

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN EN EL DERECHO
ITALIANO

PROTECTING THE RIGHT TO IMAGE UNDER ITALIAN LAW

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 180-199



Gabriele
CARAPEZZA
FIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de agosto de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2012

RESUMEN: Los conflictos de intereses en la circulación de la imagen encuentran diferentes criterios de solución en los ordenamientos italiano y español. El artículo analiza las principales técnicas de protección civil del derecho a la imagen, cuales la tutela inhibitoria, el resarcimiento del daño moral y del daño patrimonial y la restitución del provecho obtenido por el infractor.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen - protección civil - tutela inhibitoria - resarcimiento del daño - restitución del provecho

ABSTRACT: The paper analyzes the different approaches of Italian and Spanish legal systems to the problems of image's circulation. The author focuses on remedies: inhibitory, compensation for pecuniary damages and non-pecuniary damages, restitutions.

KEY WORDS: Tersonal image right – civil protection – inhibitory – compensations - restitutions.

SUMARIO: I. Conflictos de intereses en la circulación de la imagen: criterios de solución en los ordenamientos italiano y español. – II. Autonomía de la tutela de la imagen respecto de otras situaciones jurídicas. Aspectos patrimoniales y no patrimoniales de un unitario derecho de la personalidad. – III. Tutela inhibitoria y ponderación de los intereses concurrentes. Secuestro judicial de publicaciones. – IV. Resarcimiento del daño moral y carga probatoria. – V. Resarcimiento del daño patrimonial y cuantificación del lucro cesante: “el precio del consentimiento”. La problemática restitución del provecho obtenido por el infractor. – VI. Conclusiones.

I. CONFLICTOS DE INTERESES EN LA CIRCULACIÓN DE LA IMAGEN: CRITERIOS DE SOLUCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO Y ESPAÑOL.

En el Derecho italiano la regulación del derecho a la imagen se encuentra contenida en una serie de normas dispersas, dictadas con anterioridad a nuestra Constitución, en las que es posible encontrar numerosas lagunas.

A diferencia del ordenamiento jurídico español –en el que el derecho a la imagen es consagrado como un derecho fundamental en el art. 18 CE y es objeto de una específica protección civil por parte de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo– en el italiano no existe un expreso reconocimiento constitucional de este derecho, ni tampoco es protegido por una regulación civil de carácter sistemática y detallada. Es, por ello, que la labor del intérprete, al resolver los conflictos de intereses que la tutela del derecho a la imagen plantea, resulta más ardua que en España¹.

Las principales fuentes normativas sobre la materia son el art. 10 CC y los arts. 96 y 97 de Ley de 22 de abril de 1941, núm. 633, de protección de los derechos de autor, los cuales contemplan la protección del derecho a la imagen desde una perspectiva diversa al Derecho español.

1 Sobre el derecho a la imagen, en la doctrina italiana, se véan VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959; DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu A. y Messineo F., Milano, 1959, pppp. 256 ss.; BAVETTA, G.: *Immagine (diritto alla)*, “Enc. dir.”, XX, Milano, 1970, pp. 144 ss.; TOMMASINI, R.: “Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema”, *Rass. dir. civ.*, 1985, ppp. 84 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: “Il diritto all'utilizzazione del nome e dell'immagine delle persone celebri”, *Dir. inf.*, 1988, ppp. 1 ss.; DE VITA, A.: *Art. 10. Abuso dell'immagine altrui*, en PIZZORUSSO, A., ROMBOLI, R., BRECCIA, U. y DE VITA, A.: *Personae fisiche*, in *Comm. cod. civ.*, dirigido por Scialoja A. y Branca G., Bologna-Roma, 1988, ppp. 534 ss.; URCIUOLI, M.A.: *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000; RESTA, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; PERLINGIERI, C., sub art. 10, en PERLINGIERI, G. (coordinador): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, Napoli, 2010, ppp. 292 ss.

• Gabriele Carapezza Figlia

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Salerno, Italia. Licenciado en Derecho en la Universidad de Palermo se encuentra en posesión de un Doctorado en Derecho civil conseguido en la Universidad del Sannio. Es autor de una monografía, numerosos ensayos, comentarios y otros artículos científicos. Ha coordinado obras colectivas e impartido conferencias en universidades italianas y europeas.

El art. 10 CC establece que, cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada, fuera de los casos consentidos por la ley o de tal modo, que cause un perjuicio al decoro o a la reputación de aquélla, la autoridad judicial puede “ordenar que cese tal abuso, quedando a salvo el posible resarcimiento de los daños causados”. Por su parte, los arts. 96 y 97 de la Ley de protección de los derechos de autor, establecen los supuestos en los que es posible la utilización de la imagen ajena, estableciendo que su exposición, reproducción o difusión requieren el consentimiento de la persona retratada. Además, la imagen puede ser considerada un dato personal, cuyo tratamiento exige el consentimiento del interesado (art. 23 del Decreto Ley de 30 de junio de 2003, núm. 196, que establece el llamado código de la privacidad), en ausencia del cual se produce un ilícito que obliga al sujeto infractor al resarcimiento del daño (también del de carácter moral), conforme a lo dispuesto en la regulación sobre ejercicio de actividades peligrosas (art. 15 del citado Decreto y art. 2050 CC).

Sin embargo, no es preciso el consentimiento para la divulgación de la imagen, en algunos casos, establecidos por el legislador, en los que se considera prevalente el interés público a la libertad de información (art. 97 de la Ley de protección de los derechos de autor). En la realidad actual, en la que las intromisiones en la imagen ajena, ya no son algo excepcional, sino un hecho estructural de las sociedades modernas, dominadas por los medios de comunicación de masas, el ordenamiento jurídico, sin embargo, supedita la difusión de la imagen al consentimiento de los interesados, salvo en ciertos supuestos, taxativamente determinados por la ley, en los que prevalece el interés general, sobre el particular; del titular del derecho². Dichos supuestos son los siguientes: exigencia judicial o policial para la intromisión; existencia de una finalidad científica, didáctica o cultural; notoriedad o carácter público de la persona, cuya imagen se reproduce o difunde; y, por último, utilización de la imagen, en relación con hechos o ceremonias, que son de interés general o se desarrollan en público. Sin embargo, en ningún caso, es lícita la reproducción de la imagen, cuando la misma cause un perjuicio al honor, a la reputación o al decoro de la persona interesada.

Por lo tanto, a primera vista, se observan algunas diferencias significativas con la regulación del derecho a la imagen en la legislación española³.

2 SIRENA, P.: “La tutela inibitoria e cautelare del diritto all’immagine”, en Riv. crit. dir. priv., 1996, pp. 325.

3 Para la situación en España, véase, señaladamente, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coordinador): *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., TALAVERA FERNÁNDEZ, P. Y PARADA VACA, O.: *Imagen, Honor e Intimidad*, Editorial El País, Valencia-Santa Cruz de la Sierra, 2012; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, en REGLERO CAMPOS, L.F.: *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1333 ss.

Ante todo, en España, el art. 7.5° de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tipifica como intromisión ilegítima, no sólo la “reproducción” o “publicación” de la imagen ajena, sino también la mera “captación” de la misma. En consecuencia, se considera como parte del contenido del derecho a la propia imagen la facultad de impedir la materialización de la figura humana en un soporte estable, aunque dicha materialización no esté destinada su difusión posterior⁴. En cambio, en la doctrina y la jurisprudencia italianas, prevalece la tesis de que la mera captación de la imagen no es una intromisión ilegítima, sino que la ilicitud presupone la reproducción (en el sentido de exteriorización) de la imagen previamente captada⁵.

En el segundo lugar, no coinciden exactamente los supuestos en los que le ley permite la intromisión en la imagen de una persona, sin la necesidad de su consentimiento.

En el Derecho italiano, existe una norma, que actúa a modo de cláusula de cierre, la cual impide la reproducción de la imagen de una persona, cuando ello cause perjuicio a su honor, reputación o decoro: se trata de un límite infranqueable, frente al cual no puede invocarse la prevalencia de un interés general⁶.

Por otro lado, el legislador español ha determinado, de manera más precisa y restrictiva, los supuestos de intromisión ilegítima. El art. 7.6° de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, prohíbe específicamente la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento, “para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Esta prohibición expresa no existe en el Derecho italiano. Sin embargo, la jurisprudencia de nuestra Corte de Casación llega por vía interpretativa, a la misma solución, afirmando que la divulgación de la imagen de una persona, incluso aunque tenga proyección pública, solamente es posible realizarla sin su consentimiento, para satisfacer las exigencias requeridas por la libertad de información, siendo, por el contrario, ilícita, cuando, con ella, se pretende conseguir un objetivo, exclusiva o prevalentemente comercial, como sucede en la publicidad⁷; no obstante, se insiste en la dificultad de distinguir, en ocasiones, claramente ambas hipótesis⁸. Por último, el art. 8.1 del Código de la Propiedad Industrial (aprobado por el Decreto Ley de

4 En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho a la propia imagen*, en Id. (coordinador), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, cit., pp. 171 ss.

5 Así, entre otros, VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., pp. 22 ss.; DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, cit., p. 291; SIRENA, P.: “La tutela inibitoria e cautelare del diritto all’immagine”, cit., pp. 340 ss. En sentido contrario, FERRARA, L.: “Riproduzione abusiva di ritratto altrui a scopo di «reclame»”, *Dir. aut.*, 1938, pp. 501 ss.; GIORGIANNI, M.: “La tutela della riservatezza”, *Riv. trim.*, 1970, p. 20; CATAUDELLA, A.: *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 103, nota 49.

6 Cass., 5 abril 1978, n. 1557; Cass., 29 septiembre 2006, n. 21172.

7 Cass., 13 abril 2007, n. 8838. Véase, con anterioridad, SCOGNAMIGLIO, C.: “Il diritto all’utilizzazione del nome e dell’immagine delle persone celebri”, cit., pp. 30 ss.

8 SIRENA P.: *Il danno non patrimoniale derivante dall’abusivo sfruttamento dell’immagine altrui e il suo rapporto con il danno patrimoniale*, en DELLE MONACHE, S. (coordinador), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 264.

10 de febrero de 2005, núm. 30) excluye que el retrato de una persona pueda ser registrado como una marca sin el consentimiento de la misma y, después, de su muerte, sin el de sus parientes más allegados.

En el Derecho español, además, la notoriedad de la persona, cuya figura se representa, no justifica, en sí misma, la posibilidad de divulgar su imagen. De una lectura conjunta de los arts. 7.5º y 8.II de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, resulta que no es lícita la captación, reproducción o difusión de la imagen de una persona con proyección social, “en lugares o momentos de su vida privada”, sino, exclusivamente, cuando “se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”. En cambio, la reproducción de la imagen de una persona carente de proyección social, captada en acontecimientos públicos sólo será posible, cuando sea “meramente” accesoria respecto al suceso ilustrado, el cual deberá ser “el objeto principal del reportaje”⁹.

Por el contrario, en Italia, el art. 97 de la Ley de protección de los derechos de autor no establece ninguna conexión entre la notoriedad de la persona, cuya figura se representa, y la presencia de un acontecimiento público, de modo que, según el tenor literal de la norma, bastaría la concurrencia de cualquiera de estos dos requisitos, aisladamente considerados, para poder justificar la difusión de la imagen de una persona sin necesidad de su consentimiento.

Sin embargo, lo cierto es que la interpretación de la norma, conforme a la Constitución, orienta a la jurisprudencia hacia soluciones análogas a las previstas por la legislación española, supeditando la posibilidad de difundir la imagen de una persona sin su autorización, exclusivamente, a los casos en que así lo exija un interés superior de carácter general.

En particular, se considera que la notoriedad de la persona no excluye la necesidad de que ésta autorice el uso de su imagen, si no concurre un interés actual y efectivo a la información pública, el cual tendrá lugar cuando la imagen esté objetivamente conectada con el ámbito de la actividad de la persona representada y exista un interés general serio en su difusión¹⁰, lo que también se exige respecto de personajes que desempeñen cargos públicos. La jurisprudencia, en fin, subordina la posibilidad de reproducir la imagen captada en acontecimientos desarrollados en público a la concurrencia de presupuestos específicos, como son que dichos acontecimientos tengan un cierto grado de relevancia social y una correcta contextualización de la

9 STS 19 octubre 1992 (RJ 1992, 8079); STS 14 marzo 2003 (RJ 2003, 2586); STS 1 julio 2004 (RJ 2004, 4844). Al respecto, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Intrusiones legítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la ley*, en Id. (coordinador): *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, cit., pp. 94 ss.

10 V. Cass., 2 mayo 1991, n. 4785; Pret. Roma, 15 julio 1986, en Dir. inform., 1986, pp. 926 ss., con nota de ZENO-ZENCOVICH, V.: “Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza”; Cass., 6 febbraio 1993, n. 1503. En sentido contrario, SIRENA, P.: “Il danno non patrimoniale derivante dall’abusivo sfruttamento dell’immagine altrui”, cit., pp. 265.

imagen, de modo que la intromisión en ella sirva para hacer efectiva la libertad de información¹¹.

Por lo tanto, la difusión de la figura de una persona genera un conflicto de intereses, en el cual la tutela del derecho a la imagen sólo cede ante un interés superior; el cual no puede identificarse con la mera pretensión de la sociedad de conocer la imagen de una persona, por el mero de tener notoriedad o ser famosa. La imagen, de hecho, constituye un medio de exteriorización social del ser humano de carácter “emotivo”, no filtrada por una mediación lingüística de tipo racional e intelectual¹²; y, de ahí, que haya que acentuarse la exigencia de control de su difusión, subordinándola a la prestación del consentimiento del interesado o a la constatación de la existencia de un interés general superior, que sea merecedor de tutela jurídica.

Esta solución es confirmada por la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual el interés general a la información puede prevalecer sobre el respeto al derecho a la vida privada, el cual comprende la tutela del derecho a la imagen¹³, frente a abusos por parte de terceros, solamente, cuando la divulgación de la figura de una persona no se dirija a satisfacer “la curiosidad de cierto público”, sino que sirva para aportar una contribución a un “debate de interés general” en una sociedad democrática¹⁴, hallándose al servicio de la comunicación de ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público¹⁵.

II. AUTONOMÍA DE LA TUTELA DE LA IMAGEN RESPECTO DE OTRAS SITUACIONES JURÍDICAS. ASPECTOS PATRIMONIALES Y NON PATRIMONIALES DE UN UNITARIO DERECHO DE LA PERSONALIDAD.

Antes proceder al análisis de las formas de protección del derecho a la imagen parece oportuna una breve reflexión preliminar; tanto sobre su autonomía respecto de otras situaciones jurídicas, como sobre la doble dimensión, patrimonial y personal, del objeto de tutela.

En España se considera que el expreso reconocimiento del derecho a propia imagen en el art. 18 CE fundamenta, con total claridad, la autonomía conceptual de dicho derecho fundamental respecto de otros, que, como el honor o la intimidad,

11 Sobre este aspecto, puede verse Trib. Roma, 12 marzo 2004; Cass., 15 marzo 1986, n. 1763.

12 Cfr. TOMMASINI, R.: “Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema”, cit., p. 87.

13 CEDU, 21 febrero 2002, *Schüssel c. Austria*.

14 CEDU, 24 junio 2004, *von Hannover c. Alemania*, en *Danno e resp.*, 2005, pp. 275 ss., con nota de UBERTAZZI, T.M.

15 CEDU, 24 junio 2004, *von Hannover c. Alemania*, § 63; CEDU, 26 noviembre 1991, *Observer e Guardian c. Regno Unito*, §. 59.

protegen bienes jurídicos distintos¹⁶. Su delimitación conceptual ha sido obra de la jurisprudencia, porque ni el art. 18 CE, ni la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que lo desarrolla, definen los derechos fundamentales de la personalidad que regulan¹⁷. Según la jurisprudencia constitucional española, el derecho a la imagen tutela “un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”¹⁸.

En el Derecho italiano, en cambio, la ubicación del derecho a la imagen en la categoría de los derechos de la personalidad ha conducido, a menudo, a agotar su contenido en una mera facultad negativa, consistente en la posibilidad de impedir la difusión de la representación gráfica de la propia figura. Desde este punto de vista, el derecho a la propia imagen pierde su propia autonomía objetiva y acaba por ser considerado un instrumento que salvaguarda bienes jurídicos diversos, como el honor o la intimidad.

Sin embargo –más allá del hecho de que existan numerosos supuestos de divulgación ilegítima de la imagen que no se resuelvan en una violación del honor o de la intimidad- es también posible identificar un contenido positivo del derecho, conectado con el interés al control de la difusión de la imagen, mediante la prestación del consentimiento del titular del mismo¹⁹. Dicha facultad es susceptible de valoración patrimonial, en virtud del creciente relieve económico de los signos de identificación de la persona, pero se relaciona también con la idoneidad de la representación gráfica de la figura humana para proyectar socialmente la auténtica personalidad del individuo.

En la medida en que la imagen evoca, de algún modo, la identidad de persona, entre ambas, existe una correlación, aunque no una superposición²⁰. El carácter unitario del valor de la vida humana²¹ no es incompatible con la tutela del poder

16 Véase, al respecto, DEVERDA y BEAMONTE, J.R.: *El derecho a la propia imagen en la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, en *Id.* (coordinador), *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, cit., pp. 41 ss.

17 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, cit., p. 1334.

18 STC 139/2001, de 18 de junio.

19 El derecho a la intimidad ha experimentado una parábola parecida, desde *right to be alone* (RESCIGNO, P.: “Il diritto di essere lasciati soli”, *Syntelala per V. Arangio Ruiz*, Napoli, 1964, pp. 494 ss.) hasta el poder de controlar los datos personales (RODOTÀ, S.: “La «privacy» tra individuo e collettività”, *Pol. dir.*, 1974, pp. 547 ss.).

20 TOMMASINI, R.: “Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema”, *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 84 ss.

21 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 299 ss.; *Id.*: “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 1020 ss., ahora en *Id.*: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 104 ss.; *Id.*: *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, Dykinson, 2008, pp. 421 ss.

de decisión sobre la reproducción de un elemento representativo que constituye un atributo de la personalidad, por su aptitud para identificar la semblanza física del individuo. De ahí, la superación de la identificación del contenido del derecho a la imagen con una mera facultad de exclusión y la renovada centralidad del consentimiento como instrumento de control de la difusión de aquélla.

En la doctrina italiana se han hecho sugerentes propuestas: una de ellas, es la que identifica como objeto de tutela del derecho, no la imagen en sí, sino la notoriedad de la persona como bien jurídico autónomo susceptible de utilización exclusiva²²; otra es la que distingue en el derecho a la imagen una vertiente existencial y otra patrimonial, la cual tiene por objeto el valor económico de la representación de la propia figura humana²³. En sentido diverso, la jurisprudencia de instancia comparte una visión unitaria del derecho a la imagen, como derecho de la personalidad constitucionalmente protegido, en el seno del cual emergen también aspectos patrimoniales, que no pueden reconducirse a una situación subjetiva autónoma²⁴.

La proyección sobre situaciones existenciales de aspectos susceptibles de valoración económica poner en discusión el dogma del carácter indisponible de los derechos de la personalidad y reclama una renovada elaboración de los mecanismos de protección, adaptados a las exigencias de nueva realidad social, que tenga en cuenta todos los intereses (existenciales y patrimoniales) implicados en la utilización de la imagen de la persona.

III. TUTELA INHIBITORIA Y PONDERACIÓN DE LOS INTERESES CONCURRENTES. SECUESTRO JUDICIAL DE PUBLICACIONES.

Una característica común de los ordenamientos jurídicos español e italiano es la amplitud y la diversificación de las formas de tutela del derecho a la imagen. En el español, el art. 9.II de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, afirma expresamente que “La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate”, contemplando mecanismos de protección de carácter inhibitorio, resarcitorio y restitutorio. En el italiano, donde –como se ha dicho- no existe una regulación sistemática de los derechos de la personalidad, el art. 10 CC sólo contempla sucintamente la tutela inhibitoria y la resarcitoria, cuya coordinación, así como su extensión hacía otros medios de protección jurídica, han sido llevadas a cabo por la doctrina y por la jurisprudencia.

22 METAFORA, V.: “Il mito di Narciso e la giurisprudenza”, Riv. crit. dir. priv., 1990, pp. 868 ss.

23 SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, pp. 180 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: “Il diritto all'utilizzazione economica”, cit., pp. 27 ss.

24 Cass., 11 mayo 2010, n. 11353; Cass., 19 noviembre 2008, n. 27506; Cass., 16 mayo 2008, n. 12433.

La configuración del derecho a la imagen como un derecho fundamental de la persona humana acentúa la necesidad de instrumentos de tutela preventiva, los cuales encuentran fundamento en el plano sistemático, tanto en el rango primordial de la situación jurídica protegida, como en la inadecuación de los remedios resarcitorios para ofrecer una reparación efectiva de la lesión de intereses esenciales de la persona.

Así como en el caso de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, el art. 9.II, a) y b) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, prevé las acciones de cesación y de abstención²⁵, el art. 10 CC italiano contempla un caso específico de ejercicio de la acción inhibitoria, a través de la cual es posible obtener una orden judicial, que impida o haga cesar la conducta ilícita. La tutela inhibitoria puede también tener lugar de manera cautelar, por aplicación del art. 700 del Código de Procedimiento Civil, mediante providencias, de carácter urgente, dirigidas a prevenir un daño inminente e irreparable.

Existe una disociación entre la persona a quien corresponde prestar el consentimiento para la difusión de la propia imagen (que es, exclusivamente, el titular del derecho sobre ella, al menos, hasta el momento de su muerte)²⁶ y aquéllas, a quienes se les concede legitimación procesal para ejercitar la acción inhibitoria, la cual, no sólo corresponde al titular del derecho a la imagen, sino también a sus parientes próximos (padres, cónyuge, hijos)²⁷. Un parte de la doctrina explica este fenómeno, mediante el mecanismo de la sustitución procesal²⁸, pero parece preferible entender que los parientes ejercitan un derecho propio, que se funda en razones de naturaleza familiar²⁹.

El art. 10 CC italiano, que, como se ha dicho, regula la acción inhibitoria para la defensa del derecho a la propia imagen (del mismo modo que hacen los arts. 7, 8 y 9 del referido cuerpo legal, en relación al nombre y al pseudónimo), ha permitido a la jurisprudencia extender dicha forma de protección a todos los derechos de la

25 Un desarrollo más amplio en YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, cit., p. 1392; ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, cit., pp. 141 ss.

26 Cfr. VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 44; BAVETTA, G.: *Immagine (diritto alla)*, cit., p. 154. Observa PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, ahora en *Id.: La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 451 ss., que el consentimiento de los familiares es necesario cuando la difusión de la imagen pueda perjudicar sus honor y reputación.

27 Extiende la legitimación al hijo natural y a la pareja more uxorio, PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", cit., p. 450.

28 Así, DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, cit., p. 291. Véase, también, VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 48.

29 En este sentido, PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", cit., pp. 449 ss.; SIRENA, P.: "La tutela inhibitoria e cautelare del diritto all'immagine", cit., pp. 363 ss.

personalidad, bien a través de la técnica de la interpretación analógica, bien mediante el recurso al derecho a la tutela judicial efectiva³⁰.

A través de la acción inhibitoria, el derecho a la propia imagen es objeto de una protección preventiva, la cual trata de impedir la realización de una conducta ilícita o la persistencia de la misma. Se trata, además, de una forma de tutela plena, directamente dirigida a la satisfacción integral del interés lesionado; y ello, a diferencia de lo que sucede con el resarcimiento, el cual trata de compensar, de manera sustitutiva (mediante una reparación económica), un daño, ya producido. A ello hay que añadir que, para el ejercicio de la acción inhibitoria, se requiere, exclusivamente, la constatación de una conducta objetivamente ilícita, sin que sea, pues, necesaria la existencia de un daño resarcible, como tampoco los elementos subjetivos de la responsabilidad civil, esto es, la culpa y la imputabilidad al agente causante del daño.

En orden a determinar el carácter ilícito de la conducta, contra la que se ejercita la acción inhibitoria, habrá que valorar todos los intereses implicados en ella, debiendo ponderarse si la intromisión en la imagen de una persona, realizada sin su consentimiento, puede encontrar justificación en un interés, igualmente digno de protección, que la jurisprudencia identifica, constantemente, con el interés público a la información, tutelado por el art. 21 de la Constitución italiana.

La necesidad de realizar dicha ponderación pone de manifiesto el carácter unitario de la estructura del derecho a la propia imagen, en el cual convergen también aspectos de carácter patrimonial, que si fueran el objeto de una situación subjetiva autónoma, estarían destinados a sucumbir ante otros intereses más dignos de protección desde un punto de vista constitucional. Desde este punto de vista, la tutela del derecho a la imagen (art. 2 de la Constitución, art. 10 CC y art. 96 y 97 de la Ley de protección de los derechos de autor) prevalece siempre sobre otros intereses concurrentes de carácter patrimonial, como la iniciativa económica (art. 41 de la Constitución), debiéndose en cambio, proceder a una ponderación, cuando el otro interés implicado sea expresión de una libertad fundamental, como la manifestación de pensamiento (art. 21 de la Constitución).

El conflicto entre el derecho a la imagen y la libertad de expresión se evidencia, de manera clara, en los casos de secuestro judicial de material fotográfico, especialmente de los que tienen lugar por vía de urgencia (art. 700 del Código de Procedimiento Civil). De hecho, una parte de la doctrina ha dudado de su compatibilidad con el art. 21.III de la Constitución, según el cual la autoridad judicial solamente puede acordar el secuestro de periódicos, cuando se trate de delitos para los que lo ley lo autorice expresamente³¹.

30 PERLINGIERI, P.: *El derecho civil en la legalidad constitucional*, cit., pp. 691 ss.

31 Véase, a respecto, SIRENA, P.: "Il sequestro della stampa a tutela del diritto all'immagine", cit., pp. 135 ss.

La Corte Constitucional, en dos importantes fallos³², ha realizado la distinción entre las publicaciones impresas, que están cubiertas por la garantía constitucional de la libertad de expresión del pensamiento, y las imágenes que todavía no han sido objeto de impresión, las cuales, sí son susceptibles de secuestro, incluso fuera de los casos constitucionalmente previstos³³. En una decisión posterior, la misma Corte Constitucional, adoptando una posición, compartida por la Corte de Casación³⁴, ha excluido que la publicidad comercial pueda considerarse un ejercicio de la libertad de expresión, por lo que no son reconducibles a la noción de “manifestación de pensamiento”, ni las representaciones fotográficas que todavía no han sido publicadas, ni las usadas en la publicidad con la exclusiva finalidad de distinguir la empresa y sus productos, razón por la cual quedan fuera de la garantía del art. 21.III de la Constitución.

Sin embargo, una parte de la doctrina, para evitar conceder al juez un poder censor, prefiere referir la libertad de expresión a toda forma de publicación impresa, remitiendo, por tanto, la solución del hipotético conflicto con el titular del derecho a la imagen reproducida a la técnica de la ponderación de intereses. Así pues, el interés de la persona cuya figura se representa prevalecería sobre la libertad de prensa, solamente cuando, tuviera naturaleza existencial, pero no, cuando tuviera una finalidad económica, en cuyo caso su protección no podría justificar una providencia judicial de secuestro³⁵.

Tal orientación interpretativa supone proponer una dicotomía conceptual del derecho a la imagen, que contrasta con el valor asignado a la representación de la figura humana, aun cuando la misma sea susceptible de generar utilidades económicas.

El carácter unitario de la situación objetiva y de su referente objetivo reclama, pues, una solución diversa al problema del conflicto con la libertad de imprenta. En particular, si la publicidad comercial es una indudable manifestación de la iniciativa económica (art. 41 de la Constitución) y no puede ser incluida en la garantía constitucional prevista en el art. 21 de nuestra Carta Magna, debe admitirse la posibilidad del secuestro judicial de materiales publicitarios que divulguen abusivamente la imagen ajena³⁶. De hecho, si la difusión de una imagen no encuentra justificación en un interés público a la información, significa que “no transmite ideas”³⁷ y no puede considerarse manifestación de la libertad de expresión. La ilicitud de

32 Corte cost., 9 julio 1970, n. 122, en *Foro it.*, 1970, I, c. 2294; Corte cost., 12 abril 1973, n. 102, *ivi*, 1973, I, c. 1707.

33 Cass., 29 abril 2008, n. 17408, en *Dir. inf.*, 2008, pp. 345 ss.

34 Corte cost., 17 octubre 1985, n. 231, en *Foro it.*, 1985, I, c. 2829 ss.V, también, Cass., 24 octubre 2007, n. 39354.

35 SIRENA, P.: *Il danno non patrimoniale derivante dall'abusivo sfruttamento dell'immagine altrui*, cit., pp. 282 ss.

36 Excluyen de la garantía del art. 21 III de la Constitución las imágenes destinadas a la curiosidad del público, DE CUPIS, A.: “Limiti della tutela preventiva dell'immagine”, *Foro it.*, 1971, I, c. 28 s.; VISINTINI, G.: *Il diritto all'immagine*, en *AV.VV.: L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, pp. 64 s.

37 CEDU, 24 giugno 2004, *von Hannover c. Germania*.

la utilización de imagen (que resulta de la ausencia de un interés general, merecedor de mayor tutela que el del titular a controlar la representación gráfica generada por sus rasgos físicos personales) sirve de filtro decisivo para excluir aquélla del campo de la libertad de pensamiento, condicionado, así, el ámbito de aplicación de la tutela inhibitoria.

IV. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL Y CARGA PROBATORIA.

La tutela inhibitoria no agota las formas de protección del derecho a la imagen. En la práctica jurisprudencial asume un papel primordial la técnica de tutela dirigida al resarcimiento del daño en forma específica³⁸ o por el equivalente.

El legislador español, además de prever genéricamente "la indemnización de los daños y perjuicios causados" (art. 9.II.c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo) introduce dos importantes novedades respecto a la disciplina general de la responsabilidad civil (art. 9.III de la referida Ley). Ante todo, establece una presunción de daño, siempre que concurra una intromisión ilegítima³⁹. En segundo lugar, reconoce, por primera vez, de manera expresa, el resarcimiento del daño moral por intromisión en un bien de la personalidad, fuera de los casos en que no haya un delito.

Una parte de la doctrina española sostiene que la presunción se refiere, tanto a los daños personales, como a los patrimoniales⁴⁰. Sin embargo, el carácter excéntrico de esta previsión respecto a los principios inspiradores de la responsabilidad civil lleva a la mayoría de los autores y a la jurisprudencia a circunscribir la presunción a los daños morales, con exclusión de los materiales⁴¹. Se discute si la presunción establecida en el precepto es *iuris tantum* o *iuris et de iure*, decantándose, claramente, la jurisprudencia por la última de estas soluciones⁴².

38 Entre las medidas de resarcimiento en forma específica (art. 2058 c.c.) de la protección del derecho a la imagen, destaca la difusión de la sentencia (art. 120 c.p.c.), que en España se limita a la hipótesis de la intromisión ilegítima en el derecho al honor (art. 9.II.a LO 1/1982).

39 Entre otros: ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, cit., pp. 144 ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *El derecho a la propia imagen hoy*, en *Libro Homenaje a J.B. Goytisolo*, Consejo General del Notariado, vol.VI, Madrid, 1988, pp. 249 ss.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 171 ss.

40 GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *El derecho a la propia imagen hoy*, cit., pp. 249; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, M.L.: *Honor, intimidad e imagen*, cit., p. 171.

41 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, cit., pp. 1392 ss.; MARTÍN CASALS, M. y SALVADOR CODERCH, P.: *Comentario a la STS de 18 de abril de 1989*, CCJC, 1989, pp. 757 ss.; ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, cit., pp. 146 ss.; GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Madrid, 1990, p. 270. En la misma línea, STS 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 10274); STS 14 noviembre 2002 (RJ 2002, 9816); STS 18 noviembre 2002 (RJ 2002, 10261).

42 STS 11 marzo 2009 (RJ 2009, 1639); STS 7 marzo 2006 (RJ 2006, 5695); STS 9 marzo 2006 (RJ 2006, 5413); STS 7 marzo 2003 (RJ 2003, 2900). Sin embargo acoge la tesis que la presunción tiene un carácter *iuris tantum*, porque puede haber intromisiones ilegítimas sin que haya un daño que indemnizar, ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas*

A diferencia de lo que sucede en España, en Italia no existe una disciplina específica para la reparación del daño moral derivado de lesión del derecho a la imagen. El art. 10 CC se limita a afirmar que la tutela inhibitoria no excluye el resarcimiento del daño.

En el pasado se discutía sobre la posibilidad de reparar el daño moral por abuso de la imagen ajena. De hecho, según el art. 2059 CC, el daño moral debe ser resarcido solamente en los casos previstos en la ley, entre los cuales una parte de la doctrina incluía el art. 10 CC⁴³. Sin embargo, las críticas de los autores ante la estrechez de un sistema de responsabilidad civil, que limitaba extraordinariamente la tutela resarcitoria de los derechos fundamentales de la persona, indujeron a la jurisprudencia de instancia, con el apoyo de la Corte Constitucional, a admitir la plena reparación del daño no patrimonial originado por la lesión de un interés constitucionalmente protegido⁴⁴.

Por lo tanto, la inclusión del derecho a la imagen en el elenco de los derechos inviolables permite sustraer la reparación de los daños no patrimoniales a la reserva de ley, la cual normalmente condicionaba el resarcimiento al carácter delictivo del hecho ilícito (art. 2059 CC y art. 185 CP)⁴⁵. Sin embargo, queda todavía por resolver el problema de la carga probatoria, solucionado por el legislador español con la introducción de una presunción de daño. En cambio, la jurisprudencia italiana excluye que la lesión de un interés constitucionalmente protegido, en sí misma, pueda dar lugar a un daño moral. El ofendido, por lo tanto, ha de alegar y probar las consecuencias dañosas que provoca la lesión ilícita del derecho a la imagen⁴⁶, si bien podrá ayudarse de valoraciones o simples presunciones sobre la base de los elementos objetivos que aporte al proceso.

En conclusión, en la experiencia jurídica italiana, la presunción del daño moral se considera incompatible con la función compensatoria de la responsabilidad civil, ya que convertiría el resarcimiento en una sanción privada de un comportamiento lesivo que no produce consecuencias dañosas. En la práctica, sin embargo, las diferencias con el Derecho español se reducen de manera significativa. En este último, de hecho, la anomalía que supone la concesión de un resarcimiento concedido por intromisiones ilegítimas que no causan daños morales se redimensiona, bien

cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen, cit., pp. 148 ss.

43 Así lo defienden: PUGLIATTI, S.: *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945-1946, p. 16; CATAUDELLA, A.: *La tutela civile della vita privata*, cit., p. 57; BAVETTA, G.: *Immagine (diritto alla)*, cit., p. 155. En cambio, DE CUPIS, A.: p. 287, según el cual si el hecho dañoso no es constitutivo de delito, no se puede reconocer la indemnización de los daños morales.

44 Cass. 31 mayo 2003, nn. 8827 e 8828; Corte cost. 11 julio 2003, n. 233; Cass., Sez. Un., 11 noviembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975.

45 Negaban el resarcimiento del daño moral al derecho a la imagen porque el hecho dañoso no es constitutivo de delito: Trib. Milano, 3 noviembre 1997, cit.; Pret. Milano, 24 enero 1992, en *Aida*, 1992, p. 85.

46 Cass., 25 marzo 2003, n. 4366.

atribuyendo a la presunción carácter *iuris tantum*, bien mediante la praxis de las “indemnizaciones simbólicas”, las cuales transfieren al ámbito de la cuantificación del daño la ausencia de perjuicios objetivamente valorables⁴⁷. Por su parte, en el Derecho italiano, si bien se asume que la lesión del daño no patrimonial no puede hacerse coincidir con la lesión del valor de una persona, la carga probatoria del ofendido es fuertemente mitigada mediante el recurso a simples presunciones, que adquieren gran relevancia⁴⁸. El juez puede inferir deductivamente de los hechos alegados por el ofendido la existencia del perjuicio, cuyo resarcimiento se solicita.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la violación del derecho a la imagen difícilmente puede dar lugar a un perjuicio moral, si no va acompañada de la lesión de otros bienes jurídicos, como la intimidad, el honor o la reputación, protegidos por situaciones existenciales diversas. El cambio de costumbres ha permitido superar la consideración negativa que tenía la difusión de la imagen, anacrónicamente definida por la jurisprudencia de los años cincuenta como “tráfico de sí mismos”⁴⁹, de, por sí, reprochable⁵⁰. De ahí se deduce que la difusión abusiva de la imagen, que no suponga una lesión del derecho a la intimidad o que no deforme la identidad personal del individuo en el contexto social, no produce necesariamente daños morales, en especial, cuando estemos ante una persona famosa que explota habitualmente su imagen con fines comerciales⁵¹. La casuística jurisprudencial confirma que, en ausencia de lesión de otros bienes de la personalidad, raramente, se resarcen los daños morales, si no es cuantificándolos de manera exigua⁵² o poniéndolos en relación con otros daños, como el biológico o el que afecta a la vida de relación⁵³, lo que hace entrar en juego derechos diversos al de la propia imagen.

V. RESARCIMIENTO DEL DAÑO PATRIMONIAL Y CUANTIFICACIÓN DEL LUCRO CESANTE: “EL PRECIO DEL CONSENTIMIENTO”. LA PROBLEMÁTICA RESTITUCIÓN DEL PROVECHO OBTENIDO POR EL INFRACTOR.

Una de las cuestiones más problemáticas es la de la cuantificación del daño resarcible, también la del patrimonial.

47 Véase, sobre esta praxis, ATIENZA NAVARRO, M.L.: *Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, cit., pp. 150 ss.

48 Cass., 16 febrero 2012, n. 2228; Cass., Sez. un., 22 febrero 2010, n. 4063; Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572.

49 Trib. Milano, 12 abril 1956, en *Giust. civ.*, 1956, I, p. 572.

50 SANTINI, G.: *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 163.

51 Cass., 11 agosto 2009, n. 18218.

52 Trib. Milano, 9 enero 2004, en *Danno e resp.*, 2004, pp. 91 ss.

53 Véase, por el biológico, App. Trieste, 13 enero 1993, en *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 358, con nota de ZIVIZ, P.: “Il danno biologico oltre la salute: una prospettiva fuorviante”; para el daño que afecta a la vida de relación, Trib. Roma, 29 marzo 1993, en *Dir. inf.*, 1996, p. 233; Trib. Verona, 26 febrero 1996, en *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1436.

En el caso de utilización abusiva de los signos de identificación de la persona, el resarcimiento comprende, según los principios generales sobre la materia (arts. 1223 y 2056 CC), tanto el daño emergente, como el lucro cesante, que es valorado por el juez equitativamente, según las circunstancias del caso.

La jurisprudencia requiere la prueba, aunque sea por medio de presunciones, de la pérdida de una ganancia futura, que sea cierta, y no meramente posible⁵⁴. El sujeto lesionado por la divulgación ilícita de su imagen podrá obtener el resarcimiento del daño, suministrando la prueba de “las ventajas económicas que habría podido conseguir si -habiéndosele pedido el consentimiento para la publicación- hubiese podido negociar su concesión y pedir por ella una compensación”⁵⁵. En otras palabras, la jurisprudencia se inclina a cuantificar el lucro cesante, tomando como parámetro “el precio del consentimiento”, atribuyendo, así, a la imagen “un valor económico objetivamente determinable”⁵⁶.

Esta técnica de cuantificación del daño patrimonial suscita, sin embargo, numerosas complejidades.

Ante todo, identificar el perjuicio resarcible con el “precio del consentimiento” supone algo parecido a asignar carácter contractual a un hecho ilícito⁵⁷. Puesto que el resarcimiento no puede ser superior al daño sufrido (de lo contrario, nos encontraríamos ante una indemnización con función punitiva), el disfrute abusivo de la imagen ajena resultará económicamente más conveniente que la búsqueda del consentimiento del interesado, ya que el importe de la reparación no podrá sobrepasar la contraprestación por el uso del retrato⁵⁸.

Supone, además, incurrir en el riesgo de dar relieve a la mera potencialidad dañosa del ilícito⁵⁹, comprometiendo el riesgo de la “certeza”, que, desde el punto de vista de la regularidad causal⁶⁰, es también exigible respecto del lucro cesante⁶¹. Sin embargo, según la jurisprudencia, la publicación ilícita de una imagen es un hecho que disminuye su valor comercial –ligado a la rareza del uso y a su asociación a productos de elevada calidad- de modo que no se trataría del peligro de sufrir un

54 Cass., 22 octubre 2009, n. 22403; Cass., 8 noviembre 2007 n. 23304.

55 Cass., 16 mayo 2008, n. 12433.

56 Cass., 16 mayo 2008, n. 12433. Unos fallos consideran la falta de remuneración como un daño emergente: Trib. Milano, 29 abril 1999, en *Aida*, 1999, pp. 641 ss.; Trib. Milano, 3 noviembre 1997, *ibi*, 1998, pp. 541 ss.

57 MONATERI, P.: *Le fonti delle obbligazioni*, III, *La responsabilità civile*, en *Tratt. dir. civ.*, dirigido por SACCO, R., Torino, 1998, p. 433; ALBANESE, A.: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 439.

58 THIENE, A.: “L’immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 349.

59 CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 633, nota 174.

60 Cass., 21 noviembre 2006, n. 24680; Cass. 20 diciembre 1986, n. 7801.

61 FRANZONI, M.: *Il danno risarcibile*, en *Id.*, *Trattato della responsabilità civile*, 2, Milano, 2010, pp. 65 ss. Véase, ya, SCOGNAMIGLIO, R.: *Risarcimento del danno*, en *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 8.

daño, sino de un peligro, cierto y actual, consistente en la depreciación económica del imagen en el mercado publicitario⁶².

En todo caso, con las salvedades hechas, el criterio del “precio del consentimiento” podría ser adecuado para cuantificar el daño, cuando la intromisión se refiera a una persona conocida, que tenga expectativas de obtener provecho con el uso de su propia imagen⁶³. Como pone de relieve la Corte Suprema, ello no es así “para una buena parte de los asociados, respecto de los cuales, según las reglas de experiencia común, se debe presumir que existe la voluntad de actuar solamente el aspecto negativo del derecho, el *ius arcendi*”⁶⁴.

La insatisfacción por el carácter exiguo de las indemnizaciones concedidas, tanto por el daño patrimonial, como por el moral, ha llevado a la jurisprudencia hacia un mecanismo tradicionalmente extraño a la responsabilidad civil: la restitución del provecho obtenido. Apoyándose en la facultad de determinar equitativamente el lucro cesante (art. 2056. II CC), numerosas sentencias de la Corte Suprema determinan el resarcimiento atendiendo a “las ganancias presumiblemente obtenidas por el autor del ilícito, la difusión del medio en el que la publicación ha tenido lugar, a la finalidad (publicitaria o de otro tipo) perseguida con ella y a cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos”⁶⁵. De este modo, la jurisprudencia asigna al resarcimiento, no la misión de reparar a la víctima por el daño sufrido, sino de transferir al titular del derecho los beneficios económicos obtenidos por el infractor con la utilización de la imagen de aquél⁶⁶. Así pues, ante un comportamiento ilícito, acompañado de un provecho del infractor, se asigna al resarcimiento una función adicional a la de compensar el perjuicio, que parece ausente o difícilmente cuantificable.

En particular, algunas recientes decisiones de la Corte de Casación han llegado a tal resultado, mediante la aplicación analógica de un precepto contenido en la disciplina de la propiedad intelectual. Según el art. 158 de la Ley de derechos de autor (modificado para ser adecuado a la Directiva 2004/48/CE), en el caso de violación de un derecho de utilización económica, el lucro cesante ha de ser cuantificado por el juez, teniendo también en cuenta lo obtenido por haberlo utilizado ilícitamente.

62 Cass., 16 aprile 1991, n. 4031; Cass., 2 maggio 1991, n. 4785. En argumento, PERLINGIERI, C.: sub art. 10, en PERLINGIERI, G. (coordinador): *Codice civile annotato*, cit., pp. 296 ss.; MAFFEI, D.: *Il right of publicity*, en RESTA G. (coordinador): *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, pp. 546; PARDOLESI, P.: “Il cigno rosso: illecito sfruttamento e dilution dell’immagine”, *Danno e resp.*, 2004, pp. 533 ss.

63 Pueden verse: Trib. Milano, 9 enero 2004, en *Danno e resp.*, 2005, pp. 91 ss.; Trib. Monza, 20 junio 1999, en *Dir. aut.*, 2001, pp. 74 ss. Parecidamente, VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 235; BARENGHI, A.: “Diritto all’immagine e danno patrimoniale”, *Giur. it.*, 1991, I, I, p. 1345; ZIVIZ, P.: “Lesione del diritto all’immagine e risarcimento del danno”, *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 715 ss.

64 Cass., 16 abril 1991, n. 4031; Cass., 2 mayo 1991, n. 4785.

65 Cass., 16 mayo 2008, n. 12433, cit., p. 1407.

66 Cass., 11 mayo 2010, n. 11353.

Sin embargo, la técnica hermenéutica seguida por la jurisprudencia promueve la creación de un subsistema de responsabilidad civil de los derechos de utilización económica que aproxima el derecho a la imagen a los derechos sobre las obras del ingenio⁶⁷. La doctrina que ha avalado la referida posición jurisprudencial, de hecho, parte de la premisa de que el derecho a la imagen es gobernado por “la lógica de la propiedad”, análoga a la de los derechos de propiedad intelectual, proponiendo la elaboración de reglas diversas a las de la responsabilidad civil⁶⁸.

Desde hace mucho tiempo se ha demostrado la heterogeneidad del derecho a la imagen respecto a los derechos de utilización económica sobre las obras del ingenio⁶⁹; y, así mismo, que no es procedente aplicar al primero los principales medios de tutela previstos para los segundos⁷⁰. Pero, además, no parece que pueda compartirse la idea de que la utilización indebida de la imagen de otro suponga la invasión de una esfera jurídica ajena. La consideración de que el disfrute abusivo de la imagen constituye una forma de apropiación de una utilidad, exclusivamente atribuida al titular; que da lugar a la consiguiente responsabilidad civil, significa acoger una concepción dominical de los derechos de la personalidad basada en el perfil negativo del *ius arcendi*.

La configuración del derecho a la imagen como un interés a controlar dinámicamente la circulación de la representación gráfica de la propia figura en la esfera social, abre, en cambio, la búsqueda de formas de tutela restitutoria que se adapten a las hipótesis en que falta una pérdida económica, consistente en la destrucción o en el deterioro de un bien jurídico, pero apela a la idea de la disposición de un derecho ajeno⁷¹, que exige el retorno al titular de las ventajas que habría conseguido con el ejercicio del mismo⁷².

El conflicto de intereses se refiere, no a la asignación de una pérdida, sino a la atribución de las ventajas patrimoniales conseguidas mediante la utilización indebida del retrato ajeno, la cual debe encontrar solución el empleo de técnicas de tutela restitutoria. La restitución en la esfera de la víctima del provecho conseguido por el infractor no debe considerarse como resarcimiento de un daño⁷³, sino que debe, más bien, reconducirse a la acción de enriquecimiento injusto (art. 2041 CC), de la cual deben concurrir sus presupuestos.

67 VERCELLONE, P.: *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 38 ss.; THIENE, A.: “L’immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria”, cit., pp. 355 ss.

68 THIENE, A.: “L’immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria”, cit., pp. 356 ss.

69 URCIUOLI, M.A.: *Autonomia negoziale e diritto all’immagine*, cit., pp. 98 ss.

70 SIRENA, P.: “La tutela inibitoria e cautelare del diritto all’immagine”, cit., pp. 364 ss.

71 CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 629 s., 642 ss.

72 Cfr. TRIMARCHI, P.: *L’arricchimento senza causa*, Milano, 1962, pp. 44 ss.

73 En sentido contrario, TRIMARCHI, P.: *L’arricchimento derivante da atto illecito*, en AA.VV.: *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano, 1994, pp. 1149 ss.

En efecto, en el vigente ordenamiento jurídico español, en la regulación de la tutela del derecho a la propia imagen, se distinguen claramente los remedios resarcitorios de los restitutorios. Mientras el texto originario del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, preveía que en la cuantificación del daño moral debía tenerse en cuenta “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, atribuye al juez la facultad de adoptar las medidas necesarias para “la indemnización de los daños y perjuicios causados” (art.9.II,c) y para “la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos” (art. 9.II.d).

El Derecho europeo ha respondido a la exigencia de “penetrar en el ángulo muerto de los ilícitos que no producen pérdidas patrimoniales”⁷⁴, sin deformar la función del resarcimiento, admitiendo, si bien en formas diversas, el concurso entre la acción de resarcimiento del daño y la de enriquecimiento injustificado.

En el Derecho inglés, con la doctrina del *waiver of tort*⁷⁵, o en el alemán⁷⁶, el ofendido puede elegir alternativamente entre el remedio resarcitorio o el restitutorio; y, en la doctrina italiana, a pesar de la tradicional cerrazón de la jurisprudencia, ha surgido una orientación favorable a un concurso integrativo entre las dos acciones.

Por otra parte, parece ya superada la tradicional opinión doctrinal que, en virtud del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto (art. 2042 CC), excluía la posibilidad de que prosperara, si existía un hecho ilícito que justificara el recurso al remedio resarcitorio.

Por lo tanto, cada vez que la ventaja patrimonial conseguida por el infractor supere la medida del daño resarcible, el ofendido podrá obtener la restitución de la diferencia por medio de la acción de enriquecimiento injusto, que será complementaria de la tutela resarcitoria⁷⁷. El carácter subsidiario del enriquecimiento, aun impidiendo un concurso alternativo con el resarcimiento⁷⁸, no excluye la restitución del incremento patrimonial por parte de quien utiliza indebidamente la imagen ajena, lo cual está más allá de la pérdida del perjudicado y, por lo tanto, del daño resarcible según la responsabilidad civil⁷⁹.

74 SACCO, R.: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., p. 111.

75 En la doctrina científica italiana, GALLO, P.: *Waiver of the tort*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 2004, pp. 748 ss.

76 Cfr. LARENZ K. y CANARIS C.W.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2, 13ª ed., München, 1994, pp. 319 y 595; VON BAR, C.: *Gemeineuropäisches deliktsrecht*, München, 1996, pp. 519 ss.

77 Cfr., entre otros, GALLO, P.: *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., pp. 53-55; SIRENA, P.: “La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno”, *Riv. dir. civ.*, 2009, I, spec. pp. 78 ss.; PARDOLESI, P.: “Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 523 ss.

78 Sin embargo, SIRENA, P.: “La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno”, cit., spec. pp. 78 ss., admite un concurso bien alternativo bien integrativo entre la acción de resarcimiento del daño y la de enriquecimiento injustificado.

79 CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 648 ss.

VI. CONCLUSIONES.

En conclusión, la identificación de los medios de tutela del derecho a la imagen exige, previamente, un encuadre correcto del interés jurídicamente protegido.

La incompatibilidad con los valores del vigente ordenamiento jurídico de una clara separación entre los intereses patrimoniales y existenciales obstaculiza toda reconstrucción del derecho a la imagen que caiga en la dicotomía. La consideración de la imagen como una manifestación de la personalidad humana no impide reconocer la relevancia de exigencias de carácter patrimonial conectadas a la difusión de la representación de la figura del individuo, pero siempre que no quede comprometida la unidad del valor en ella implicado.

Desde esta perspectiva la disciplina del derecho a la imagen se convierte en el terreno en el que emerge una renovada compatibilidad entre los derechos de la personalidad y los poderes de la autonomía privada, que permite superar la identificación del interés protegido con un *ius excludendi* modelado sobre el paradigma de la propiedad, acompañado de un deber de no injerencia de los terceros, tutelado, exclusivamente, por las reglas de la responsabilidad civil. En el ordenamiento vigente el núcleo sustancial del derecho a la imagen corresponde, en cambio, al interés a controlar, mediante la prestación del consentimiento, la difusión de un elemento identificativo del individuo, sobre el cual convergen otros intereses concurrentes (de naturaleza personal y patrimonial), los cuales dan vida a conflictos que reclaman soluciones mediante la técnica de la ponderación de intereses. Por lo tanto, el intérprete está llamado a adecuar el conjunto de las formas de tutela a la calificación de la situación jurídica, de tal modo que asegure una protección plena y efectiva que no se agote en el resarcimiento del daño, sino que, junto a él, armonice mecanismos de tutela preventiva y restitutoria.