TEMA 4

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

I. LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

1. PANORAMA

La teoría de los derechos de la personalidad es de elaboración reciente en la Ciencia jurídica. Bajo la terminología de bienes o derechos de la personalidad —como contrapuestos a los derechos de contenido patrimonial— se discute la existencia de derechos subjetivos cuyo objeto venga constituido por los diversos bienes o facetas que integran el mundo corporal o anímico de la persona, de forma que ésta, sujeto de derecho, resulte ser al mismo tiempo el objeto del mismo.

La cuestión teórica no siempre ha estado orientada a la resolución de conflictos de orden práctico. Se ha cuestionado si realmente puede hablarse de un derecho cuyas facultades sean las de disposición sobre la propia persona. Se discute si existe un solo derecho de la personalidad, que englobaría todas las facetas relativas a la vida corporal (vida, integridad) y moral (honor, intimidad, propia imagen, intimidad, libertad personal e ideológica), o si, por el contrario, habrá que postular tantos derechos independientes como facetas de la personalidad. Se cuestiona igualmente si todos los derechos fundamentales constituyen derechos de la personalidad, y si es procedente un tratamiento de los mismos desde la perspectiva del Derecho privado. Se discute también si existen una serie de caracteres unificadores de todas estas facetas; y en este sentido es común predicar la condición de imprescriptibles, indisponibles, intransmisibles e irrenunciables de estos derechos.

La impresión que producen las teorías al uso es la de cierto abigarramiento y de falta de orientación en el tratamiento del problema. No tiene sentido duplicar en sede de Derecho civil una teoría de los derechos fundamentales, ya elaborada y explicada en el Derecho constitucional, ni se aprecia la necesidad ni el sentido de postular que, por ejemplo, el derecho a la libertad ideológica es un derecho *civil* de la personalidad.

2. LA CONSIDERACIÓN PRÁCTICA DEL PROBLEMA DESDE EL DERECHO CIVIL

Antes de proceder a la elaboración de una teoría procede aclarar cuál es el conjunto de conflictos prácticos que han de ser resueltos con ayuda de aquélla. Una vez que los pongamos de manifiesto, resultará claro que la construcción de una doctrina de los derechos de la personalidad deja de ser una necesidad, al menos en la forma en que se realiza en los tratamientos al uso.

1) El primer problema práctico que hay que solucionar es el de si los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución alcanzan eficacia interprivada o si sólo

son derechos de libertad frente a los poderes públicos. Esto es algo a lo que hemos atendido en el Tema 2 y a él nos remitimos. Existen, en efecto, derechos constitucionales que se pueden configurar como derechos de libertad o de protección frente al resto de los particulares. Pero para ello no es preciso configurarlos como específicos derechos civiles, o englobarlos como facetas de un derecho civil general de la personalidad. Se trata simplemente de que los derechos fundamentales no sólo se conciben como libertades, sino también como *valores* y como *reglas objetivas de derecho*, de validez en todo el campo de lo jurídico. Así, por ejemplo, la garantía del derecho de libertad ideológica y de culto impedirá que en la contratación laboral entre particulares se impongan al empleado deberes de declaración de sus ideas o creencias.

2) El segundo problema que hay que solucionar es el de configurar un ámbito de libertad de los particulares que les legitime para *desarrollar su personalidad* en todas las realizaciones de la vida. Que las personas puedan, por ejemplo, opinar libremente, constituirse su propia confesión ideológica o religiosa, orientar su conducta sexual en el sentido que les parezca, pintar su casa de color verde, configurar sus relaciones personales, dedicarse al oficio o actividad que les apetezca, etc. Para afirmar, como procede afirmar, una licitud general del desarrollo de la personalidad en todas las facetas de la vida no es preciso postular la existencia de un derecho con ese preciso contenido. Esta licitud pertenece al desenvolvimiento general del *libre desarrollo de la personalidad*, que se garantiza en el artículo 10 de la Constitución, y no precisamente como un derecho fundamental específico. Quiero decir con esto que todas las realizaciones positivas de la personalidad humana —que no dañen derechos de terceros o constituyan delitos tipificados por ley— quedan amparadas en este *principio* y *valor* constitucional, sin necesidad de elaborar para ello, precisamente, un *derecho civil* a mantener relaciones sexuales, a creer en la reencarnación de Buda o a pintar nuestra casa de color verde. Además, estas *realizaciones vitales* no constituyen tampoco el contenido de un específico derecho de la personalidad cuya denominación fuera el de derecho al libre desarrollo de la personalidad, y que englobaría y agotaría la faceta positiva de cualesquiera otros derechos de este orden.

En la jurisprudencia se ha planteado, y resuelto en este sentido, el problema relativo a la licitud del *cambio de sexo* cuando el que aparece en el Registro civil no coincide con el que biológica o emocionalmente es propio del interesado. El TS ha afirmado la existencia de este derecho, pero no como un específico derecho de la personalidad consistente en el cambio de sexo, sino como desenvolvimiento, protegido, de la libre personalidad garantizada en el artículo 10 CE (SSTS 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988). Desde una consideración similar —como emanación del libre desarrollo de la personalidad— es como hay que plantear la cuestión relativa al aborto, que es una decisión libre de la mujer en los términos previstos por el hoy artículo 144 de la LO de 23 de noviembre de 1995, que aprueba el Texto Refundido del CP (cfr. en este sentido la STS 4 de febrero de 1999, que rechaza que la madre pueda utilizar el hoy artículo 144 CP con efectos interprivados como si se tratase de una norma protectora de la mujer, que el médico hubiese violado al no darle ocasión de interrumpir su embarazo. Insiste el TS que el aborto no es un derecho de la mujer sino «una simple opción a tomar por la interesada, cuando concurren las condiciones legales, la cual queda impune por expresa declaración de un precepto legal» —declara el TS la exención de responsabilidad del médico en caso de nacimiento de un niño con graves taras físicas, por entender, dadas las condiciones del embarazo, que no era previsible este resultado ni exigible un tratamiento preparto más complicado—).

Otro tanto ocurre con el suicidio o con la huelga de hambre del activista político que declara su intención de fallecer de inanición. El suicidio no es un acto ilícito (no está penada en el CP la tentativa de suicidio), aunque tampoco se puede decir que existe un derecho al suicidio o a procurarse la muerte: que

no existe semejante *derecho* (por más que sea *lícito*), se desprende de la doctrina de STC 129/1990 en el caso de la huelga de hambre de los terroristas del GRAPO: éstos no pueden esgrimir frente a la Administración penitenciaria un *derecho a morir* que impidiera a aquélla la alimentación forzosa de los presos con objeto de evitar su muerte.

De la mayoría de los derechos reconocidos como derechos de la personalidad no cabría postular un contenido positivo de realización personal específicamente propio. De un lado, porque esta realización personal pertenece al ámbito del libre desarrollo de la personalidad. De otro, porque ni tan siquiera cabe hablar de una faceta de autorrealización que pueda ser protegida bajo la forma de derecho. Existe un *derecho a la vida* (art.15 CE), pero nadie tiene una pretensión contra otro o contra el Estado para que le provea de los medios de vida. Existe un derecho a la integridad física (art.15 CE), pero nadie dispone de una pretensión contra otro para que éste le libere de una lesión o una deformidad corporal. Existe un derecho general a la libertad de conciencia (art. 16 CE), pero nadie dispone de una pretensión a que otro le instruya o le convenza de algo o comparta una creencia. Existe un derecho al honor (art. 18 CE), pero nadie puede pretender de otro que le estime o aprecie o no piense de él que es un infame. Existe un derecho a la libertad de movimiento y domicilio (arts. 18.2 y 19 CE), pero no puedo reclamar de nadie que me traslade donde yo quiero o me deje vivir donde deseo (en relación con este derecho resulta de interés la STC 28/1999. Consideró el TC que el derecho fundamental a la libertad de residencia no queda vulnerado por el acuerdo comunitario de privar del uso de la vivienda. El carácter instrumental que tienen los derechos de disfrute de un bien en relación con el derecho a la elección de domicilio no debe alterar la consideración de que se trata de derechos privados, por más que sean los que permiten el desenvolvimiento de las relaciones y los ámbitos vitales garantizados por el derecho de libre elección de residencia).

3. La tercera cuestión con la que hemos de enfrentarnos es la relativa al resarcimiento de los daños que resulten de la conducta antijurídica de un tercero que lesiona intereses o valores no patrimoniales. La construcción de un *derecho general de la personalidad*, como uno más de los derechos subjetivos, es necesaria en aquellos Ordenamientos, como el alemán, en el que existe un sistema de resarcimiento taxativo del daño extracontractual. Pero entre nosotros tal construcción es innecesaria. Cualquier daño a un interés personal, se configure o no como derecho subjetivo, es fuente del deber de indemnizar si este daño es consecuencia causal de una conducta culposa y no justificada del dañante.

Para conceder una pretensión de resarcimiento por el daño a la integridad física no es preciso configurar este bien como un derecho específico. Antes de que la Ley Orgánica 1/1982 consagrara una protección específica al honor, intimidad y propia imagen, estos bienes ya estaban protegidos por la cláusula general de responsabilidad por acciones culposas, del art. 1.902 CC (cfr. STS 6 de diciembre de 1912, sobre el derecho al honor, protegido frente a las difamaciones). Si el incumplimiento de la agencia de viajes nos impide disfrutar de las vacaciones en los términos previstos, existe un derecho a obtener un resarcimiento por el *daño no patrimonial* que nos resulta del gozo frustrado; pero no existe realmente un derecho (dañado por la conducta de la agencia) que se denomine «derecho al goce vacacional».

4. El cuarto problema práctico es el de la transferibilidad o enajenabilidad del contenido de estos derechos. No tiene mucho sentido construir, como se hace, un derecho subjetivo al honor o a la libertad o a la intimidad —o un derecho general de la

personalidad que los englobe a todos— para después sostener que el contenido de estos derechos es intransmisible. Precisamente la construcción de la figura del derecho subjetivo tiene la utilidad de reservar al titular del derecho un conjunto de facultades que éste monopoliza mediante una defensa absoluta frente a terceros y que rentabiliza mediante la exclusiva del poder de disposición sobre este derecho.

Un derecho que no tenga contenido de disposición es un derecho subjetivo *imperfecto* (ver tema 12).

La cuestión sobre la disponibilidad de los bienes de la personalidad no se puede teorizar con carácter general ni hacerla depender de la construcción jurídica de estos bienes. En general, esta cuestión se resuelve con la aplicación de la cláusula de orden público. Es transferible toda posición jurídica, salvo que la transmisibilidad sea contraria a la moral o a los valores fundamentales de la valoración jurídica social. También ha de considerarse que es intransferible una posición jurídica que no tiene más valor que en las manos de su titular originario, o aquella cuya cesión a terceros comportara un rebajamiento de su titular originario a una condición subjetiva indigna, reprobada por el artículo 10 CE. En otras ocasiones, la intransmisibilidad del derecho actúa como un mecanismo de prevención general frente a un posible mercado por el que la salud o la vida se transfiriesen globalmente de las capas humildes de la población a quienes pueden pagarlo.

Una persona no puede enajenar su libertad, vendiéndose como esclavo, ni cobrar dinero por vender su vida. Nadie puede —porque no tendría ningún valor para un tercero— vender su ideología, privándose de ella. Nadie puede transferir a un tercero el derecho de decidir sobre la mutilación de su cuerpo, ni se puede ceder a otra persona el derecho de decidir cuándo hemos de suicidarnos. En cambio la conciencia social, incluso en ausencia de leyes, valora de otra manera la cesión por precio de partes separadas del cuerpo no indispensables para la subsistencia, como la sangre o el semen (sin embargo, prohibidas, como veremos). El Ordenamiento no puede tolerar, en cambio, la venta de riñones o de corazones, ya que entonces habría poderosos incentivos para que las clases desfavorecidas estuvieran dispuestas a sacrificar su salud e integridad física a cambio de una mejora económica: se trata de una defensa paternalista contra la propia irracionalidad del sujeto, prohibiéndole hacer aquello que le dañaría a largo plazo.

Sobre el honor, la intimidad y la propia imagen, ver *infra*.

Otra cosa distinta de la cesión del contenido del derecho es la autorización (incluso por precio) para que un tercero pueda proceder sobre nuestra esfera corporal o anímica en una forma que sería ilícita a falta de autorización. Se trata de supuestos en los que, mediante la licencia del titular, se elimina la antijuricidad de la conducta ajena.

Cualquier actuación consentida de un tercero sobre nuestro honor o intimidad o propia imagen es lícita, aun mediando precio (art. 2 LO 1/1982). Las intervenciones médico-quirúrgicas —que atentan objetivamente a la integridad física— son lícitas si están autorizadas (art. 156.1 TR del CP de 1995). Lo es incluso la esterilización sexual de un incapaz en las circunstancias previstas en el artículo 428 CP —hoy 156.2 TR del CP de 1995— (STC 215/1994) —la SAP de Barcelona 6 de octubre de 1995 (AC 1995/2045) declara que la constitucionalidad del artículo 428 CP no equivale a la automática autorización de estas operaciones. Ha de alegarse y probarse debidamente que la esterilización es lo mejor para el bienestar y el desarrollo del incapaz— Sin embargo, la eutanasia sigue siendo delito (art. 143.4.º del TR del CP de 1995) y el consentimiento del afectado no excluye la ilicitud del homicidio.

No siempre es fácil distinguir entre una *transmisión* de facultades y una simple *autorización* a la injerencia ajena. Allí donde el consentimiento conlleve la adquisición

por el tercero de los provechos o utilidades reservados por la norma a su titular, habrá que hablar de transmisión y no de simple licencia para actuar. Esta es la diferencia entre una autorización para intervenir con carácter terapéutico y un consentimiento para ceder un riñón a un tercero. Pues el médico que interviene quirúrgicamente no obtiene con su intervención ninguna ventaja en su favor del bien corporal que eventualmente pueda extraer del paciente.

3. EL TRATAMIENTO CIVIL DEL PROBLEMA

Después de lo que hemos expuesto, se aprecia que el tratamiento desde el Derecho civil de estos derechos reconocidos en el texto constitucional sólo se justifica cuando exista alguna particularidad en el régimen de protección frente a los daños, o cuando exista una regulación determinada respecto del régimen aplicable a la transmisión de los derechos; pues ambas son cuestiones exclusivas del Derecho civil.

En este Tema sólo nos referiremos de modo específico a los derechos sobre la propia integridad corporal y a los derechos de honor, intimidad y propia imagen, y al derecho moral de autor. Al final haremos una referencia al derecho al nombre.

II. EL DERECHO SOBRE LA INTEGRIDAD CORPORAL

1. EXTRACCIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS

Están regulados por la Ley 30/1979 (sobre extracción y trasplante de órganos). El RD 2.070/1999, de 30 de diciembre, regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos (su disposición derogatoria única deroga, entre otras disposiciones, el RD de 22 de febrero de 1980 por el que se desarrolla la Ley 30/1979). La hemodonación y los bancos de sangre se regulan por el RD de 9 de octubre de 1985. El RD de 22 de octubre de 1993 regula los requisitos técnicos y las condiciones mínimas de hemodonación y bancos de sangre. La Orden de 7 de febrero de 1996 determina los criterios y condiciones de exclusión de donantes de sangre. La extracción e implante de tejidos humanos se regulará —sin perjuicio de lo establecido en el capítulo V del RD de 1999— por el RD de 1 de marzo de 1996, que regula las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos (regidas, como la donación de órganos, por los principios de finalidad terapéutica, gratuidad y confidencialidad).

Nos referiremos solamente a la regulación jurídico privada, dejando al margen el régimen jurídico de autorizaciones administrativas de centros hospitalarios y las condiciones técnicas para la práctica de estas intervenciones.

Respecto de la donación y trasplante de órganos, el régimen básico, tratándose de *donante vivo,* es como sigue. Sólo podrán realizarse con fines terapéuticos, en los centros autorizados al efecto (arts. 4.1, 9.6 y 11 RD 2.070/1999, de 30 de diciembre). No se podrá percibir gratificación alguna por la donación de órganos humanos por el donante, ni por cualquier otra persona física o jurídica (art. 8.1 RD/1999). Los donantes vivos han de ser mayores de edad, con plenas facultades mentales, y un estado de salud adecuado [art. 9.1.*c*) RD/1999]. No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de sus padres [art. 9.1.*e*) RD/1999]. El consentimiento debe prestarse por escrito ante la autoridad competente (juez encargado del Registro civil del lugar donde haya de practicarse) —art. 9.4 RD/1999—. El donante deberá firmar el documento de cesión manifestando su conformidad con la donación, dicho documento deberán firmarlo también el médico que realice la extracción y los demás asistentes (entre la firma del documento y la extracción del órgano deberán transcurrir, al menos, 24 horas). En ningún caso se procederá a la extracción sin la firma previa de ese documento (art. 9.4 RD/1999). Se requiere que la donación se causalice al trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida (art. 9.1.*e*) RD/1999). No cabe donación de un órgano cuya extracción sea incompatible con la vida del donante o que disminuya gravemente su capacidad funcional —art. 9.1.*b*) RD/1999—. El estado de salud físico y mental del donante deberá ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará de los riesgos inherentes a la intervención y de las consecuencias de ésta (art. 9.3 RD/1999).

No podrán facilitarse ni divulgarse informaciones que permitan la identificación del donante y del receptor de órganos humanos (art. 5.1 RD/1999). La realización de los procedimientos médicos relacionados con la extracción no será, en ningún caso, gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido (art. 8.2 RD/1999).

A diferencia del régimen común de las donaciones, el consentimiento del donante es siempre revocable antes de la intervención, sin exigencia de formalidad alguna y sin que pueda exigírsele indemnización (art. 9.5.RD/1999)

No cabe, pues, una donación cuyo objeto no sea el de asegurar las posibilidades de supervivencia del receptor. Respecto del requisito de anonimato, es inviable en la práctica: si la donación ha de ser en favor de persona determinada (y no en favor de un colectivo del cual los médicos determinarán ulteriormente el beneficiario) no es posible en la práctica que donante y receptor no se lleguen a conocer entre sí, sobre todo tratándose —como normalmente es el caso— de familiares. La ley quiere asegurarse que no se cobra precio. Pero si de hecho este precio es abonado, el trasplante no puede ser «anulado», y tampoco podrá el receptor exigir que se le restituya el precio que pagó (véase el art. 1306 CC). Obsérvese igualmente que esto ocurre con la cesión de órganos en la que concurra cualquier infracción al régimen legal: una vez que se ha practicado (y, acaso, pagado), ya no se puede retrotraer la situación a su estado previo a la cesión.

La extracción de órganos de *personas fallecidas* requiere que se acredite el hecho de la muerte, en las condiciones técnicas requeridas por la norma (cfr. art. 10. 2, 3 y 4 RD/1999). La extracción de órganos de donantes fallecidos se realizará con fines terapéuticos siendo preciso que la persona fallecida no haya dejado constancia expresa de su oposición para que después de su muerte se realice la extracción de órganos. La oposición podrá referirse a cualquier clase de órganos y se respetará cualquiera que sea la forma en que se haya expresado [art. 10.1.*a*) RD/1999]. Siempre que las circunstancias no lo impidan se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la naturaleza, necesidad y circunstancias de la extracción [art. 10.2.*b*) RD/1999].

El trasplante de órganos humanos sólo se podrá efectuar en centros autorizados para ello, con el consentimiento previo y escrito del receptor o sus representantes legales. Aquel debe haber sido informado de los riesgos de la operación. El documento en que conste el consentimiento informado del receptor irá firmado por el médico que informó al receptor, por éste mismo o por sus representantes legales. El documento quedará archivado en la historia clínica del paciente y se facilitará copia del mismo al interesado (art. 15 RD/1999).

En los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, antes de efectuarse la extracción de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de la diligencias penales (art. 10.5 RD/1999).

La Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, contiene en su artículo 11 una importante previsión que afecta al tema de la donación de órganos y que se conecta con cuestiones de candente actualidad (eutanasia). Se refiere al documento de *instrucciones previas* (voluntades anticipadas) por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, con objeto de que ésta se cumpla cuando llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos, o, una vez llegado el fallecimiento, *sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo*. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el momento, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas (que deberán constar siempre por escrito y pueden revocarse libremente, dejando constancia también escrita. La ley prevé la creación de un Registro Nacional de instrucciones previas que se regirá por la normas que reglamentariamente se determinen).

En cualquier caso, según la Ley de 14 de noviembre de 2002 toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado una vez que, recibida la información correspondiente, haya valorado las opciones propias del caso (arts 8-10). El art. 4 regula el derecho de información del paciente —renunciable, conforme al artículo 9 de la Ley— a los efectos de conocer, con motivo de cualquier actuación sobre su salud, toda la información disponible sobre la misma. El consentimiento informado del paciente será verbal, por regla general, aunque se prestará por escrito cuando los procedimientos a aplicar supongan riesgos o inconvenientes notorios para su salud. Puede ser libremente revocado por escrito en cualquier momento. Se podrá prestar el consentimiento por representante en el caso de pacientes incapacitados legalmente, menores de edad o cuando el estado físico o psíquico del paciente no le permita hacerse cargo de su situación (varias Comunidades Autónomas disponen de Leyes similares a la Ley 14 de noviembre de 2002 —que tiene la condición de básica, de conformidad con el artículo 149.1.1.ª y 16.ª CE (Disp. Adic. 1.ª)—. Son: Cataluña —Ley 21/2000—; Galicia —Ley 3/2001—; Extremadura —Ley 10/2002—; Aragón —Ley 6/2002— y Navarra —Ley 11/2002—. Esta última, permite que en situaciones irreversibles para la vida el documento de voluntades anticipadas incorpore manifestaciones para que se evite el sufrimiento con medidas paliativas y no se prolongue la vida artificialmente —frase de dudosa legalidad—).

Por lo que se refiere a la *donación de sangre*, su régimen resulta de los RRDD 1.945/1985 y 1.845/1993. La Orden de 7 de febrero de 1996 determina los criterios y condiciones de exclusión de donantes de sangre. De los preceptos reseñados resulta que la extracción deberá realizarse bajo control y vigilancia médica en los términos reglamentariamente autorizados. Sólo puede cederse por vía de donación y con objeto de proceder a su transfusión o la obtención de derivados terapéuticos. El donante tiene derecho a un reconocimiento médico gratuito antes de cada extracción, a obtener información de las anomalías observadas y a obtener reparación de los daños. Deberán ser personas de edad comprendida entre los dieciocho y sesenta y cinco años, aunque excepcionalmente se admitirán donaciones de personas que excedan esta edad. El intervalo mínimo entre extracciones no podrá ser, salvo circunstancias excepcionales, inferior a dos meses, y el número máximo de extracciones anuales no podrá ser superior a cuatro en los hombres y tres en las mujeres.

2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Están reguladas por la Ley 35/1988. La regulación comprende las técnicas de inseminación artificial, fecundación *in vitro*, con transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos. EL RD 412/1996, de 1 de marzo, regula los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida. Regula también la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones (la Orden de 21 de marzo de 1996 establece las normas de funcionamiento de este Registro). El RD 413/1996 reglamenta los requisitos técnicos y funcionales para la homologación de centros y servicios sanitarios relacionados con la técnicas de reproducción asistida (el RD 21 de marzo de 1997 crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida).

Las técnicas de reproducción asistida sólo se utilizarán con fines de procreación, y en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario. Se prevé igualmente la posibilidad de autorizar administrativamente estas técnicas con fines de investigación genética. Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con un fin distinto al de la procreación humana.

Sólo pueden practicarse las técnicas de reproducción asistida en mujeres mayores de edad que hayan aceptado conscientemente la aplicación de esta técnicas, y este consentimiento será siempre revocable. Si están casadas, será preciso igualmente autorización de su marido no separado legalmente o de hecho. La donación de gametos y preembriones por parte del varón no conllevará, como su nombre indica, precio alguno, y será revocable sólo cuando el donante precise para sí los gametos por causa de infertilidad sobrevenida. La ley impone el anonimato del donante; ni la mujer receptora ni los hijos resultantes de la aplicación de esta técnica tienen derecho al conocimiento de la persona del donante, salvo en circunstancias extraordinarias que comporten peligro para la vida del hijo; incluso en este caso, la identificación del donante no supone reconocimiento ni determinación a su cargo de la filiación.

Será nulo el contrato de maternidad asistida, por el que una mujer acepta (con o sin precio) gestar ordinariamente un óvulo fecundado propio o ajeno, con el pacto de transferir la filiación a otra u otras personas. Prohíbe también la ley que el material reproductor del marido pueda ser aplicado a su mujer después de fallecido éste, salvo que aquél lo autorice en escritura pública o testamento, que sólo será eficaz en este extremo durante los seis meses siguientes al fallecimiento [la SAP de La Coruña 3 de noviembre

de 2000 (AC/2001/183) establece que si el marido no consiente la inseminación *post mortem*, no puede practicarse con consentimiento de otros familiares o del juez].

La ley considera infracciones muy graves la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación, el mantenimiento *in vitro* de los óvulos fecundados, mantener vivos a los preembriones con objeto de obtener muestras, comerciar con preembriones o sus células, utilizar preembriones con fines cosméticos, mezclar semen de distintos donantes para inseminar una mujer, la selección del sexo o manipulación genética con fines no terapéuticos o no autorizados, la fusión de embriones entre sí con objeto de producir quimeras, el intercambio genético humano con otras especies, la transferencia al útero, en un mismo tiempo de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres, etc. Su tipificación penal se recoge ahora en los artículos 159 a 162 CP.

La ley se hace cargo de un peligro de consecuencias mundiales, latente siempre en toda investigación y práctica de ingeniería genética. Es dudoso que una simple prohibición legal pueda entorpecer o trabar los avances científicos o poner freno a la curiosidad. Parece seguro que en la medida en que la técnica permita realizar estas conductas prohibidas *alguien lo hará*, iniciando una cadena de excesos cuya meta imaginable es la manipulación genética del código humano. Desde el punto de vista del Derecho civil, lo que procede decir aquí es que estas prohibiciones son apenas capaces de dar lugar a sanciones eficaces. Si se repasa la lista (meramente enunciativa) de conductas prohibidas se puede apreciar que el Derecho civil no puede suministrar instrumento eficaz de represión para los casos de conculcación de la norma, pues los resultados no son «reversibles» ni existe seguramente ningún otro particular especialmente legitimado para pretenderlo ante un tribunal. La Ley de 21 de noviembre de 2003 modifica los artículos 4 y 11 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988. En el artículo 4 se limita a tres el número de embriones que pueden ser transferidos y fecundados en cada ciclo reproductivo. El artículo 11 establece el régimen de uso de embriones criocongelados, únicamente con fines de reproducción asistida. La Disposición Adicional única de la Ley crea el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa. La Ley de 29 de abril de 2002 de modificación de la Ley de Patentes para la adaptación al Derecho español de la Directiva comunitaria de protección de las invenciones biotecnológicas, establece en su artículo 5 que no podrán ser objeto de patente los procedimientos para la clonación de seres humanos, los de modificación de la identidad genética germinal del ser humano ni las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales.

3. UTILIZACIÓN DE EMBRIONES O FETOS HUMANOS

Complemento de la ley anterior es la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos. Sólo pueden ser donantes los progenitores, y prestar su consentimiento por escrito. La donación sólo puede tener por objeto embriones o fetos no viables o clínicamente muertos, y no podrá provocarse el aborto con este fin. La donación sólo puede responder a fines terapéuticos, de diagnóstico, experimentales o de investigación. En caso de que las células, tejidos u órganos embrionarios o fetales sean transplantados a otra persona (enferma), deberá prestar ésta su consentimiento por escrito (o sus representantes legales o —a falta de éstos— sus familiares, si se trata de menores o incapacitados).

El supuesto recogido en la Ley 42/1988 (donación de células, tejidos u órganos de embriones o de fetos humanos) queda excluido del ámbito de aplicación de la Ley 30/1979 y del RD de 30 de diciembre de 1999. La Ley 42/1988 no recoge la donación con fines de gestación. La STC 212/1996 considera que esta Ley no supone un atentado al nasciturus como bien jurídico, pues el embrión no viable ha de considerarse como muerto, y, por tanto, nada impide su tráfico o utilización como cosa (el voto discordante del Sr. Gabaldón se debió a la consideración de que no es lo mismo un feto o embrión no viable que uno muerto). La STC declara nulos los artículos 5.1 y 9.1 de la Ley, que no inciden en el régimen sustantivo.

III HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

1. REGULACIÓN

El artículo 18.1 CE configura como fundamentales (protegibles por la vía del recurso de amparo) los derechos al honor, intimidad y propia imagen. El artículo 20.4 configura estos derechos como un límite constitucional a la libertad de expresión. En desarrollo de estas normas, la LO 1/1982, de 5 de mayo, regula la protección civil de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. La LO 2/1984, de 26 de marzo, regula el derecho de rectificación, y la Ley Ogánica 15/1999, de 13 de diciembre, el tratamiento automatizado de datos de carácter personal. A esta normativa hay que añadir la protección penal frente a las calumnias (arts. 205 a 207 TR del CP de 1995) e injurias (arts. 208 a 210 del TR del Código Penal de 1995). Las disposiciones generales comunes a ambas se contienen en los artículos 211 a 216. Los artículos 197 a 201 TR CP de 1995 se refieren al descubrimiento y revelación de secretos.

Tradicionalmente, los Tribunales civiles consideraban que la protección penal era preferente a la civil cuando los atentados al honor (difamación) constituían delitos de desacato o injurias a agentes públicos, mientras que, tratándose de delitos perseguibles a instancia del perjudicado (calumnias e injurias), éste era libre de elegir la vía civil o penal (SSTS de 22 de octubre de 1987; 11 de octubre de 1988 y 27 de enero de 1989). Pero la STC 241/1991 ha venido a modificar esta situación; según el TC, los tribunales civiles no se pueden declarar incompetentes, aunque se trate de un delito perseguible de oficio, si en el momento de la demanda civil no se ha promovido proceso criminal o si la previa calificación penal de la conducta no es requisito imprescindible para que el juez civil pueda enjuiciar la ilicitud (civil) de la difamación. El TS sigue también en la actualidad esta línea (SSTS 26 de febrero de 1992 y 4 de abril de 1992).

Las acciones civiles de reparación y de indemnización frente a los atentados a los derechos al honor, intimidad y propia imagen caducan a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarlas (art. 9.5.º LO 1/1982).

Los menores son también titulares de los derechos reconocidos en la Ley Orgánica de 1982. La LO 1/1996, de 15 de enero, introduce en su artículo 4 determinadas modificaciones al régimen jurídico de estos derechos en relación con los menores. Así, la difusión de información o utilización de imagen o del nombre que pueda implicar intromisión ilegítima en su intimidad u honor *o sea contraria a sus intereses*, determinará la intervención de Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares o solicitará las indemnizaciones pertinentes. No excluye la existencia de intromisión en el honor o la intimidad el consentimiento del menor o de sus representantes legales. El respeto a estos derechos no sólo se impone a los poderes públicos, sino también a los padres o tutores. El Ministerio Fiscal estará siempre legitimado procesalmente. No se dice en la nueva Ley Orgánica que los consentimientos para autorizar o ceder el ejercicio de

estos derechos correspondan a los propios menores. Debe entenderse que sigue vigente el art. 3 de la LO 1/1982.

2. CONCEPTO DE HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

1) Según el TS, el *honor* queda protegido bajo dos distintos aspectos. El de la inmanencia, como estimación que cada persona hace de sí misma; y el de la transcendencia u objetividad, como estimación que los demás hacen de nuestra dignidad (STS 2 de marzo de 1989). Jurisprudencialmente ha sido muy discutido si el honor protegido por la ley especial comprende también el prestigio profesional o comercial, lo que haría extensible la protección a las sociedades lucrativas; la última jurisprudencia del TC (SSTC 40/1992 y 223/1992) y del TS (STS 15 de abril de 1992) defiende de modo concluyente que el prestigio profesional está comprendido en el ámbito de la ley; con todo, en estos casos no cabe hablar de una faceta subjetiva del honor como autoestima, sino exclusivamente de un valor objetivo o social del mismo como reputación o prestigio (la STC 183/1995 consideró que atenta al honor de la persona jurídica titular de un pub la noticia genérica sobre el mundo nocámbulo y las drogas, ilustradas ocasionalmente, y sin conexión de imputación alguna, con la imagen del local de la actora). Sin embargo, el TS consideró que no cabe apelar a la defensa al honor cuando la noticia no afecta *nominatim* a la persona sino al establecimiento comercial de que es dueño (concretamente un bar del que se publica es lugar de reunión de activistas de ETA —STS 30 de noviembre de 1995—).

La infracción típica en materia de honor es la *difamación*. El artículo 7.7.º Ley Orgánica 1/1982 (en la versión que le ha dado la Disp. Final 4.ª del nuevo CP) la define como la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama atentando contra su propia estimación. En verdad, y contra lo que establece la ley, sólo existe difamación si se divulgan *hechos falsos* relativos a una persona cuando la hagan desmerecer del público aprecio. La divulgación de hechos verdaderos, siempre que no pertenezcan al ámbito de la vida privada de la persona, no es nunca difamación aunque dañen la reputación o fama del ofendido (la STC de 25 de febrero de 2002 considera que no hay atentado contra el honor en una noticia publicada por El País sobre antecedentes penales por hurto del solicitante de amparo por tratarse de una información veraz y comprobada conforme a los cánones de la profesión informativa). En el mismo sentido la reciente STS de 17 de julio de 2003.

Distinto de la difamación, pero también ilícito, es el *insulto ultrajante* de una persona. A diferencia de la difamación, se trata de una conducta ofensiva que, por increíble, no pone en entredicho el juicio ajeno sobre la reputación del ofendido (Pablo SALVADOR). Un caso de difamación por ultraje, en la STS 19 de enero de 1988, en el que el conocido José María García llamó a un presidente federativo «paniaguado, pelota, figurón».

2. El derecho a la *intimidad* se define como un derecho de exclusión de las injerencias de terceros en el espacio de la vida privada o familiar de las personas. Se trata de una reserva frente al acceso público y de atribución a cada persona de una zona excluyente en la que puede desarrollarse libremente.

Este derecho «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesarios, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana» (SSTC 209/1988, 143/1994).

De acuerdo con una clasificación que procede del jurista americano PROSSER, los atentados a la intimidad son de cuatro tipos: *a*) la apropiación de la imagen o apariencia de una persona; *b*) la intrusión en su vida privada; *c*) la divulgación de hechos relativos a la vida privada si son ofensivos y el público no tiene interés legítimo en conocerlos, *d*) la publicidad que tergiversa los hechos de la persona, falseando su imagen ante el público.

La Ley Orgánica 1/1982 cataloga una serie de atentados que pueden considerarse como injerencias ilícitas en la intimidad ajena. Estarían entre ellos el emplazamiento de cualquier medio apto para grabar o reproducir la vida de las personas (art. 7.1.º: obsérvese que no es preciso el uso de esos aparatos ni la divulgación de la información que capten); la utilización de aparatos o medios técnicos para el conocimiento de la vida privada de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de estos medios, así como su grabación y reproducción (art. 7.2.º); la divulgación de hechos relativos a la vida privada de las personas (art. 7.3.º), incluso si fueren conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (art. 7.4.º); la captación de la imagen de una persona en momentos de su vida privada (art.7.5.º). Algunas de estas conductas se tipifican como delito en los artículos 197 y 199 TR CP/1995.

Las hipótesis comprendidas en la Ley Orgánica 1/1982 se reducen a los atentados resultantes de la divulgación o intrusión. Pero existen otros muchos aspectos en los que es relevante la reserva del derecho a la intimidad. Así, la tutela de la intimidad corporal de los presos frente a las órdenes humillantes de sus carceleros (STC 57/1994). En la misma línea la STC 218/2002 que considera atenta a la intimidad un cacheo con desnudo integral de un recluso, cuando no hay causas justificadoras especiales para ello.

El TC ha sido muy restrictivo para admitir que la reserva sobre los datos económicos del sujeto, que se quieren celar frente a las autoridades correspondientes, constituyan un aspecto comprendido en el derecho de la intimidad (SSTC 110/1984, 76/1990, 240/1992, 57/1994).

A diferencia de la difamación en sentido estricto, la intimidad está protegida *incluso frente a la verdad*. Siempre que se trate de vida privada, sobre la que el público no tenga un interés legítimo en conocer, la divulgación de hechos ciertos es ilícita (SSTS 18 de julio de 1988, 20 de febrero de 1989).

Normalmente, la protección del honor y de la intimidad aparecen entremezcladas en los procesos de difamación. Esto ocurre cuando el hecho divulgado es falso o/y atenta a la vida privada. Pero las condiciones de protección son distintas. La divulgación de hechos ciertos sobre temas en los que la colectividad está legítimamente interesada no es ilícita, salvo que se deslicen en la información alusiones, innecesarias a la noticia, sobre la vida privada de la persona.

El caso más evidente al respecto es el *caso Patiño*, piloto de IBERIA fallecido con todos los pasajeros en un accidente aéreo ocurrido en Bilbao. El TC absolvió al medio de comunicación que, al hilo de la noticia, divulgó datos relativos a la situación depresiva por la que pasaba el piloto; pero condenó a otro me-

dio de comunicación que, además de estas referencias, aludía a las relaciones sexuales privadas del piloto y a su afición a la bebida, como extremos irrelevantes para el público conocimiento de los hechos (SSTC 171/1990 y 172/1990).

3. El derecho a la propia imagen concede a su titular la facultad de reproducir, publicar o comerciar la propia imagen, y de prohibir a terceros la obtención, reproducción o divulgación por cualquier medio de la imagen o aspecto físico de una persona sin su consentimiento (SSTS 9 de mayo de 1988, 9 de febrero de 1989).

No siempre es fácil distinguir entre intimidad y propia imagen. De hecho, la Ley Orgánica 1/1982 mezcla las intromisiones a una u otra. Realmente, el derecho a la propia imagen es un derecho de carácter doble. Existe una faceta de imagen-vida privada, que se protege en la forma de derecho a la intimidad (art. 7.5.º); y existe otra que se tutela desde el punto de vista exclusivamente patrimonial, y que puede caracterizarse como un *derecho de publicidad* del que están investidas las personas de notoriedad, y cuyo contenido es el control del uso *comercial* o lucrativo de la imagen de estas personas (art. 7.6.º). La protección es distinta en ambos casos. En rigor, cuanto mayor sea la notoriedad pública de una persona, menor será el ámbito protegido de su imagen-intimidad y mayor el de su imagen comercial. Pues a la persona de relevancia pública le corresponde tanto menos intimidad cuanto mayor es su exposición voluntaria al mercado público; pero, por ello mismo, mayor es la cuota de protección del valor patrimonial de su imagen, pues mayor es igualmente el beneficio que terceros pueden obtener con la explotación comercial de la misma. En las personas «privadas», la protección de la imagen viene a confundirse con la protección de su intimidad o vida privada.

El derecho a la propia imagen de un obrero, que le permite oponerse a una campaña promocional de su empresa en la que se utiliza la imagen de aquél, no es más que un expediente de protección de un ámbito de esfera personal que garantice su intimidad (STC 99/1994).

3. Ámbito de protección

La protección civil del honor, intimidad y propia imagen quedará delimitada por las leyes y los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia (art. 2.1.º LO 1/1982). No existe, por tanto, un contenido normativo fijo de estos derechos, siendo cada persona la que con su conducta establece el nivel de su reputación o el círculo de su privacidad. De esta forma, un sujeto que haya perdido por sus propios actos el crédito del colectivo social en el que se mueve no puede ser dañado por una noticia que simplemente da cuenta de esta conducta. Por la misma razón, una persona de proyección pública dispone de un círculo de privacidad más restringido que una persona privada; y no sólo porque aquélla se expone al conocimiento público sino porque hace de esta proyección social una fuente de provechos económicos o de otra índole. En cualquier caso, la reducción del ámbito reservado de la privacidad en estos casos se explica como un coste que debe arrostrar todo quien se proyecta públicamente creando un interés social en su persona. Así, la actriz que ha cedido por dinero su imagen para posar desnuda en una revista

como *Play Boy* debe soportar los comentarios obscenos que la revista presenta como pie de fotos (STC 117/1994).

El artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982 enumera una serie de conductas que no se reputan infracciones de los derechos protegidos. No se reputan intromisiones ilegítimas las actuaciones en las que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8.1.º). En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá la captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [art. 8.2.º*a*)].

Esta excepción debe interpretarse de modo restrictivo. Desde luego no puede dar lugar a explotar comercialmente sin autorización la imagen de un famoso captada en un lugar público (cfr. STS 9 de mayo de 1988: explotación comercial de la imagen de unos futbolistas; en la misma dirección las SSTS de 29 de marzo y 3 de octubre de 1996). La noción de «lugar abierto al público» debe interpretarse en función de las circunstancias de cada caso: una playa en la que se ruesta desnuda la famosa puede no ser lugar público (STS 29 de marzo de 1988); no lo es, desde luego, si se trata de un recinto nudista (STS 28 de mayo de 2002); tampoco lo es la enfermería de la plaza de toros, en la que agoniza el torero (STC 231/1988). Prima el interés cultural y no comercial en la reproducción actual, por parte del Ministerio de Cultura, de un cartel antiguo anunciador de una zarzuela con la imagen de la madre de la actora (STS 21 de diciembre de 1994).

Los artículos 8.1 y 8.2 Ley Orgánica 1/1982 no justifican la captación o reproducción de la imagen de personas que no consienten, tomadas al azar en un parque público, en una fotografía para campaña divulgativa sobre el respeto a la tercera edad (STS 7 de octubre de 1996).

El derecho a la propia imagen no impedirá la utilización de la caricatura de las personas antes mencionadas [art. 8.2.º*b*)], ni la información gráfica sobre un suceso público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria [art. 8.2.º*c*)]. No está amparado, sin embargo, en el art. 8.2.º*c*) Ley Orgánica 1/1982 la publicación de la fotografía de un niño sin conexión alguna con el reportaje, en la portada de una revista en la que figura como cabecera el tema de «la venta de niños» (SAP de Madrid 20 de noviembre de 1995 —la Ley 1 de marzo de 1996—).

4. Honor, intimidad y libertad de expresión

En una abundantísima jurisprudencia del TC y del TS ha venido perfilándose con el tiempo una doctrina estable sobre las relaciones que existan, y los límites mutuos que se autoimpongan, entre el derecho de difundir expresiones e informaciones y el derecho de los particulares a que no se divulguen hechos inciertos o que atañan a su vida privada. Se trata en definitiva de realizar una ponderación caso por caso de los derechos constitucionalmente reconocidos en los artículos 18 y 20 CE. La doctrina constitucional a partir de la cual se construye este complejo de reglas de ponderación se encuentra en las SSTC 165/1987, 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171 y 172/1990. Exponemos a continuación resumidamente esta doctrina.

1) Se distingue entre *hechos* y *opiniones*. Sobre hechos versa la libertad de comunicar información veraz, y sobre opiniones el derecho a expresase libremente. Las publicaciones sobre hechos se protegen en la medida en que sean ciertos estos hechos

divulgados (la STS de 16 de diciembre de 1996 sostiene que el «reportaje neutral», en la medida en que transcribe datos, no puede decirse que menoscabe el honor de la persona afectada). Las opiniones, en cambio, son libres y no se responde de ellas salvo que se trate de hechos injuriosos innecesarios para el cabal conocimiento público de los hechos (el TC ha reiterado que no responde el medio cuando se limita a transcribir opiniones ajenas, siempre que sea cierto que tales opiniones se vertieron —SSTC 232/1993, 22/1995, 41/1996, y 52/1996—; el TS mantiene esta misma doctrina en las SS de 6 de febrero de 1996, 11 de julio de 1995, 24 de enero de 1997 y 5 de febrero de 1999). No siempre es posible discriminar en el texto de la noticia cuáles son hechos imputados y cuáles simples opiniones. Será decisivo el «elemento preponderante».

2) La libertad de comunicar información es un valor preferente al derecho al honor, pues aquélla sirve de garantía para la formación de una opinión pública necesaria en un Estado democrático. Esta preferencia alcanza su «máximo nivel» cuando la información se divulga por medio de la prensa. Mas la preferencia sólo está justificada ante «asuntos de interés general», no si la noticia se refiere a personas privadas que no participan en la controversia pública o no ejercen funciones públicas. En ningún caso se protegen la zafiedad, la intrusión intolerable en la vida privada ni el ultraje (SSTC 105/1990, 85/1992, 123/1993).

3) La información relativa a hechos debe ser veraz. Pero no se responde de manera objetiva por las noticias falsas (siempre que sean de interés público) si el medio que las divulga ha actuado con una *diligencia razonable* en la búsqueda de la verdad. Esto es especialmente aplicable a las noticias de prensa que difunden hechos publicados previamente por otros medios o hechos públicos por una agencia pública (v. gr., policía); en estos casos no responde quien toma la noticia de la fuente pública y la transmite, aunque el hecho publicado sea falso, si existió una diligencia razonable a la hora de contrastar la noticia y ésta se refiere a circunstancias de relevancia pública (SSTC 178/1993, 232/1993). Podrá tratarse entonces de una media verdad (v. gr., es cierto que el sujeto fue incriminado, pero posteriormente absuelto, lo que se silencia), una errónea calificación del delito imputado, etc. (cfr. STS 25 de marzo de 1991).

Esta doctrina es criticable, como argumenta el profesor SALVADOR. No se ve claramente por qué han de pagar los costes de la noticia falsa los particulares perjudicados injustamente, por muy diligente que haya sido el medio en la búsqueda de la verdad. Como el propio autor propone, sería deseable distinguir en estos casos entre la acción de rectificación o la acción declarativa de la falsedad de la noticia y la acción de resarcimiento del daño. La primera debería ser siempre estimada por el solo hecho de la falsedad de la noticia. Pero sólo serían resarcibles los daños causados por las noticias falsas *negligentemente* divulgadas.

4) No exonera de responsabilidad el carácter verídico de la noticia cuando ésta versa sobre hechos de la vida privada, en los que la opinión pública no tiene un interés legítimo en adquirir información.

El interés público debe ser un interés protegible y legítimo, no un morboso gusto por el chisme. Así, la STS 2 de marzo de 1993 distingue entre «relevancia comunitaria» y «satisfacción de la curiosidad». No importa que se trate de una personaje de relevancia pública, siempre que la noticia pertenezca a su esfera privada, que el propio personaje no la ha expuesto o abierto a la pública curiosidad. De esta forma es una infracción ilícita la difusión de noticias sobre la popular Sara Montiel, en las que se afirma que ha adquirido por precio al hijo que adoptó de la madre de éste, empleada en una barra americana (STS 20 de febrero de 1989, STC 197/1991 y STS 7 de diciembre de 1995).

5) El TC, en general, no ha estimado perseguible como ilícito la *difamación de grupos*. Cuanto más difuso sea este colectivo menor será el impacto que en cada uno de sus miembros produzca la noticia injuriosa o difamatoria. Esta doctrina se ha afirmado en supuestos de manifestaciones más o menos insultantes de colectivos como la Administración de Justicia o las Fuerzas Armadas (SSTC 107/1988, 121/1989). Tampoco cabe difamación de clases cuando se llama «antipatriotas» al colectivo de controladores aéreos (STS 24 de octubre de 1988). En cambio, en la STC 214/1991 (caso *Degrèlle*), el TC estimó el amparo de una ciudadana judía, familiar de judíos exterminados en campos nazis y superviviente ella misma de este exterminio, ante las declaraciones de un conocido nazi en las que se negaba la realidad de los campos de concentración, se acusaba a los judíos de complejo de persecución y se añoraba la vuelta de Hitler.

Esta sentencia merece diversos comentarios que no tendrían lugar en una obra como ésta. Lo que el TC castiga no es tanto la difamación de grupos como el lenguaje del odio con el que se actúa. Pero es erróneo apelar, como hace el TC, al derecho a la igualdad (art. 14 CE), que resultaría violado por las declaraciones de Degrèlle. Es dudoso que el artículo 20 CE no legitime, al contrario de lo que afirma el TC, el lenguaje racista o xenófobo, sobre todo cuando éste se emite dentro de un contexto ideológico, pues goza además de la garantía constitucional a la existencia de un entramado político plural. Precisamente si en algo se ha caracterizado la jurisprudencia constitucional en este punto ha sido en la protección del «lenguaje del disidente» (SSTC 126/1990, 65/1991, 15/1993, 63/1993). Por último, si se admite que la actora en el proceso está legitimada para obtener una indemnización por el daño moral que le producen aquellas declaraciones, todo ciudadano judío, de cualquier parte del mundo, estaría investido de un derecho equivalente, con lo que el Derecho de la responsabilidad civil alcanzaría cotas de inflación insoportables, que, al cabo, no podrían atender con su patrimonio los propios obligados.

La STC 176/1995 considera como injuria y ultraje del pueblo judío un cómic satírico-heavy-porno en el que se les ridiculiza en los campos de concentración, sometidos a las «abyecciones nazis (...)». Se trata de un libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno, el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento de la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o deshonra. No acepta el TC la excepción de *animus iocandi*.

La STS de 5 de junio de 2003 desestima la demanda de responsabilidad civil ex artículo 1902 del Código Civil, por ataque a la dignidad u honor del pueblo catalán, interpuesta por el Presidente de la Generalidad de Cataluña contra D. Manuel Jiménez de Praga (Presidente del Tribunal Constitucional) a causa de las afirmaciones vertidas por este último en los «desayunos informativos» impulsados por la firma Nueva Economía Fórum. Entre otras interesantes consideraciones el TS resalta en los Fundamentos de Derecho de la sentencia la extrañeza de que se encauce la cuestión por la vía del artículo 1902, sobre la base del perjuicio económico de las afirmaciones realizadas, según la parte demandante, contra el pueblo catalán. Entiende el TS que la dignidad debe recibir una protección judicial indirecta, a través de sus concreciones objetivas: vida, libertad, intimidad, honor..., por lo que la protección de la parte actora ha de acogerse a la LO 1/1982 de protección civil al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

5. CASUÍSTICA

A) Como atentados ilícitos al *honor ajeno* cabe destacar, entre el amplio muestrario jurisprudencial, los siguientes supuestos: la imputación de hechos delictivos a una persona

en un medio de prensa, cuando esta persona no resultó al cabo procesada (STS 23 de enero de 1992; pero aquí todo depende de los matices, pues la STC 40/1992 no considera conducta negligente la información de una condena por estafa, rectificada posteriormente a instancias del recurrente, que fue absuelto en apelación). La publicidad innecesaria dada por el jefe a una sanción disciplinaria impuesta a un subordinado (STS 30 de marzo de 1988, 16 de junio de 1989; pero no difama la empresa que ejercita la potestad disciplinaria sobre un empleado, dándole la publicidad razonable y sin intención de dañar: STS 22 de mayo de 1990). Atenta también al honor y la dignidad de la persona la utilización de conductas vejatorias para el cobro de créditos (cobrador del frac), según la STS 2 de abril de 2001. Incluso cuando se dirige una carta en la que de conmina al actor la deuda que debe a una entidad (STC 30 de diciembre de 1998). Difama quien atribuye al cónyuge de un cargo público el haber obtenido una plaza por enchufe y no por sus méritos (STS 4 de noviembre de 1986), y quien se mofa de un psiquiatra negando su competencia profesional (STS 1 de diciembre de 1987), y quien imputa a un directivo acoso sexual a sus empleadas (STS 19 de julio de 1988) o acusa a un policía de apropiarse dinero (STS 6 de diciembre de 1988), o denuncia a un agente de la propiedad como especulador al ser pretendidamente favorecido por una norma urbanística (STS 4 de abril de 1989). Difama igualmente quien publica denuncia equivocada que atribuye a un magistrado comportamientos exhibicionistas (STS 27 de octubre de 1989) y quien divulga de una mujer que mantiene relaciones sexuales con un magistrado en una casa de citas (STS 19 de marzo de 1990). También difama la publicación que, con ocasión de transmitir hechos noticiables referidos a *dopping* en el deporte, desliza acusaciones contra determinados entrenadores de haber suministrado sustancias prohibidas a sus deportistas (STS 25 de marzo de 1995). Del mismo modo difama el medio periodístico que publica cartas difamatorias de terceros cuando no ha tenido la diligencia de identificar o hacer identificar al autor de las mismas, dejando indefenso al tercero que sufre la difamación (STS 3/1997).

No difama quien alega en la carta de despido los hechos que la fundamentaron (SSTS 26 de junio de 1987, 13 de julio de 1989), ni quien critica en un ingeniero su absentismo laboral (STS 14 de octubre de 1988), ni el ministro que llama antipatriotas a los controladores aéreos (STS 24 de octubre de 1988), o quien llama incompetente a un médico rural (STS 1 de junio de 1989), o quien acusa de financiación irregular a un partido político (STS 5 de octubre de 1989), o afirma que algunos socios y la directiva de una asociación tratan de hacerse con el control de la misma de mala manera (STS 4 de enero de 1990), o llama pendenciero y zafio a un copropietario en el seno de una discusión en una Junta de propietarios en régimen de propiedad horizontal (STS 17 de octubre de 1996). No es difamación el relato periodístico veraz de un proceso penal y de la condena de la persona afectada (STS 30 de diciembre de 1989).

Muy interesante en cuanto a la delimitación del derecho al honor por los usos sociales en relación con los propios actos es la STS 31 de enero de 1997. Conforme a ella no puede reclamar la protección al derecho al honor el que con sus actos ha evidenciado la escasa trascendencia que para él (el conocido locutor José M.ª García) comporta el referido derecho. Con sus propios actos ha reducido el ámbito de protección de su derecho a la mínima expresión. Llega el TS a la conclusión de que no tiene honor que defender quien continuamente difama a los demás, cuando los demás le difaman a él.

B) Atentados al *derecho de intimidad* han sido considerados los siguientes: se considera injerencia en la intimidad familiar de Isabel Pantoja la grabación y emisión

(no consentidas) de los últimos momentos de la vida de Paquirri en la enfermería de la plaza de Pozoblanco (STC 231/1988); la publicación en un medio de una noticia en la que se hace público con rasgos perfectamente identificables que determinado profesional es homosexual y padece del sida (STS 18 de julio de 1988, STC 20/1992); la aparición en un semanario de datos relativos a la vida privada de Paquirri y su primera mujer (STS 28 de octubre de 1988); la revelación de que el hijo adoptivo de Sara Montiel ha sido adquirido por precio a una señora empleada en una barra americana (STS 20 de febrero de 1989 y 7 de diciembre de 1995); la publicación de datos biológicos obtenidos de los análisis clínicos de una atleta en los que se cuestiona su feminidad, cuando el tipo de noticia, producida por un medio oficial, no requería de semejante aclaración pública (STS 13 de marzo de 1989); la publicación de noticias en las que se detalla —con mal gusto— las relaciones sexuales de la actora con un magistrado de vida turbia (STS 13 de marzo de 1990); se atenta a la intimidad de la persona referida y de su cónyuge cuando se divulga públicamente que el primero le es infiel al segundo (STS 23 de julio de 1990); también cuando una intervención corporal consistente en la extracción de cabellos de diversas partes del cuerpo tiene por objeto adivinar si en algún momento de su vida el procesado consumió droga (STC 27 de enero de 1998). Atenta a la intimidad igualmente quien publica como libro las cartas de amor que dirigió a la demandante (STS 11 de octubre de 1990). Aprecian lesión al derecho de intimidad por contaminación acústica las SSTC 199/1996 y 29 de mayo de 2001 (la reciente STS de 12 de mayo de 2003 condena a un Ayuntamiento a indemnizar a unos particulares por lesión de este derecho ante el incumplimiento de la normativa sobre el ruido —constituida hoy por la reciente Ley de 17 de noviembre de 2003, que incorpora al Ordenamiento español la Directiva comunitaria sobre el ruido de 25 de junio de 2002—). Atenta a la intimidad de un personaje público la publicación de fotografías privadas en una revista de cotilleo sin su consentimiento (STS 22 de abril de 2003). Atenta también a la intimidad la emisión de un vídeo de un accidente de tráfico en el que aparece el rostro del accidentado aprisionado antre el asfalto de la carretera y su vehículo destrozado (STS 8 de mayo de 2003). Constituye asimismo vulneración del derecho a la intimidad de una menor la publicación de datos de un Juicio, que permiten identificarla como víctima de agresiones sexuales (STS 30 de junio de 2003).

No es un atentado al derecho de intimidad la presunción judicial de que el demandado es el progenitor cuando éste no ha querido someterse a la práctica de la prueba de paternidad (Auto TC 9 de marzo de 1990). Tampoco atenta a la intimidad o al derecho de marca el libro en que se contiene un relato de la vida profesional de M. Indurain, ni ello genera obligación indemnizatoria, cuando el libro nada contiene que afecte a la privacidad del ciclista ni contiene datos difamatorios (más bien al contrario) —SAP de Vizcaya de 10 de mayo de 1999—.

C) Atentados al *derecho de imagen* han sido considerados los siguientes: la imagen de un menor durante el tratamiento de diálisis, aparecida en una revista de divulgación, no siendo necesario el uso concreto de esa imagen para satisfacer el interés científico o cultural de los lectores (STS 19 de octubre de 1992); la publicación en un medio, de todos conocido, del sexo de Marta Chávarri en una foto tomada en un local de copas, con independencia del carácter público de la persona, pues el hecho carece

de interés informativo (STS 17 de junio de 1993); la publicación de la imagen, tomada sin su consentimiento, de una célebre actriz, desnuda en una playa retirada (STS 29 de marzo de 1988); la suplantación en un reportaje fotográfico de la imagen de una conocida modelo sin su consentimiento (STS 25 de noviembre de 2002). El caso más notable sigue siendo el de las imágenes de la muerte de Paquirri: para el TS la captación y reproducción de estos momentos no atentaba a la imagen del torero, pues las escenas de la enfermería, y la muerte misma, constituían el final del espectáculo mismo, hecho público por excelencia (STS 28 de octubre de 1986); para el TC no podía discutirse en amparo si se trataba de una infracción del derecho de imagen, pues las personas fallecidas carecen de derechos fundamentales, siendo tratado el supuesto bajo el prisma del ataque a la intimidad familiar de la viuda (STC 231/1988). El derecho a la intimidad-propia imagen permite que un obrero deshuesador de jamón se oponga a que su imagen aparezca en una campaña promocional de una determinada gama de productos alimenticios (STC 99/1994: y es nulo radicalmente el despido que le fue impuesto por la empresa a causa de su negativa).

Un supuesto que reúne rasgos de los tres derechos, que aparecen simultáneamente atacados, es el resuelto por STS 22 de abril de 1992: se ilustra un reportaje sobre la prostitución masculina con una foto de un padre y su hijo menor mientras hacen cola en la plaza de las Ventas para adquirir unas entradas.

6. Legitimados

Si la intromisión se comete respecto de una persona que fallece antes de haberse cometido la infracción, la legitimación corresponde a la persona que ésta haya designado en su testamento, que podrá ser una persona jurídica (en este caso el derecho del fallecido caduca a los ochenta años, pasados los cuales la difamación o apropiación de intimidad o imagen es libre). A falta de ésta, podrá actuar el cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo del fallecimiento. A falta de todos ellos, la acción corresponderá al Ministerio Fiscal, siempre que no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento. Si sobrevivieren varios de los parientes señalados, cualquiera puede ejercitar las acciones de defensa (art. 4 y 5 LO 1/1982).

Si la intromisión se produce en vida del afectado y éste fallece antes de poder ejercitar las acciones correspondientes, por las circunstancias en que la lesión se produjo, corresponde la legitimación a las personas mencionadas en los artículos anteriores, que podrán continuar también la acción ya entablada por el lesionado (art. 6).

7. La transmisibilidad de los derechos

El artículo 1.3.º Ley Orgánica 1/1982 establece que los derechos protegidos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. El artículo 2 dispone que no se apreciará intromisión ilegítima cuando la actuación de tercero estuviese autorizada por consentimiento expreso del titular. Este consentimiento será revocable en cualquier momento, indemnizando los perjuicios causados al tercero, incluso las ganancias frustradas.

El sentido de la *imprescriptibilidad* no está claro. Porque la prescripción o pérdida del derecho por el transcurso del tiempo se refiere a las acciones, no al derecho en cuanto tal. En efecto, el honor o la intimidad no se extinguen nunca por el transcurso del tiempo. Pero tampoco lo hace cualquier otro derecho. Lo que se extingue por el transcurso del tiempo es la acción para hacer valer el derecho contra el tercero que lo lesiona o desconozca; y el art. 9.5.º deja claro que las acciones de defensa caducan a los cinco años desde que pudieron ejercitarse. De esta forma, los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982 son prescriptibles en el mismo sentido que lo son otros derechos.

Mayor crítica merece el tratamiento que da la ley al *consentimiento* a la actuación del tercero. Tiene sentido que este consentimiento no constituya contrato vinculante, y sea en cambio revocable, cuando versa sobre una actuación ajena que tiene por objeto el honor o la intimidad. Pero no existe ninguna razón que prohíba ceder por contrato —que, como tal, tiene fuerza de ley entre las partes y no es revocable (art. 1.256 CC)— un derecho de imagen para su explotación comercial. Entiendo que en este punto debe procederse a una reducción del alcance de la ley por vía de interpretación, de forma que la revocación no pueda alcanzar a las cesiones del derecho patrimonial de imagen cuando por ellas se cobra precio.

La cuestión es doctrinalmente discutida, y se han propuesto diversas interpretaciones correctoras de la norma. Para unos, el artículo 2 se refiere a la disposición de los derechos por vía de acto unilateral, pero no excluye la cesión por contrato, que estaría sometida a las reglas generales en materia de contratos. Para otros, la ley se refiere a la autorización que legitima una conducta ajena que, a falta de aquélla, sería ilícita; pero no regula la disposición o transferencia del derecho en cuanto tal. La jurisprudencia no ha solucionado el tema, pero ha aplicado con criterio restrictivo el principio de revocabilidad. Así, la STS 16 de junio de 1990 sostiene que la revocación de una cesión de imagen hecha en el momento en que la publicación es inminente no tiene eficacia paralizadora de la misma, y además no sería eficaz si se proyecta sobre un tercer cesionario distinto del originariamente autorizado. La STC 117/1994 (donde se recurrió en amparo frente a la STS citada) ha sostenido expresamente que la revocación cabe igualmente en los casos de cesión de la imagen hecha por una persona del espectáculo con objeto de su utilización comercial, pero las consecuencias de la revocación en estos casos deben «modularse» por los Tribunales cuando ha mediado precio y el titular de los derechos sobre la imagen es un tercer cesionario distinto de quien contrató con la actora; los tribunales deberán negar eficacia a una revocación con efectos retroactivos, y deberán imponer que la indemnización al cesionario sea condicionante de la eficacia de la revocación. Según el TC, actúa correctamente el tribunal que ante estas circunstancias y la inminencia de la edición (con los costes que supondría su paralización) deniega la eficacia de la revocación.

8. Las acciones de defensa

La tutela judicial de los derechos protegidos en la Ley Orgánica 1/1982 se realizará a través del juicio ordinario (art. 249.1.2.º LEC/2000). Comprenderá todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión y para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Se trata de acciones de reintegración específica del derecho o declarativas de la lesión, tales como la publicación de la sentencia de condena o la obligación de rectificar, o la destrucción de las imágenes o moldes, etc.

Además de estas acciones de reintegración específica, procederá la indemnización de los daños y perjuicios. Se presume que estas intromisiones causan en el afectado un

daño moral, cuya indemnización se calculará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, teniendo en cuenta la difusión o audiencia del medio en que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el infractor (art. 9).

La Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, regula el derecho de rectificación. Toda persona tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicios. Este derecho se ejercerá mediante remisión del escrito de rectificación al director del medio dentro de los siete días siguientes a los de su publicación. El director deberá publicar la rectificación en los tres días siguientes, con difusión similar a la de la noticia rectificada, sin comentarios ni apostillas, y con carácter gratuito. Si se incumple esta obligación, el afectado puede exigir judicialmente, en la forma prevista en los artículos 4 y 5, que se condene a insertar la rectificación. El juicio se tramita por un procedimiento rápido previsto en el artículo 6.

Sólo cabe rectificación de hechos, no de opiniones. El propio juez puede de oficio rechazar a trámite la demanda si la encuentra manifiestamente improcedente. El juez debe realizar en el proceso sumario del artículo 6 un control sobre los hechos en que se funda la demanda, pero la propia naturaleza sumaria del proceso impide que se pueda proceder en él a una indagación exhaustiva de la verdad (STC 168/1986).

La rectificación correctamente operada, de oficio o a instancia del afectado, no excluye el derecho de éste a reclamar por los daños producidos por la difusión de la noticia (SSTS 11 de diciembre de 1989, 4 de febrero de 1992; la STS 22 de octubre de 1996, sin embargo, consideró que la rectificación espontánea del medio de comunicación del error cometido en la persona, al día siguiente de su publicación, revela la «voluntad de verdad» e impide considerar que ha habido una intromisión dañosa en la intimidad de la persona).

9. La protección frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, tiene por objeto garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales (especialmente derechos al honor, intimidad y propia imagen) frente al tratamiento de los datos personales, considerando por tales cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. A diferencia de la regulación anterior (Ley Orgánica 5/1992), la protección ya no se restringe al tratamiento automatizado de estos datos, sino que se extiende al tratamiento que se realice a través de cualquier tipo de ficheros que consistan en un soporte físico en los que se registren estos datos y los haga susceptibles de tratamiento (arts. 1 y 2). Por fichero se entiende todo conjunto organizado de datos de carácter personal y por «tratamiento de datos» toda operación o procedimiento técnico que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos.

La protección dispensada por la Ley no se aplica a los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas, a los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas y a los establecidos para la investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada. Se rigen por su legislación específica los ficheros regulados por la legislación electoral, los que sirvan exclusivamente a fines estadísticos y estén amparados en la legislación sobre la función estadística pública, los derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes y los procedentes de imágenes y sonidos mediante la utilización de videocámaras por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de conformidad con la legislación específica sobre la materia.

Los datos de carácter personal sólo se pueden recoger para su tratamiento, y ser sometidos al mismo, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades para los que se hayan obtenido, no pudiendo ser usados para finalidades incompatibles. Los datos deben ser exactos y actualizados, y, si son inexactos, deberán ser cancelados y sustituidos de oficio. También serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que hubieran sido recabados o registrados. Deberán ser almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso. Todo interesado del que se solicita datos deberá ser previamente informado de modo expreso e inequívoco de la existencia de un fichero y de la finalidad de la recogida y tratamiento de los datos, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que se les planteen, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento. Si los datos no han sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa e inequívoca dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, con la excepción prevista en el artículo 5.5 de la ley o cuando procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad y prospección comercial, en cuyo caso en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de estos datos y de la identidad del responsable del tratamiento. El concepto de «fuentes accesibles al público» se delimita con carácter taxativo en el artículo 3.*j*) de la Ley (el censo promocional, definido en el art. 31; los repertorios telefónicos, las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente datos referidos a su relación con dicho grupo, los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación). El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento están obligados al secreto profesional.

Todo tratamiento de datos estará sujeto al consentimiento del interesado, que podrá ser revocado cuando exista causa justificada. Se exceptúan de esta exigencia los tratamientos de datos enumerados en el artículo 6.2 (entre ellos, cuando el tratamiento de los mismos se realice por Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias, cuando procedan de fuentes accesibles al público, y cuando sean contenido de un contrato o relación jurídica y sean precisos para su mantenimiento o cumplimiento). Pero incluso en estos casos el interesado podrá oponerse al tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos.

El artículo 7 de la Ley contiene un régimen especial para ciertos tipos de datos especialmente protegidos, sobre los que nadie puede ser obligado a declarar o que en todo caso requieren consentimiento expreso y escrito del afectado, e incluso cuyo tratamiento se halla en principio prohibido. El tratamiento de datos relativos a la salud por instituciones y centros sanitarios no está sujeto tampoco a la regulación especial de esta ley, y se someten a la legislación sectorial de sanidad. Toda comunicación de datos a un tercero por parte del titular del fichero está igualmente sujeta a consentimiento del intere-

sado, con las excepciones recogidas en el artículo 11.2 de la Ley. El consentimiento prestado no será eficaz cuando la información que se facilita al interesado no permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza. También este consentimiento es revocable. No será considerada comunicación de datos a terceros cuando éstos accedan a los mismos como consecuencia de la prestación de un servicio contractual al responsable del fichero, sin perjuicio de que una vez cumplida la prestación del servicio los datos deban ser devueltos al responsable del tratamiento.

Los afectados por el tratamiento de datos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos que les afecte que se base únicamente en el tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. El afectado podrá impugnar los actos administrativos y decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad (la STC 11/1998 apreció violación del artículo 28.1 CE —libertad sindical—, en conexión con el artículo 18.4 Ley Orgánica 1992 (hoy 13.2 LO/1999) —garantía frente al tratamiento informatizado de datos— cuando se usa un dato sensible —la afiliación de un trabajador a un sindicato, conocida a efectos de la detracción del sueldo de la cuota sindical— para proceder a descontar los salarios como consecuencia de la huelga, por el sólo hecho de estar adscrito el trabajador al sindicato convocante, sin que la participación efectiva de éste en la huelga tuviese lugar). La valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, sólo tendrá valor probatorio a petición del afectado. Toda persona puede recabar del Registro General de Protección de Datos la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El afectado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos personales sometidos a tratamiento. Tendrá derecho a que sean rectificados o cancelados los datos inexactos.

El título IV de la Ley dedica normas especiales a determinados tipos de ficheros. Respecto de los de *titularidad privada*, cabe destacar que su creación es libre, pero deberá ser notificada a la Agencia de Protección de Datos e inscrita en el Registro General de Protección de Datos. Aunque los datos contenidos en el llamado «censo promocional», que se regula en el artículo 31, son de libre acceso, los interesados tendrán derecho a exigir gratuitamente la exclusión de la totalidad de los datos personales que consten en dicho censo por las entidades encargadas del mantenimiento de dichas fuentes. Respecto de los datos contenidos en *guías telefónicas y de servicios de telecomunicaciones*, se rigen por su normativa específica (básicamente, Real Decreto 1.763/1998). El artículo 29 regula el tratamiento de datos realizado por servicios de información sobre la solvencia patrimonial de los ciudadanos. También existe una regulación especial respecto de los datos utilizados con fines de publicidad y promoción. En este sentido, aunque los datos hayan sido tomados de fuentes accesibles al público, en cada comunicación comercial que se dirija al interesado se informará del origen de estos datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que asisten al interesado; los interesados tendrán derecho a oponerse incluso en estos casos, previa petición y gastos, al tratamiento de sus datos, en cuyo caso serán dados de baja.

Los artículos 20 a 24 de la Ley regulan los *ficheros de titularidad pública*. La creación o modificación de estos ficheros sólo podrá hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial correspondiente.

Las disposiciones de creación o modificación de ficheros deberán indicar la finalidad del fichero, personas o colectivos de que se pretenda recoger datos de carácter personal o que estén obligados a suministrarlos, procedimiento de recogida de datos, órganos de la Administración responsables del fichero, medidas de seguridad, etc. La STC 30 de noviembre de 2000 ha declarado inconstitucionales los artículos 21, apartado 1 y el 24 de la Ley. El primero de ellos se refiere a la comunicación de datos entre Administraciones Públicas. El TC considera inconstitucional el precepto por remitir a la norma reglamentaria la fijación de límites ciertos a la cesión de datos a otra Administración Pública para fines distintos. El artículo 24.1 establece excepciones a los derechos de los afectados por los datos contenidos en el fichero, concretamente a los recogidos en los números 1 y 2 del artículo 5 de la Ley (referidos básicamente al derecho a la información de la existencia del fichero, de las consecuencias de la obtención de datos y de la negativa a suministrarlos, a la identidad y dirección del responsable del tratamiento, etc.). El TC declara nulo el inciso que excepcionaba el ejercicio del derecho de información *cuando impida o dificulte gravemente las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas.* Declara también el TC la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 24, que excepcionaba la aplicación del artículo 15 de la ley (derecho de acceso) y del número 1 del artículo 17 (obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días) en determinadas circunstancias.

El Título VI de la Ley regula la *Agencia de Protección de Datos,* como ente de Derecho público, responsable de la aplicación de la ley y de la protección de los derechos de los ciudadanos. Sin perjuicio de que la solicitud de indemnizaciones por los daños producidos por el tratamiento incorrecto de los datos sea competencia de la jurisdicción civil.

En el ámbito específico de las *telecomunicaciones*, la regulación se contiene en el Real Decreto 1.736/1998, de 31 de julio. Los artículos 14 y 67 regulan el derecho a figurar y a no figurar en las guías telefónicas. Los artículos 65 y 67 regulan el tratamiento de datos personales sobre tráfico y facturación de servicios. El artículo 68 regula el derecho de los ciudadanos frente a las llamadas telefónicas no solicitadas, cuando tengan por finalidad la promoción comercial. Los artículos 69 a 77 regulan los procedimientos de supresión e identificación de la línea llamante en los servicios de telefonía (la Orden 361/2002, de 12 de febrero, completa el RD 1.736/1998, hace exigible definitivamente el derecho a la desconexión de los servicios de tarificación adicional e incluye el derecho de los abonados a ver reflejado en sus facturas telefónicas el coste total de las llamadas de conexión a Internet, siendo gratuito el suministro de dicha información).

IV. EL NOMBRE DE LAS PERSONAS

1. EL DERECHO AL NOMBRE

El artículo 53 LRC dispone que las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, *que la ley ampara frente a todos.* Esta garantía legal podría hacer pensar que existe un derecho al nombre o un derecho sobre el propio nombre, que permitiese algo así como su uso exclusivo.

No existe un derecho constitucional garantizado cuyo contenido fuere la imposición de un determinado nombre o la garantía de su inviolabilidad, por más que «el derecho a tener un nombre» pueda ser comprendido en el artículo 24.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, cuando establece que «todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre». Más que un derecho, el nombre es un atributo identificador de la persona, sobre el cual ésta no dispone de un derecho de exclusiva (no podemos impedir que un tercero use, incluso al margen de su filiación, un nombre idéntico al nuestro). Sólo en el campo de la propiedad industrial y el Derecho de la competencia mercantil encuentra apoyo el derecho de exclusiva al uso de un nombre, y no precisamente como faceta de un derecho de la personalidad, sino como instrumento de defensa de la lealtad en las prácticas de mercado, para evitar la apropiación de la fama ajena o la confusión entre signos distintivos empresariales (cfr., arts. 395 ss. TR Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por RD 19 de julio de 1996 y arts. 6 ss. de la Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001).

No existen ataques o atentados específicos que puedan tener al nombre como objeto. Los que pudieran atentar a la persona por la vía de la apropiación de su nombre no son atentados al derecho al nombre, sino, quizá, a la propia imagen (art. 7.6.° LO 1/1982), o a la propia identidad, o, simplemente —y más que atentados a un derecho de la personalidad— enriquecimientos patrimoniales indebidos merced al uso comercial de la identidad (nombre, imagen, voz) ajena. Quien utiliza o se apropia en falso de un nombre ajeno cometerá una estafa. Quien oculta el nombre del autor de una obra de espíritu y se apropia de ésta atenta contra el derecho moral de paternidad que reconoce el artículo 14 Ley Propiedad Intelectual.

Lo que sí puede afirmarse con seguridad es la existencia de un derecho público subjetivo frente al Estado cuyo objeto es la imposición de un nombre; por eso el artículo 55 LRC constriñe al Juez encargado del Registro Civil a que asigne un nombre y apellidos cualesquiera a la persona cuya filiación no pueda ser determinada.

2. La imposición de nombre

La asignación del *nombre propio* corresponden a quienes ejercen la patria potestad (padre y madre conjuntamente). El artículo 54 LRC prohíbe que se consigne más de un nombre compuesto o más de dos simples; se prohíben igualmente los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos y variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, los que hagan confusa la identificación de la persona y los que induzcan en conjunto a error sobre el sexo. No podrá imponerse al nacido el mismo nombre de un hermano, salvo que hubiese fallecido, ni tampoco su traducción usual a otra lengua. La ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre, apellidos y orden de los mismos, ha modificado el artículo 54 LRC en el único extremo de permitir al interesado o a su representante legal solicitar del encargado del Registro Civil la sustitución del nombre propio de aquel por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas.

El artículo 59 LRC atribuye al juez de primera instancia diversas competencias para autorizar el cambio de nombre. Esta norma se desarrolla en los artículos 209 y siguientes RRC, modificados por el RD 193/2002, de 11 de febrero

En lo relativo a la imposición de apellidos, la citada Ley 40/1999 ha reformado los artículos 109 CC y 54 LRC, con la finalidad de hacer desaparecer las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos porque se estima «más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos». Conforme al nuevo artículo 109 CC, estando determinada la filiación por ambas líneas (paterna y materna), los padres decidirán de común acuerdo «el orden de transmisión de su primer apellido, antes de la inscripción registral», lo que significa que pueden acordar que el primer apellido de la madre sea el primer apellido del hijo y el primer apellido del padre el segundo del hijo, a diferencia de lo que venía sucediendo hasta ahora. La decisión de los padres en este sentido es irreversible, sin perjuicio del derecho que asiste a los hijos para solicitar el cambio de apellidos al alcanzar la mayoría de edad, sin necesidad de alegar causa alguna. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos rige en las inscripciones de nacimiento posteriores de los hermanos del mismo vínculo, por lo que el orden de los apellidos elegido por los padres para el primero de sus hijos vincula inexorablemente para los sucesivos. Si los padres no se ponen de acuerdo en el orden, «regirá lo dispuesto en la ley» (art. 109 II CC). La RDGR de 4 de enero de 1995 entendió que «la ley» a la que se remitía el antiguo artículo 109 CC, idéntico en este punto al reformado, era «sin duda», la Ley del Registro Civil, pero lo cierto es que no hay en ésta ninguna normativa relativa al orden de los apellidos. Por tanto, la remisión que el artículo 109 CC hace a «lo dispuesto en la ley» es una remisión al vacío, lo que no deja de ser una sorprendente constatación. Conserva plena vigencia el artículo 111 CC.

V. EL DERECHO MORAL DE AUTOR

El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 1996 recoge en el artículo 14 una serie de derechos irrenunciables e inalienables que corresponden al autor por el solo hecho de la creación de una obra protegida conforme a los artículos 1 y 5 de la ley. Estos derechos se conocen con el nombre de derechos morales, por contraposición a los derechos patrimoniales de propiedad intelectual que enumera el artículo 17, y que son plenamente transmisibles. El artículo 105 de la ley hace extensivo a los artistas e intérpretes un derecho moral equivalente sobre su actuación o representación, y cuyo contenido es la defensa de su integridad.

En la práctica será difícil discernir entre el derecho moral de los artistas en cuanto tales y su propio derecho al monopolio comercial de su imagen, en los términos de la Ley Orgánica 1/1982.

Los derechos que la ley reconoce con el carácter de derechos morales son:

1) El *derecho de divulgación*, por el que el autor decide si su obra ha de ser divulgada, y el modo de la divulgación, así como si ésta se hará bajo pseudónimo o de forma anónima.

En contra de lo que decidió la STS 2 de enero de 1992, no puede considerarse como infracción al derecho de divulgación el incumplimiento por parte del cesionario de producir cinematográficamente una obra basada en la novela del demandante. En mi opinión, se trata de una pura infracción contractual.

2) El *derecho de paternidad*, por el que exigirá el reconocimiento de su condición de autor frente a quien se apropie de sus obras o desconozca su autoría.

Infringe el derecho quien adapta sin consentimiento del traductor la versión que éste realizó de una obra shakespeariana (STS 29 de diciembre de 1993).

3) El *derecho de integridad*, por el que puede oponerse a cualquier deformación o mutilación de su obra que suponga perjuicio a sus intereses o menoscabo a su reputación.

Es lícito el desmontaje de una estatua realizado por el propietario de la obra que encargó su realización (SSTS 21 de junio de 1965 y 9 de diciembre de 1985). Por extensión, no lesionaría el derecho de autor del arquitecto la modificación del proyecto impuesta por el dueño de la obra, o la reforma o también demolición del edificio (siempre que no fuese abusiva). Atenta al derecho de integridad la negligencia en la custodia por parte del depositario de unos cuadros, que producen daños materiales en los mismos (STS 3 de junio de 1991).

4) El *derecho de modificación* de la obra, respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de Bienes culturales.

5) El *derecho de retirada*, que le permite retirar sus obras del comercio por cambio de sus convicciones morales o intelectuales, previa indemnización de los daños a los titulares de derechos de explotación.

6) El *derecho de acceso* al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda; este derecho no permite exigir el desplazamiento de la obra, y deberá indemnizarse al poseedor de los daños que le causen en el ejercicio del derecho de acceso.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La mejor obra sobre los derechos de honor, intimidad y propia imagen, y de excelente lectura, es *El mercado de las ideas*, 1990, dirigida por SALVADOR CODERCH. Del mismo autor, completando jurisprudencia posterior a 1990, *El derecho de la libertad*, 1993. Específicamente para el derecho de imagen: IGARTUA ARREGUI, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, 1991; AMAT LLARI, *Derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, 1992. Sobre difamación puede verse el comentario de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL a la STS 31 de enero de 1997 (CCJC 44, 1997, pp. 595 ss.). En relación con el libre desarrollo de la personalidad es interesante el comentario de R. BERCOVITZ a la STS 4 de febrero de 1999 (CCJC 50, pp. 841 ss.). Sobre derecho a la intimidad es interesante el comentario de SÁNCHEZ ARISTI a la STS de 28 de mayo de 2002 (CCJC 60/2002). Para los derechos sobre la integridad física y el problema de los transplantes: GORDILLO CAÑAS, *Transplantes de órganos: pietas familiar y solidaridad humana*, 1987, ANGOITIA GOROSTIAGA, *Extracción y transplante de órganos y tejidos humanos*, 1996. COMAS D'ARGEMIR, *Análisis del RD 2.070/1999 de 30 de diciembre, sobre extracción y trasplante de órganos*. La Ley 17 de marzo de 2000. VERDERA IZQUIERDO, «Las donaciones de órganos en el RD 2.070/1999, de 30 de diciembre». Actualidad Civil 2001, n.º 24. MARCO MOLINA. *El régimen jurídico de la extracción y trasplante de órganos*, La Ley, 2001. CERVILLA GARZÓN, *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. La ley, n.º 12, marzo de 2003. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Testamento vital y voluntad del paciente. Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre* (2003). Para el nombre y apellidos, LINACERO DE LA FUENTE, *El nombre y los apellidos*, 1992. Del mismo autor el comentario a la Ley 40/1999 en la RGLJ (mayo-junio de 2000, pp. 321-360). El estudio del derecho moral de autor puede verse en el comentario de MARTÍNEZ ESPÍN al artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual, en la segunda edición de los *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1997, y en GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral de autor en la Ley de Propiedad Intelectual*, 1993. Para la regulación de la protección de la intimidad personal frente al tratamiento automatizado de datos: ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, 1994. HEREDERO HIGUERAS, *La Directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal*, 1997. MUNAR BERNAT, *El tratamiento automatizado de los derechos relativos a la salud. Sus límites en el Derecho comunitario y en el Derecho español*, PJ 45 (1997), pp. 101 ss. Comentarios de DAVARA Y GARCÍA ONTOSO, *Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal*. Comentarios en Actualidad Informática Aranzadi 34, enero de 2000. ROCA JUNYENT y TORRALBA MENDIOLA, *La Ley de protección de datos*, La Ley 16 de marzo de 2000. LOZA CORERA y RODRÍGUEZ CASAL, *Nueva legislación europea en materia de protección de datos*, La Ley, 22 de mayo de 2002. Sobre las teoría general de los derechos de la personalidad, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho civil*, 1983, pp. 1242 ss; LÓPEZ JACOISTE, «Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho civil*, 1986, pp. 1059 ss; ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, 1985.

ÁNGEL CARRASCO PERERA
(Director)

ENCARNA CORDERO LOBATO
JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ
FERNANDO REGLERO CAMPOS
FEDERICO RODRÍGUEZ MORATA
M.ª ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA

DERECHO CIVIL

Introducción
Derecho de la persona
Derecho subjetivo
Derecho de propiedad

SEGUNDA EDICIÓN

tecnos