els usos informatius, encara que normalment immunes, poden ser il·lícits, si l'ús representa una activitat que no té res a veure amb la informació. L'ús d'una fotografia com a model, en un reportatge d'interès general, simplement per incrementar l'atractiu del reportatge, no és un ús immune front les pretensions del seu titular. El dret al valor patrimonial de l'identitat (*right of publicity*) com a protecció autònoma de l'interès patrimonial de la pròpia imatge, la protecció del qual no està en conflicte amb altres interessos, racionalitza la protecció de l'interès patrimonial i no té per què afectar els interessos de la llibertat d'expressió, com es va establir en el cas Zacchini.

El dret a l'honor i l'il·lícit de desmèrit davant l'opinió pública (*false light*), els quals protegeixen interessos personals i no patrimonials, estan més restringits, especialment als EUA, pels límits de la llibertat d'expressió, que des de 1964, protegeix l'expressió falsa, sempre que hagi estat diligentment contrastada i la seva extensió més enllà dels reportatges sobre funcionaris i autoritats.

No obstant això, és difícil que un recurs d'empara interposat pels demandats contra la sentència comentada prosperés, ja que aquí no es debat la llibertat d'expressió i informació sobre un tema d'interès públic sinó l'ús d'una fotografia més enllà dels límits del consentiment, com un simple model, per augmentar l'atractiu del reportatge i sense haver pagat per això.