

CONTROVERSIAS SUSCITADAS POR EL CONSENTIMIENTO DE DISCAPACITADOS PSÍQUICOS NO INCAPACITADOS EN LA LO 1/1982: CUANDO LO CENSURABLE DESDE LA ÉTICA NO ES REPROBABLE PARA EL DERECHO

ANA LAURA CABEZUELO ARENAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Recepción: 01/08/2010
Aceptación después de revisión: 21/09/2010
Publicación: 10/12/2010

I. INTRODUCCIÓN. II. VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO DEL DISCAPACITADO NO INCAPACITADO E INTIMIDAD FAMILIAR. III. ASPECTOS FORMALES Y PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR EL DISCAPACITADO. IV. CONCESIONES ORIENTADAS A COMPROMETER LA PROPIA DIGNIDAD. V. EL CARÁCTER EJEMPLIFICATIVO DEL ARTÍCULO 7 LO 1/1982 Y LA INTENCIÓN DE DIFAMAR. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El Tribunal Supremo ha considerado contrario a la ética, aunque legal, el comportamiento de un periodista en base a que una persona que sufría un retraso mental pero no estaba incapacitada fue entrevistada y filmada por su propia voluntad. Nuestra legislación ignora que honor, intimidad e imagen son derechos distintos que demandan un régimen particularizado. Lo que el legislador no tuvo presente, al ofrecer una regulación uniforme y ambigua. En este trabajo nos proponemos analizar dos problemas que quedan pendientes aún de solucionar. Nos percatamos de que los discapacitados no incapacitados pueden consentir por sí mismos, no estando dotados de la protección que se dispensa a menores e incapacitados. Por otro lado, nos consta que en ocasiones algunos discapacitados han aceptado explotar su minusvalía. Los pactos en los que queda comprometida la dignidad u honor de las personas son nulos a la luz de los principios consagrados por nuestra Constitución.

PALABRAS CLAVES: honor; intimidad; propia imagen; discapacitados; autovejación.

ABSTRACT

The Supreme Court has considered not ethical, but legal, the behaviour of a broadcaster because an individual with some degree of mental

retardation who is not disabled was voluntarily interviewed and filmed. We have a legislation that ignores the fact that honour, privacy and self image are different rights. The lawmaker was not sufficiently meticulous and explicit in the protection of these three rights, making a uniform and an ambiguous regulation. The purpose of this paper is to analyze two of these problems that there are still unresolved. We realize that individuals with some degree of mental retardation who are not disabled can give consent by themselves, without any protection. It should be taken into account the same regulations of consent as in other cases such as minority and incapacitate. From another point of view, sometimes the disabled authorize or approve a commercial exploitation of their disability. In accordance with the principles contained in the Spanish Constitution of 1978, we defend in this paper the fact that we can not consent to a voluntary violation of our honour.

KEY WORDS: honour; privacy and self image; voluntary violation of our honour; disabled.

I. INTRODUCCIÓN

Don Dimas, que presentaba una minusvalía psicofísica de un 66%, aunque no estaba incapacitado, se avino a ser entrevistado en el programa «Crónicas marcianas», que figuraba en aquel momento entre los que acaparaban los más elevados índices de audiencia del público. Su consentimiento no llegó a plasmarse por escrito.

Juzgando que, por el tono jocoso de la entrevista, se incurrió en una intromisión en sus derechos a la intimidad personal y familiar, honor y propia imagen, interpuso posteriormente, junto a sus padres, una demanda que sería estimada en Primera Instancia, condenándose solidariamente a la cadena televisiva y al presentador y director del programa, por intromisión ilegítima en el honor y la propia imagen del actor, al pago de una indemnización que ascendería a 15.000 euros, así como a la difusión de la sentencia en el mismo medio en el que se materializó la intromisión.

Recurrida por los demandados esta decisión, la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife confirmó la sentencia dictada por el Juzgado.

Interpuestos sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo, éste los admitiría a trámite con fundamento tan sólo en los siguientes motivos aducidos por las respectivas partes: «vulneración del artículo 18 CE por restricción injustificada del concepto de consentimiento en el sentido del artículo 3.1 LO 1/82», y «vulneración del artículo 2 de la LO 1/82 en relación con los artículos 1263 y 1300 CC».

La STS de 19 de enero de 2010 casó y anuló la sentencia dictada por la Audiencia y condenó a los actores al pago de las costas causadas en Primera Instancia.

En un primer instante, a la vista de un proceso como éste, que describimos a grandes rasgos, se experimenta una natural repugnancia ante la certeza de que en nuestra sociedad la desgracia ajena esté destinada a convertirse, para el deleite de muchos, en objeto de escarnio. Apreciamos cómo una minusvalía, perceptible apenas se mantiene un contacto efímero con el demandante, satisface y despierta los más bajos instintos del público. Se solidariza uno, como escuchamos con frecuencia, con la posición de unos padres que, apelando a una fundamentación jurídica inexistente¹, comparecieron en un proceso alegando una representación que no ostentaban. No en vano, uno de los motivos en los que se fundamentó el recurso de casación de los periodistas (aunque sólo fuera admitido a trámite por el otro) fue la «*vulneración del artículo 24 de la Constitución Española al carecer los padres de Don Dimas de legitimación activa para interponer demanda*».

El dictado de esta sentencia del Tribunal Supremo y adentrarnos en los antecedentes del caso nos brinda una magnífica ocasión para abordar, de nuevo, la siempre controvertida disposición de los derechos de la personalidad, denunciando la precariedad y contradicciones en que incurre la LO 1/1982, de 5 de mayo.

Porque el caso de don Dimas presentaba más ramificaciones de las que sospechamos en una primera impresión. Alguien que acusaba un retraso mental se convertía en el blanco fácil de las burlas de periodistas que sólo buscaban elevar los índices de audiencia y, por supuesto, el coste de los anuncios publicitarios intercalados en sus programas. Para ello, provocarán a un discapacitado formulándole preguntas en directo cuyo verdadero alcance tal vez aquél no logre captar y provocarán la hilaridad del público. Nos interesamos, entonces, por la precariedad de los instrumentos legales con los que combatir tales ignominias. Y relativizamos esa justificación basada en el «contexto jocoso, desprovisto de finalidad difamatoria» a la que se apela, para entender que algo contrario a la ética sea, en este caso, conforme a Derecho.

Pero también, ¿por qué no? Podemos representarnos que en alguna ocasión un discapacitado explote su propia limitación, sabedor de

¹ Insistimos en que don Dimas no estaba incapacitado, luego no eran sus padres los llamados a defender sus intereses en un proceso, como más adelante se expondrá, aunque a ellos les correspondiera recabar para sí tutela, si entendieron lesionados intereses propios.

que lo único que tiene que ofrecer es su deformidad o las llamativas peculiaridades de su minusvalía. De hecho, como expondremos en estas páginas, este modo de conducirse ha escandalizado en países vecinos a la población y motivado la imposición de determinadas prohibiciones. Esto y no otra cosa es lo que debe pasar por la mente de muchos participantes en programas inalicables.

El Ordenamiento, en estos casos, debe actuar con rotundidad. Si quien es presa fácil para la discriminación, a sabiendas, aceptase ser sometido a vejaciones públicamente concluyendo un acuerdo orientado a tal fin, entenderemos que estamos ante un grave atentado contra la dignidad humana, que no puede ser objeto de disposición por los particulares.

De paso, la sentencia del Tribunal Supremo en la que nos centraremos es el punto de partida para reflexionar sobre dos puntos. Primero, acerca de la incoherencia que entraña dotar a la discapacidad de menor protección que a infancia y juventud, como recientemente ha puesto de manifiesto Bercovitz, cuando se trata de preservar la dignidad humana frente al ejercicio del derecho a la información o las libertades de expresión o de creación artística².

Segundo, ser conscientes en todo momento de las consecuencias irreparables que se derivan para muchos discapacitados mentales de no haber instado a tiempo un proceso de incapacitación. Aunque la situación de quienes experimentan un retraso mental presenta peculiaridades que serán expuestas.

II. VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO DEL DISCAPACITADO NO INCAPACITADO E INTIMIDAD FAMILIAR

La *ratio decidendi* de la STS de 19 de enero de 2010 es la existencia y validez de un consentimiento prestado por quien, no habiendo sido incapacitado, ha de presumirse plenamente capaz. La Audiencia, en contemplación a los rasgos llamativos que presentaba don Dimas, juzgó temerario que se recabara el consentimiento directamente del mismo, sin dirigirse previamente a sus padres para solicitar su autorización. En su interpretación del artículo 2 LO 1/1982, de 5 de mayo, se mostraría contraria a dotar de validez al consentimiento otorgado por quien sufría un retraso mental en el grado que se acusaba en el ac-

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La discapacidad como espectáculo», *Aranzadi Civil Doctrinal*, 1/2010, pág. 24.

tor. Recabó la intervención de los padres, a falta de consentimiento escrito, al concurrir claros indicios de que aquellas restricciones sobre la capacidad de obrar debieron ser acordadas, aunque no se instara procedimiento alguno dirigido a tal fin³.

¿Debieron intervenir los padres en el proceso? Por otra parte..., ¿se les tendría que haber consultado, como la Audiencia exigía, acerca de la aptitud de su hijo para responder a unas preguntas donde su intimidad y honor corrían el riesgo de quedar comprometidos?

Los padres no ostentaban representación alguna que avalase lo anterior. No era su hijo un incapacitado a quien hubieran de defender en un proceso instando las acciones pertinentes, por haber sido nombrados previamente tutores o gozar de la representación que les conferiría una patria potestad prorrogada o rehabilitada, según las circunstancias demandasen uno u otro régimen tuitivo. Tampoco era don Dimas un menor de edad carente de madurez, un niño de corta edad cuya modulación de la imagen hubieran de decidir sus padres, aunque sometidos a la limitación del control previo del Ministerio Fiscal y a la eventual intervención del Juez, si aquél formulase oposición.

Además, la discapacidad necesariamente no conduciría a la incapacitación, salvo que la enfermedad o deficiencia impidiera al afectado adoptar sus propias decisiones o regir libremente sus actos. Se exige, en suma, que esa discapacidad comprometa el autogobierno.

La Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de los Discapacitados, Ley 51/2003, de 2 diciembre, constituye perfecta muestra de lo anterior, cuando, acometiendo reformas en diversos planos, a fin de facilitar a quienes padecen una minusvalía que lleven una «*vida independiente*», define a ésta en su Artículo Segundo como «*la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad*».

Si la discapacidad influyera sobre el discernimiento del individuo, pero no medió incapacitación, la presunción de capacidad plena de

³ SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de febrero de 2006 (JUR 2006, 128740), FD 2.º: «*Todas esas características son apreciables, según el perito, de una manera externa, con una claridad meridiana y patente, es decir, a simple vista y por cualquier persona, aunque sea profana. Así pues, tales circunstancias debieron motivar al entrevistador a solicitar, si ya no el consentimiento por escrito, sí al menos el parecer de los padres o familiares del entrevistado, a la vista de lo cual podía suplir las deficiencias que notoriamente se hacían evidentes para determinar si el entrevistado estaba capacitado o no para dar un consentimiento expreso. Pero nada de ello hizo, por lo que debe concluirse que no existe en el presente caso el consentimiento expreso que requiere la Ley*».

obrar vedaría que los padres del actor esgrimieran, al amparo del artículo 9 LEC, representación alguna. ¿En qué se basaba esa intervención *ad cautelam* a la que aquéllos pretendieron acogerse en el proceso? Si sólo cabe que comparezcan por sí mismos en juicio quienes estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles..., ¿cómo negar la comparencia a un mayor de edad, don Dimas, que no ha sido incapacitado judicialmente y que, de acuerdo con lo anterior, posee capacidad procesal?

Puestos en relación los artículos 7 y 9 LEC, Cordón Moreno⁴ nos ilustra acerca de que han sido previstos por el legislador cuantos mecanismos existen en nuestro Ordenamiento para «*suplir o integrar la falta de capacidad o capacidad limitada de las personas físicas*». Desde la representación, autorización y habilitación, pasando por el defensor judicial, y la asistencia propia de quien queda sometido a curatela.

Ninguna de estas restricciones afectaba a don Dimas, por más que su inteligencia no alcanzara los niveles medios. Un mayor de edad no incapacitado y, por tanto, no sometido a régimen tuitivo o complemento alguno de capacidad decidió, simplemente, impetrar la tutela judicial, reaccionando ante lo que reputó una intromisión. Su capacidad procesal no había de ser puesta en entredicho por sus propios padres, que no nos consta que solicitaran en el pasado la adopción de medida alguna para preservarle, si verdaderamente existía una minusvalía susceptible de afectar a sus actos, de las consecuencias desafortunadas que previsiblemente se derivarían de su proceder.

Si queremos ser rigurosos, reconoceremos que presentar una inteligencia límite no garantiza que prosperen siempre las prevenciones solicitadas por los padres a la luz del artículo 171 CC. Se ha de apreciar, y esto es lo verdaderamente relevante, esa considerable merma en la capacidad adaptativa y desenvolvimiento normal del individuo a la que hicimos mención (art. 199 CC). La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de abril de 2005 (JUR 2005, 129258) acordaría, así, dejar sin efecto esta medida, ponderando que «*D.^a Sara padece un déficit intelectual leve, con una capacidad intelectual límite, que no le impiden el conocimiento necesario para su autogobierno, aunque efectivamente sí puede estar más indefensa frente a terceros*».

En cambio, la SAP de Toledo de 21 de enero de 1999 (AC 1999, 95) acusa la repercusión que despliega el retraso mental en el desenvolvimiento cotidiano y acuerda la incapacitación, prorrogándose la patria potestad a favor de la madre actora. La incapaz, se expresa, ado-

⁴ CORDÓN MORENO, F., «Comentario a los artículos 7 y 9 LEC de 2000», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, Aranzadi, 2001, pág. 111.

lece precisamente de «una deficiencia psíquica de carácter permanente, al quedar acreditado que tiene un retraso mental moderado, con una inteligencia en un rango límite y una personalidad infantil, denotando un déficit de mentalidad abstracta que le dificulta la comprensión de hechos complejos, y siendo muy influenciable»⁵.

Convendremos, por tanto, con Martínez Díe, que no ha de ser confundido el autogobierno con la inteligencia. Orientándose el proceso de incapacitación no a medir el grado de ésta o el nivel intelectual, sino si una persona «se halla en disposición de regir su persona y bienes según un patrón social de normalidad». Aptitud que, como explica gráficamente este autor, es imaginable que concorra perfectamente en un borderline y, paradójicamente, no se aprecie en un superdotado, si no estuvieran a disposición de éste adelantos tecnológicos que le facilitarían la comunicación con el exterior, removiendo los obstáculos que oponen algunas enfermedades degenerativas⁶.

Estas restricciones en la capacidad de obrar derivadas de la incapacitación girarán en torno al bien del afectado, y no al servicio de quienes le rodean, evitando a los últimos las incomodidades que les acarree la convivencia con aquél. La STS de 29 de abril de 2009 es rotunda al respecto: «no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada». Juicio que se introduce, quizá, para marcar los contrastes entre los fines que hoy se salvaguardan y los abusos felizmente desterrados, característicos de épocas pasadas, en los que la incapacitación se orientó, más bien, a desterrar de la sociedad a quienes aquélla reputaba seres molestos. Concepción incompatible, por otro lado, con la función que ha de cumplir el tutor, facilitando la reinserción del tutelado en la sociedad,

⁵ Deteniéndose en el efecto que produce ese retraso mental leve en el grado de autonomía de la hija, matizará que «si bien no permite hablar de una anomalía grave o anulante de la personalidad, constitutiva de una incapacidad absoluta, sí entraña una deficiencia que le impide gobernarse por sí misma en determinados aspectos de su vida, personales y patrimoniales.

En este sentido —se ejemplifica—, el informe médico-forense estima que la presunta incapaz no puede considerarse autosuficiente, ni capacitada para vivir sola o poder llevar un negocio, pues, aun cuando puede gobernar cantidades de dinero que le permitan vivir y cubrir sus necesidades cotidianas, se encuentra imposibilitada para todas aquellas acciones más complejas, como contratar, vender, comprar inmuebles, etcétera».

⁶ Ilustra este razonamiento con la alusión a las limitaciones de sabios mundialmente reconocidos, como el profesor S. Hawking, a cuyo potencial únicamente accedemos merced a estos adelantos, pero que estaría condenado a una suerte muy distinta, pese a su privilegiada inteligencia, de no contar con estos avances técnicos. MARTÍNEZ DÍE, R., «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Madrid, CGPJ, 1999, pág. 194.

una vez superados los obstáculos que impidan su desarrollo autónomo (art. 269.3 CC).

Aceptado, pues, que el consentimiento debió ser prestado por don Dimas, y que sólo a él corresponde defender en juicio sus intereses, restan aún dos extremos sobre los que hemos de pronunciarnos. El primero, si ha de quedar descartado cualquier otro interés que asistiera particularizadamente a sus progenitores. El segundo, referido a la forma que ha de revestir una autorización sobre los derechos consagrados por el artículo 18.1 CE.

Respondiendo con brevedad a la primera duda que se suscita, se lesionaba un interés propio cuya titularidad ostentaban los padres de don Dimas. Bercovitz apela, con razón, al daño moral experimentado por los padres, ante el ofrecimiento de la discapacidad de su hijo como un espectáculo.

Pero de haber probado que, por el carácter influenciabile de su hijo, éste asumió un compromiso con el que se desconoció gravemente la reserva sobre «*determinados aspectos de la vida con otras personas, con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar*» —en palabras de la paradigmática STC 231/1988, de 2 de diciembre—, la solución habría sido muy distinta.

Efectivamente, se habría vulnerado entonces un derecho que conerniría a los progenitores. Partidarios, como somos, de una concepción amplia de la «intimidad familiar», ni se ha de restringir ésta, a nuestro parecer, a quienes son miembros de una misma familia; ni es un derecho cuya titularidad se comparta entre aquéllos, ya que la familia no goza de personalidad jurídica. Nos inclinamos por concebirla como el interés por preservar una «*intersección entre la intimidad de un individuo y la de otros*»⁷, aunque no se hallen ligados entre sí aquéllos por vínculos de parentesco alguno (amigos, parejas de hecho...). La intensidad de las experiencias compartidas por los seres humanos —en nuestro caso, la lucha contra la discapacidad que aúna los esfuerzos de padres e hijo— justifica plenamente la exigencia de una reparación cuando se desconoce la libertad de uno de los implicados y se airea lo que se ansía ocultar.

La indignación y la impotencia experimentadas cuando alguien se burla de lo que constituye un latente motivo de preocupación para los padres y marca para siempre sus vidas fundamentan, desde luego, una reparación por daño moral.

⁷ CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, págs. 200 a 203.

El recurso a la intimidad familiar reviste mayor complejidad en este supuesto. De apelar al mismo, salvo que se pruebe que don Dimas no era responsable de sus actos, pues no entendió el significado ni la trascendencia de la decisión, desembocamos en la paradoja de que la reclamación de unos padres podría dirigirse incluso contra el hijo, por revelar, hiriéndolos, detalles de su vida cotidiana que, desde la gratitud, tuvo que silenciar.

III. ASPECTOS FORMALES Y PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR EL DISCAPACITADO

La STS de 19 de enero de 2010 se detiene en consideraciones que están ya al margen de toda controversia. Naturalmente que el consentimiento, que ha de ser expreso, no ha de plasmarse por escrito, si no ceñimos a los dictados del artículo 2.1 LO 1/1982. Ello facilitaría su prueba, pero no decidirá su concurrencia. No ha exigido el legislador el acatamiento ineludible de ciertas solemnidades⁸.

Un escrito, por supuesto, aportará una prueba sobre el alcance del consentimiento que, a veces, no proporcionarán otros indicios a los que se recurra en caso de duda. La redacción meticulosa de un clausulado evita dotar al compromiso adquirido de una significación distinta a la querida, pues serán introducidas las oportunas acotaciones, tanto objetivas como temporales. Una retribución escasa, por ejemplo, no se liga para la SAP de Barcelona de 20 de julio de 2005 (AC 2006, 1320) a un más recortado ámbito de difusión, como alegaba la demandante —duda que habría despejado un clausulado en el que aquél quedase precisado—, sino a la ausencia de profesionalidad de la actora⁹.

⁸ Dejamos a salvo lo que después se dirá acerca del consentimiento prestado por los menores e incapaces y sus representantes legales cuando aquéllos no presenten suficiente madurez.

⁹ Todo ello sin olvidar, desde luego, el papel que desempeña el artículo 1258 CC en orden a integrar el consentimiento contractual, frenando cualquier pretensión que sustente la existencia de intromisión, donde se impone simplemente la aplicación de este precepto.

Siendo imposible sustraerse a la inserción de las fotografías en Internet, cuando se consintió la utilización «a efectos publicitarios de imágenes de la demandante» sin acotación alguna, y aquella es una valiosa vía para ese fin, lo que se entenderá abarcado por un consentimiento que se prestó de forma oral, pues es conforme a los usos. Optar por un acuerdo escrito, sin embargo, sí habría permitido condicionar la autorización a la exclusión de un medio de difusión, si no fuera del agrado de quien comercia con su imagen, por más que habitualmente se hiciera uso de aquél.

La SAP de Barcelona de 20 de julio de 2005 (AC 2006, 1320), remitiéndose a la dictada por el Tribunal Supremo el 27 de junio de 1996 (RJ 1996, 4792), interpreta que la LO 1/1982 ha requerido un «*consentimiento (...) que no necesariamente tiene que constar por escrito, o “formalizado” en un contrato escrito, porque aquí el legislador ha utilizado el término “expreso” en el sentido de que tal consentimiento ha de ser claro y especificado, en clara contraposición con el de tácito, que comporta el que no se diga formalmente sino que se suponga o infiera de otros actos*». Pese a lo que literalmente se extrae de esta última parte del discurso, estudiando la fundamentación de la STS de 27 de junio de 1996 (RJ 1996, 4792), encontraremos que se valoraría que «*el consentimiento expreso no tiene necesariamente que ser por escrito; puede ser verbal o de otra forma concluyente*». De ello inferimos que el Tribunal no contrapone ese consentimiento «expreso» al «tácito», puesto que admite que la declaración de voluntad se preste a través de actos concluyentes e inequívocos. Y éstos son comportamientos a los que no se les pueda dotar de otra significación que la de manifestar el deseo de ceder parcelas de intimidad o autorizar el uso de la imagen. El Tribunal proscribe, simplemente, cualquier intento de introducir presunciones, pretendiendo ver autorizaciones donde éstas no existen. Contrapone consentimiento «expreso» a «presunto», pues ha de constar de modo indubitado que el titular desea plegarse a la incursión, sea a través de la palabra, del escrito o de sus actos, cuando aquélla y no otra sea la traducción que los mismos presenten¹⁰.

¿No estaría alguien consintiendo tácitamente, al colocarse en el punto de mira de un programa donde impera la sátira, que alguna observación de mal gusto se dirigiese contra su persona? Si aceptásemos que, en teoría, un discapacitado participase en montajes televisivos, colaborando a suscitar un escándalo del que también obtuviera beneficios, entonces el contexto pasaría a ocupar una importancia vital. Si de todos es conocido el peculiar estilo empleado por unos profesionales y alguien, con plena conciencia de lo anterior¹¹, coopera con ellos, no cabe alegar después intromisión alguna hacia lo que voluntariamente

¹⁰ Sobre el valor de las declaraciones tácitas de voluntad o actos concluyentes e inequívocos, vid. DÍEZ-PICAZO, quien sustenta que los tribunales han de proceder a una interpretación objetiva «*no buscando tanto la inducción de una voluntad oculta bajo ellos, cuanto el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás*». DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (I). Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Cívitas, 1993, pág. 149.

¹¹ Y recalcamos lo de «con plena conciencia» porque no es lo mismo ser manejado por otros que colaborar con ellos, como queremos hacer patente en estas páginas. El fenómeno televisivo es extraordinariamente rico y la realidad abarca ambas hipótesis.

se ha propiciado. Distinto será que de la indisponibilidad del honor se derive, como aquí defenderemos, la nulidad de estos pactos dispositivos, sea cual fuere la forma que lleguen a revestir. Nos decantamos por esta postura en el pasado, matizando que el reconocimiento de la indisponibilidad del honor no sería *«en modo alguno incompatible con la negación de que deba prosperar una acción por intromisión en el honor cuando se advierta el fomento por el mismo demandante de la conducta que la motiva»*. Como justificamos entonces, *«si se veda la reclamación no se debe a que efectivamente se haya dispuesto del honor a favor de otro y haya de mantenerse esa decisión, sino sencillamente a que no puede mantenerse una actitud favorable a un comportamiento y una reacción completamente adversa a una materialización que el mismo actor ha propiciado»*¹².

La sola comparecencia en un programa que gozaba de larga trayectoria y popularidad constituía en sí misma una autorización, legitimaba esas incursiones. A lo que se sumaría después el voluntario sometimiento a un cuestionario ante las cámaras. La firma previa de un acuerdo en modo alguno es exigida para legitimar un acto de cuyo alcance sea consciente el entrevistado y al que quiera plegarse. Bastaba, simplemente, con abandonar el plató o negarse, cuando menos, a responder alguna de las preguntas, si la consideraba de mal gusto o transgresora de unos códigos morales cuyo respeto reputaba esencial como punto de partida.

Lo único que exige el artículo 3 LO/1982, como sabemos, es que en aquellos casos en los que el menor o el incapaz carezca de madurez para decidir por sí mismo otorgue por escrito el consentimiento su representante legal y lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal. Formulando éste oposición sobre ese consentimiento proyectado en el plazo de ocho días, habrá de resolver el Juez¹³.

Tampoco desde esta perspectiva era defendible la exigencia de forma escrita. Los «incapaces» mencionados en el precepto, dado que se alude a continuación a su representación, serán quienes han sido incapacitados por sentencia, lo que no era predicable respecto a don Dimas.

¹² CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, cit., pág. 178, nota a pie 76.

¹³ Establece el artículo 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, que *«el consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil»*.

En el párrafo segundo de este artículo se dispone que *«en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez»*.

El tratamiento que se dispensa al incapacitado es, pues, idéntico al que reciben los menores sometidos a la patria potestad, dado que la facultad de consentir disposiciones sobre estos derechos, íntimamente ligados a la personalidad del individuo, se deposita en manos de su titular, bastando tan sólo que posea el suficiente grado de discernimiento —la capacidad natural, que no la plena, de obrar¹⁴— para apreciar el significado y la trascendencia de la decisión que adoptan.

Existiendo criterios contrapuestos entre quienes ostentan la representación legal y el propio menor, si éste no deseara plegarse a una intromisión, cuya significación comprendiese en toda su extensión, prevalecería su voluntad. Sin dejar de recordar, claro está, que la reforma operada por LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, deja sin efecto la eficacia legitimadora del consentimiento del menor o de sus representantes, cuando del mismo se derivasen perjuicios para aquél. Según consta en el artículo 4 (3) de esta Ley, seguiría integrando «*intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*».

La redacción del precepto, que criticamos en otras ocasiones, vela por salvaguardar la dignidad del menor, aunque denote una falta de técnica legislativa, escogiendo una terminología desafortunada. No resultaba apropiado aludir a la «honra», término revestido de un clasicismo que le valió ser proscrito por el legislador por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que reformara el Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, al modificar el artículo 648.1 CC. Ni era correcto mencionar tan sólo la reputación, desconociendo que ésta es sólo uno de los componentes —el externo— del honor, que, además, presenta el interno o inmanencia, cuya vulneración conjunta ha de producirse para fundamentar una acción por intromisión ilegítima en este derecho¹⁵.

¹⁴ SANTOS MORÓN, M.^a J., «La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho Civil», en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, VV.AA., Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2004, pág. 172.

¹⁵ CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, cit., pág. 66, y también en «Comentario a la STS de 25 de junio de 2004», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 67, pág. 411, y «Comentario a la STS de 13 de julio de 2006», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 74, págs. 931-952.

Si por esta vía se deja sin efecto una decisión voluntariamente adoptada por el menor o por sus representantes legales, también debería aplicarse el artículo 4.3 y 4 LO 1/1996 a quienes han sido incapacitados por estar privados del autogobierno, e incluso a quienes, como es el caso de don Dimas, no fueron incapacitados pero no presentan una madurez plena que asegure, como expresa Bercovitz para reforzar su argumentación, «*el ejercicio correcto del derecho*» por el que vela este precepto¹⁶.

De no ser así, la determinación a la que llega un individuo de inteligencia inferior a la media que no fue incapacitado prevalecería como expresión soberana de su voluntad, aunque de ella se derivaran perjuicios acaso ni soñados por el disponente¹⁷.

El contraste se aprecia entonces con nitidez: ¿quién velará por la dignidad de personas cuya deficiencia psíquica se aprecia de modo palpable pero cuya capacidad plena se presume, aunque existan signos externos que nos hagan dudar?¹⁸.

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La discapacidad como espectáculo», *Aranzadi Civil*, 1/2010, pág. 26. Favorable a la aplicación del régimen del artículo 4 a los incapacitados, sosteniendo que las diferencias respecto al menor son más «aparentes que reales», ROVIRA SUEIRO, M. E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, Comares, 2000, págs. 130 a 132.

¹⁷ Por esta razón cuestionamos la opinión de MARTÍN CALERO cuando mantuvo que si se apreciaba aptitud para decidir conscientemente y libremente, poco importaba que «*la decisión sea imprudente, inadecuada, desproporcionada, abusiva o jactanciosa; la seguridad del tráfico no permitirá defraudar las expectativas del tercero por tales motivos. Pero, al menos, el sujeto debe entender lo que está haciendo, pues, en otro caso, (...) si le falta el uso de razón, no puede decir propiamente que quiera nada, no habrá llegado a prestar consentimiento y, sin él, no hay contrato, ni obligación válida*». No hay que llegar al extremo de carecer de «uso de razón». La reforma de 1996 lo confirma. Un grado de madurez idóneo para decidir, para «entender y querer» lo que se hace, cede ante la necesidad de evitar un mal a quien no goza de capacidad plena. Precisamente porque la decisión era equivocada y era un error cumplir ese compromiso. Y, en este sentido, poco importará que los padres hayan contado con la autorización del hijo maduro para concluir un contrato —y disponer de un potencial económico del que el hijo es titular— en el que ha de realizar prestaciones personales (posando) si se estima que la formación del menor quedará comprometida gravemente.

¹⁸ MARTÍN CALERO invita a detenerse en las peculiaridades de cada discapacitado, sin que la incapacidad se presuma, inexorablemente, de la presentación de un fenotipo característico, como ocurre en los afectados por el síndrome de Down. En su opinión, estos prejuicios llevarían a tratar como incapacitados a quienes no lo están, lo cual no sólo es injusto socialmente, sino incorrecto desde el punto de vista jurídico, como quiere que no han sido estudiadas, a la hora de restringir el ámbito de actuación de una persona —que es a lo que asistimos desde un punto de vista fáctico—, las especiales habilidades de cada discapacitado. MARTÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, pág. 26.

Aunque nos parece impecable este razonamiento, no podemos cerrar los ojos a la

Algunos, aferrándose a la presunción de capacidad que se pondera en la sentencia, pensarán de inmediato en la facultad de revocación prevista en la LO 1/1982, como un recurso al que volver la mirada, para dejar sin efecto decisiones desafortunadas adoptadas, entre otros, por quienes se hallen en esta posición singular.

Investigar acerca de los negocios dispositivos que recaen sobre la vertiente económica de imagen e intimidad nos llevó a reconocer que la revocación funciona, a veces, para combatir excesos relacionados con la faceta puramente personalista de esos derechos. Evitando, como ahora, la humillación de que se difunda un mensaje con una significación que no captamos en toda su amplitud, pues no gozamos de la oportunidad de meditar, instantes después de la grabación, a la vista de un material aún no difundido.

Pero, asimismo, nos percatamos de que, a veces, se apelaba a ella para encubrir el deseo de dejar sin efecto una decisión, con vistas a autorizar otra incursión similar de la que se esperaba obtener mayor rendimiento económico¹⁹. Si la disposición recayó exclusivamente sobre

realidad y negar que cuando la discapacidad hiere forzosamente los sentidos estemos ante personas más fáciles de sufrir el abuso y la desconsideración de los demás. Como ya sabemos, la sentencia dictada por la Audiencia recalcó que la minusvalía de don Dimas la habría captado «hasta un profano en la materia». Y aunque el TS no estima que se produzca intromisión en su honor, reputa poco ético mofarse de alguien cuya discapacidad se manifiesta ostentosamente. Nos preguntamos, pues, si se habría recabado por los responsables del programa un consentimiento en tan amplios términos de no haber percibido esa minusvalía. Y si la discriminación realmente no surge entonces, al quedar a merced de otros. Y no porque nos cerciemos, al ver esos signos, sobre si media, o no, incapacitación.

En efecto, juzgamos de interés reproducir la descripción que efectúa la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de febrero de 2006 (JUR 2006, 128740) para comprender lo expuesto. En su FD 2.º hallamos lo siguiente: «(...) Es una persona de cuarenta años de edad, que tiene declarada por el organismo competente una minusvalía del 66%, que fue ratificada y explicada por el perito judicial y que confirman los exámenes psicológicos realizados en el expediente para reconocimiento de minusvalía que obra en la Consejería de Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, describiéndolo como una persona que tiene una capacidad mental límite, pérdida de memoria, mala atención y concentración, mala adaptación a las situaciones sociales, manteniendo una vida social limitada al entorno familiar. En resumen, según el perito, el actor padece un trastorno orgánico de personalidad, que se caracteriza por los siguientes rasgos: alteraciones emocionales caracterizadas por labilidad emocional, simpatía superficial e injustificada y cambios rápidos hacia la irritabilidad o hacia manifestaciones súbitas de ira, expresiones de necesidades e impulsos que tienden a presentarse sin tomar en consideración sus consecuencias o molestias sociales, trastornos cognoscitivos en forma de suspicacia o ideas paranoicas o preocupación excesiva por un único tema, marcada alteración en el ritmo y flujo del lenguaje con rasgos tales como circunstancialidad, pegajosidad e hipergrafía. Todas esas características son apreciables, según el perito, de una manera externa, con una claridad meridiana y patente, es decir, a simple vista y por cualquier persona, aunque sea profana».

¹⁹ Fundamental para comprender la orientación de la revocación hacia la especulación y la defectuosa regulación de la misma en el texto de 1982 es la aportación de CA-

aspectos patrimoniales de imagen e intimidad y ninguna incidencia presentaba sobre la vertiente personalista (no había tergiversación alguna ni desviación del consentimiento del que se derivase un daño moral), el contrato habría de ser cumplido en los términos inicialmente acordados. La revocación no ha de ser concebida como una técnica al servicio de la especulación, sino como un instrumento que vele por el respeto a la dignidad de las personas²⁰.

De nuevo topamos con una deficiencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo. No se reservó la revocación para la vertiente personalista del derecho, entendiéndose que la resolución (art. 1124 CC) se imponía cuando una de las partes incurriera en el incumplimiento de un contrato bilateral y se frustrase un interés puramente económico. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a mayor abundamiento, sería la encargada de desglosar ambas manifestaciones de imagen e intimidad.

Ahora se demuestra cumplidamente la insuficiencia de este mecanismo. Estamos ante un programa en directo. Un entrevistado con unas facultades intelectivas inferiores a la media... ¿Captará de inmediato el doble sentido de las preguntas que se le formulan? No gozando de la oportunidad de supervisar un montaje y revocar, tras ello, su autorización, percatándose con posterioridad de errores en los que, de modo malintencionado, le hayan hecho incurrir para ridiculizarlo... ¿Sigue siendo apta la revocación como instrumento protector de los derechos de la personalidad en la LO 1/1982?

Lo mismo mantuvimos en el pasado respecto a los menores: autorizando los padres su comparencia en directo en un plató, el Ministerio Fiscal ejerce una función de control que se ve sensiblemente mermada por la imprevisibilidad que caracteriza a estas emisiones.

Esta técnica no protege en absoluto, por motivos obvios, al que ya está siendo ridiculizado en aquel instante ante millones de espectadores. Amén de que don Dimas podría haber renunciado a la revocación, insertando esta renuncia en un contrato.

Estas carencias proporcionarían, creemos, nuevos argumentos para adherirnos a la interpretación analógica propugnada recientemente por Bercovitz.

Aceptaremos, por supuesto, que víctima de un engaño llegue a ser incluso una persona avispada, aunque poco versada en giros del

SAS VALLES, R., «Derecho a la imagen. El consentimiento y su revocación», *Poder Judicial*, 14, 1989, págs. 131 a 143.

²⁰ IGARTUA ARREGUI, F., «La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona. Comentario a la STC 231/88 de 2 de diciembre», *La Ley*, febrero 1990, págs. 1077 y 1078.

lenguaje de escaso gusto. La utilización de un discurso con doble intención o de un lenguaje ambiguo le colocarían igualmente en una situación embarazosa. Sus contestaciones serían tergiversadas, otorgándoles una significación distinta —con connotaciones sexuales, usualmente— y alejada de la que ingenuamente el interlocutor dotó a sus propias palabras. Y, pese a no ponerse en entredicho jamás la capacidad de obrar de éste, defenderíamos que no se desplegaría entonces esa función legitimadora del consentimiento que excluye la intromisión.

La tergiversación afecta, en suma, a quienes no captan la maldad del prójimo. La diferencia estriba en que algunos reaccionarían defendiéndose ante la burla, una vez comprendan el engaño; mientras que otros serán víctimas de quien quiera convertir su desgracia en una atracción.

Y es que si el sensacionalismo informativo ha ocupado el centro de atención de jueces y fiscales, por el riesgo de explotación que entraña para los menores que comparecen en directo en los denominados *reality shows*, no entendemos por qué a los discapacitados, que experimentan idéntico peligro de ser ridiculizados ante este auditorio, a efectos prácticos, se les condena a la indefensión.

Ya nos hemos cerciorado de que los tribunales, pese a reconocer ese riesgo de indefensión ínsito en este tipo de personalidades, no incapacitan a quienes experimentan este déficit intelectual.

Esa «inteligencia límite» es la franja en la que se mueven quienes presentan un grado suficiente de conciencia y volición como para conducirse en libertad y responder civil y criminalmente de sus actos.

Recordemos que estar en posesión de un cociente de inteligencia inferior a la media no exonera de responsabilidad penal cuando el autor de una conducta tipificada en el Código Penal conocía la ilicitud del hecho y quiso, pese a todo, materializarlo. Ser «menos inteligente» que la población media no exime de responsabilidad criminal si se alcanzaba a comprender en su momento la trascendencia del acto y se asumió entonces²¹.

No hay que descartar, en suma, pese al más escaso nivel intelectual que alguien presente, que desee fervientemente prestarse a una en-

²¹ La relevancia que presentan estas alteraciones en el proceso socializador del individuo son estudiadas por MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 156. El elemento biológico, nos enseña, no basta por sí mismo para decidir la inimputabilidad de una persona si no se acompaña de un efecto psicológico: la grave alteración de la conciencia de la realidad, de «su capacidad para conocer las pautas de comportamiento y valores dominantes en su entorno social».

trevista y su consentimiento sea válido. Pero tampoco ignorar que si la facilidad con la que estas personas son manipuladas o la fascinación que experimentan ante ciertas influencias externas gozan de relevancia para el Derecho Penal, a los efectos de decidir sobre su inimputabilidad, esto es, sobre su falta de «capacidad para ser culpable», es inevitable asumir que su consentimiento —cuando no falte por carecer de capacidad natural, dada la entidad del retraso— sí podrá estar con mayor facilidad viciado por el error o mediatizado por el dolo.

IV. CONCESIONES ORIENTADAS A COMPROMETER LA PROPIA DIGNIDAD

El periodismo amarillo es descrito a la perfección por Folguera²² en los siguientes términos: «*el interés del espectador es atraído primero, y retenido después durante las frecuentes interrupciones publicitarias mediante el despliegue de recursos tanto más llamativos o escandalosos cuanto mayor la audiencia que se desea obtener*».

Tras la modificación que se introduce en la LO 1/1982 por la Disposición Final Segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, que reforma el Código Penal, se ha acusado un avance que ahora comentamos. La nueva redacción del artículo noveno, entre las medidas a adoptar para poner fin a la intromisión ilegítima, ha previsto expresamente la «*apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos*» [actual art. 9.1.d)]. Mientras que con anterioridad el artículo 9 no la establecía como una decisión a acordar, sino que tan sólo contemplaba, como uno de los criterios a barajar para cuantificar el daño moral, «*el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*» (art. 9.3 *in fine* en la redacción ahora derogada).

La eficacia disuasoria que ejerce la norma se ve extraordinariamente incrementada por la actual redacción, que priva de la ganancia obtenida al infractor, depositándola en manos de la víctima. Al abrigo de la versión anterior del artículo, el ilícito resultaría, a veces, rentable, pues aunque la indemnización alcanzase cifras millonarias, tanto o más lo eran las ganancias que la intromisión había reportado al demandado. La miseria del ser humano ha dejado de ser rentable, así,

²² FOLGUERA CRESPO, J., «Comunicación, sensacionalismo informativo y protección del menor», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, CGPJ, 1993, págs. 454 y 455.

para quien la airea sin consentimiento o interés público o se mofa de ella sin miramientos.

Lo asombroso, empero, es que los entrevistados se plieguen voluntariamente a esas incursiones en su intimidad. Sean plenamente conscientes de que comparecen en un programa en el que la vulgaridad y el amarillismo han anulado cualquier tipo de profesionalidad o buen gusto, tanto en la forma como en los contenidos. Asuman el tratamiento de aspectos polémicos y aun degradantes a cambio de percibir unas cantidades previamente pactadas.

En una primera impresión, nos escandalizaremos, obviamente, de que la discapacidad se oriente a la especulación.

¿Es lícito que el titular de los derechos regulados por la LO 1/1982 consienta sobre cualquier aspecto de los mismos? Con este tipo de concesiones, el entrevistado traspasa las barreras de una disposición sobre su propia imagen, para penetrar, entendemos, en el más resbaladizo terreno de la dejación de la dignidad. Compromete, prestándose a una autovejación, su propia estima e ineludiblemente la que los demás tengan sobre su persona, ya que acepta voluntariamente convertirse en el blanco de las burlas ajenas.

Repáre el lector cómo hemos dado un nuevo giro al tratamiento de las relaciones entre discapacidad y derechos de la personalidad. De entrada, hemos condenado la precariedad de la LO 1/1982, de 5 de mayo, para reaccionar frente a abusos intolerables que padecen los más débiles. Ahora, desde un prisma completamente distinto, nos centraremos en la eventualidad, antes apuntada, de que un discapacitado, conscientemente, convierta su minusvalía en una fuente de ingresos o, al menos, se pliegue a que otros la exploten.

Manifestándose la discapacidad de don Dimas a través de unos signos tan llamativos como los que describía minuciosamente la sentencia recaída en apelación, no albergamos dudas acerca de que fue la morbosidad que aquélla suscitaba la única atracción que motivó su comparecencia ante las cámaras. No era don Dimas una persona de renombre en quien la enfermedad hubiera hecho mella y sobre lo que el público tuviera interés en ser informado. Tampoco se había visto implicado en suceso o acontecimiento relevante alguno, ni siquiera mediando el más puro azar, que justificara una comparecencia ante los medios (un secuestro, un atentado, la supervivencia tras desatarse las fuerzas de la Naturaleza...). Don Dimas era, pues, un perfecto desconocido para la opinión pública, que no tenía otra cosa que ofrecer que la extravagancia que se derivaba de sus propios padecimientos y de su retraso mental.

La regulación conjunta en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de tres de-

rechos diversos, ofreciendo un régimen uniforme sin acusar las peculiaridades de cada uno de ellos, ha conducido a resultados tildados por algún autor como «aberraciones», cual es la sola sospecha de que sobre el honor quepa concebir disposición alguna. Pasando ya a un segundo plano si se obtuvo lucro con ello al efectuar la cesión²³.

Tiempo atrás sostuvimos que la habitualidad no constituye un parámetro legitimador de las conductas. La frecuencia con que se sucedan agresiones a los derechos de la personalidad y la sensación de vernos invadidos por un periodismo que no conoce fronteras no han de llevarse al extremo de reputar «normal» o «aceptable» lo que carece de dicha consideración. Para nosotros, la autovejación encierra una intrínseca inmoralidad que la sitúa al margen de lo que está permitido pactar *ex artículo 1255 CC*. Rechazábamos, pues, algunas tesis que reputaban inadmisibles la ejecución forzosa de los pactos referidos a aquélla, mas no un convenio que girase en torno a la voluntaria dejación que una persona efectúa sobre su dignidad. Recordemos que Alfaro llegaría a sostener que «*no puede impedirse a alguien que se deje insultar o vejar a cambio de dinero. Lo que resulta intolerable es que se obligue coactivamente a esa persona a realizar tal actividad (a cumplir la obligación) cuando, con posterioridad a la asunción de la obligación, ha cambiado de opinión*»²⁴.

Apartándonos de esta concepción, entendimos que «*lo intolerable*» —en otras palabras, lo que realmente atentaba contra la dignidad humana— no era la ejecución forzosa, sino el previo pacto al que aquélla se refería. Es en la operación en su conjunto y en el móvil que persiguen las partes donde residiría la ilicitud que impide recabar la tutela del Ordenamiento²⁵.

²³ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ no encuentra otro calificativo más apropiado que el de «aberrante» para referirse al comercio sobre el honor o la dignidad, esto es, «*a que una persona pueda comerciar con esa facultad o desprenderse de ella, si quiera parcialmente so pretexto de recibir cualquier tipo de contraprestación o aun sin ella*». Las causas de esta falta de sintonía apreciadas entre la articulación de este derecho y la que debe dispensarse a la propia imagen y al honor se explicaría, a su juicio, en la inicial intención del legislador de abarcar tan sólo a intimidad e imagen en una normativa que, finalmente, comprendería un tercer derecho al que repugnan, entendemos con este autor, muchas de las soluciones previstas para los dos restantes. Y, desde luego, completamente ajeno, entendemos nosotros, a la bipartición que el Tribunal Constitucional concibe entre vertiente patrimonial y aspecto puramente personalista. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., «El consentimiento en la LO 1/82, de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores o incapaces», *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997, pág. 1835.

²⁴ ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pág. 81.

²⁵ El móvil que impulsa a las partes a contratar (promover la vejación de una de ellas) y la función que cumple el contrato infringen claramente el artículo 1275 CC. So-

Tengamos presente, con Espinar Vicente, que *«la dignidad y sus derechos inherentes constituyen una clave de la organización social y responden a un interés colectivo, mientras que el derecho a la intimidad protege un interés individual renunciabile. El sujeto puede consentir que se acceda a su vida privada, pero no puede abdicar de su dignidad (Cosa distinta es que no ejerza las acciones con las que el sistema se la protege)»*²⁶.

La LO 1/1982, de 5 de mayo, tras consagrar la irrenunciabilidad de los derechos que regula, prevé, asimismo, un acto de disposición. Aceptado que éste se articule sobre concretas parcelas de intimidad e imagen, delimitadas objetiva y temporalmente (fotografías concretas, una entrevista o información en particular de contenido privado...), descartaremos que el honor, por su propia naturaleza, sea disponible por los particulares. Se produciría con tal decisión una plena «abdicación del derecho»²⁷.

Yzquierdo Tolsada, admitiendo la cesión que recae sobre imágenes y siempre partiendo de que estamos ante un consentimiento revocable, aun disposiciones sobre la intimidad que juzga, con razón, repugnantes, introduce una importante salvedad cuando voluntariamente se compromete el honor. Sustenta sobre este punto que *«lo que no cabe es un negocio dispositivo sobre el honor o la dignidad personal por el que su titular autoriza a otro a ser deshonrado, con precio o sin él. Una cosa es que alguien quiera desvelar sus intimidades en serie y otra que el Derecho pueda prestar su amparo a un contrato por el que se permite, por ejemplo, que una publicación atente contra el honor de una persona, difamándola en cada uno de sus números semanales. Semejante pacto no soporta una criba del artículo 10 de la Constitución»*²⁸.

Aunque aparentemente exista unanimidad a la hora de negar efecto legitimador a este consentimiento, O'Callaghan se desvía de este enfoque para asegurar que *«sí cabe consentir una actuación de un ter-*

bre el tema de la ilicitud de la causa, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1998, págs. 178 y 179.

²⁶ ESPINAR VICENTE, J. M., «La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor», en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pág. 57.

²⁷ Rotundamente contrario a que el honor sea objeto de disposición CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., en «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO 1/82 de 5 de mayo», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pág. 1256, y también en «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, pág. 63.

²⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, 2001, pág. 351.

*ceros que podría atentar contra su honor»*²⁹. Las sentencias en las que basaba esta argumentación, como opusimos en su momento, refuerzan nuestra tesis contraria a la disponibilidad sobre el honor. Si se autoriza que se lleve a la pantalla un crimen en el que se estuvo implicado, supeditando el consentimiento a que se lea antes de la proyección un comunicado donde conste la inocencia del disponente, no se dispone del honor, comprometiendo la dignidad, entendemos nosotros. Al contrario, lo que se persigue con ello es salvaguardarlo con esa puntualización, a la que se subordina la autorización. Como tampoco perdonar las desavenencias surgidas con una empresa, percibiendo una indemnización sustanciosa y evitando acudir un proceso, ha de interpretarse como una renuncia al honor. No es éste el significado que atribuimos a la STS de 1 de julio de 1992, donde tan sólo se obtuvo, al margen de un procedimiento judicial, una reparación por expresiones soeces proferidas contra quien se avino a aceptar dicha suma. De lo que se infiere que la compensación fue exigida con fundamento en la vulneración de un derecho, el cual se hizo valer. Siendo incompatible lo anterior con cualquier tipo de dejación o renuncia³⁰.

En lo tocante al derecho al honor, no hay parcelas susceptibles de ser deslindadas unas de otras³¹. El honor no conoce esa bipartición que acusa la imagen y que concebimos igualmente en la intimidad³². No presenta aspectos económicos, distintos de los personalistas, susceptibles de ser explotados. Ya desde la STS de 6 de diciembre de 1912 se ratificó que era *«indudable que la honra y el decoro personal están por encima del comercio humano y que sólo quien las pierde puede apreciar en todo su valor»*.

En nuestros días se aproxima a la dignidad humana, y no vislumbramos en él más que intereses extrapatrimoniales.

Por otro lado, si el consentimiento que recae sobre la propia imagen

²⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de la Sala Primera del TS», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 169.

³⁰ Objeciones a esta visión en CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, cit., pág. 100.

³¹ Así lo sostuvo ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la LO 1/82, de 5 de mayo*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1988, pág. 81, recalcando las diferencias respecto al honor e imagen. La ilicitud de un pacto cuyo objeto fuera la autovejación para este autor es manifiesta y encierra una *«entera disponibilidad del derecho»* que no concurre en los restantes regulados por la LO 1/1982.

³² Para la STC de 26 de marzo de 2001, la vertiente personalista de la imagen —única merecedora de amparo y tutela constitucional— se encuentra *«ceñida a la proyección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas»*.

es susceptible de un proceso delimitador, que evita que la autorización concedida en un momento concreto se extienda a otros que no fueron contemplados expresamente, esta delimitación se revela como tarea de difícil consecución en el ámbito del honor. Se podría consentir ser fotografiado en una ocasión y negarse en otra. Pero una vez que alguien se prestó voluntariamente a que le vejaran por ser discapacitado y en su calidad de tal, poco daño le restaría alegar en lo venidero en su autoestima cuando alguien efectuase algún comentario de mal gusto sobre este particular. Del FD 2.º de la STS de 11 de abril de 1992 (RJ 1992\3094) extraemos que *«el honor, junto con la intimidad y la propia imagen, es un valor absoluto, permanente e inmutable, pero su tutela efectiva puede aparecer en algunos casos, limitada por ciertos condicionamientos que provengan de las leyes, de los valores culturales de la sociedad en cada momento, y de un modo especial del propio concepto que cada persona tenga respecto de sus particulares pautas de comportamiento; y a ello viene referido el art. 2.º, ap. 1.º de la Ley Orgánica 1/1982, al proclamar que “la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las propias leyes, y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma a su familia”; por lo que quien malbarate estos derechos, o no sea celoso custodio de los mismos, no será acreedor a la protección jurídica, si bien ésta ha de predicarse de toda persona, en tanto no se demuestre lo contrario».*

Con disposiciones en las que queda comprometida gravemente la dignidad se opondría que el propio actor, deliberadamente, se humilló a los ojos de los demás. Recordemos, en otro orden de cosas, cómo la STC 117/1994, de 25 de abril, rechaza que atenten contra el honor de una famosa las frases soeces que figuran como pie de página en fotos en las que posa voluntariamente desnuda para una publicación. El Tribunal valora que ese tipo de acompañamiento, aunque de escaso gusto, es el apropiado para el material que libremente ha comercializado la actora, dado el contexto en el que se enmarca. Era el acostumbrado en este tipo de publicaciones y no excedía los límites normales³³. La integración del contrato a través de los usos veda una ulterior reclamación por intromisión en su honor.

³³ El Tribunal reconoce que los comentarios, *«si bien groseros, no se muestran ofensivos para la recurrente sino que, dentro de su estilo, pretenden más bien constituir una burda alabanza a las cualidades físicas reveladas por las fotografías».* De donde se infiere que reputa normal la tolerancia de un cierto grado de grosería y ordinarietà en consonancia con la calidad del material cuya circulación se ha autorizado, mediando lucro además (STC 117/1994, de 25 de abril, FD 9.º).

V. EL CARÁCTER EJEMPLIFICATIVO DEL ARTÍCULO 7 LO 1/1982 Y LA INTENCIÓN DE DIFAMAR

Si realmente no se produjo difamación, pues no se divulgaron de forma in consentida hechos infamantes que, aunque verdaderos, pertenecían a la intimidad de don Dimas, sólo nos resta apelar al carácter abierto y meramente enunciativo del artículo 7 LO 1/1982. Se menciona en la sentencia el «tono jocoso» del programa. Pero... ¿Hasta dónde la broma queda amparada por los usos sociales y a partir de qué momento deja de estarlo? Recordemos que aquéllos funcionan como el parámetro por el que se ha de regir la utilización de la caricatura, más allá del cual incurrimos en un ilícito.

Siendo así, estimo que, pese al consentimiento inicial, se incurre en intromisión en el honor si se traspasan estos límites.

Más aún, la intromisión se materializa aunque no exista intención alguna de difamar. La ilicitud de la conducta no se subordina a la concurrencia de este *animus*, como se desprende de la STS de 4 de febrero de 1993 (RJ 1993, 824): «*la intromisión no queda excluida (...) incluso, por el hecho de que el informador careciese de propósito difamatorio, al no ser precisa la existencia de una específica intención de dañar o menospreciar*» (FD 5.º).

Así como la injuria requiere una especial intencionalidad (*animus iniuriandi*) y no cabe su comisión por imprudencia, la intromisión ilegítima en el honor que se regula en la LO 1/1982 ni requiere que su responsable se haya propuesto deliberadamente causar un daño, ni se ciñe al elenco previsto en el artículo 7 de dicho texto, pudiendo revestir otras formas que no estén contempladas en él. Lo único relevante es el desmerecimiento que un comportamiento cause en el honor de una persona, en la doble proyección del mismo³⁴, ya se ciña al listado ejemplificativo del artículo 7 LO 1/1982³⁵, ya se aparte de éste, produciendo

³⁴ Porque si nos ceñimos al criterio adoptado por la SAP de Málaga de 2 de noviembre de 2000 tendríamos que aceptar que: «*El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección del derecho al honor es el desmerecimiento en la consideración ajena, lo que nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo*».

³⁵ Abogan por esta consideración, entre otras, las SSTS de 4 de noviembre de 1986 y de 28 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6015), para las que los ilícitos descritos en el artículo 7 LO 1/1982 no son sino «*acaecimientos más significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones al ámbito de protección delimitado por el artículo segundo destacados del fondo del principio general del “alterum non laedere”, pero sin constituir un “numerus clausus”*».

aquel resultado. Y si la utilización de la caricatura, excediéndose de los márgenes impuestos por el legislador, ha de reputarse ilícita, no entendemos por qué la presentación de una minusvalía ante el público, si se incurre en determinados excesos, no ha de gozar de idéntico reproche.

Extraordinariamente expresiva de cómo se ha de poner coto a cualquier utilización por parte de terceros de la minusvalía ajena como una fuente de ingresos, pese a no concurrir ánimo difamatorio, la SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 2001 (AC 2001, 1158) pondera que el derecho no ha de conocer limitaciones que le despojen de su contenido y le impidan orientarse a los fines que consagra el artículo 10.1 CE. En esta sentencia un minusválido que, en el pasado, prestó sus servicios como guardacoches en una empresa accedió a posar para un aficionado, sorprendiéndose de que aquella fotografía, transcurridos unos años, ilustrara unos cromos que su empresa entregaba como premio a quien superaba un cierto volumen de adquisiciones.

Lejos de presentarse al minusválido como a una persona entrañable —y aunque así hubiera sido, que es lo que subrayamos ahora al citar esta sentencia—, se convertiría su imagen en un objeto sometido a un comercio indeseado. Es más, se reputa intrascendente que se pretendiera ofrecer la primera impresión, como quiera que no medió consentimiento expreso para la publicación³⁶. Pues sólo en la concurrencia de éste hemos de residenciar la eficacia legitimadora de la incursión y no en la bondad de la imagen que se proyecte al exterior.

Basándose en el especial pudor que caracteriza a los discapacitados, y aunque no quedaron probados los comentarios jocosos contra los que se propuso reaccionar, ni la minusvalía era tan ostensible como alegaba el demandante, el Tribunal admitió la existencia de daño moral.

³⁶ SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 2001 (AC 2001, 1158), FD 1.º: «(...) los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos, STS 7-10-1996 (RJ 1996, 7058), que cita las SSTC 159/1986, de 12 diciembre (RTC 1986, 159) y 254/1988, de 21 diciembre (RTC 1988, 254), conclusión a la que no obsta la alegación de que la fotografía no fue incluida en la campaña con una finalidad peyorativa sino para mostrar una persona entrañable y querida en la ciudad, ni incluso la invocación de que aquélla podría contribuir a resaltar el valor moral de un minusválido que se había integrado en la sociedad, puesto que, dejando a un lado que ello no deja de ser una interpretación subjetiva y parcial de la impugnante, como mencionó la ya citada STS 7-10-1996, la imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión (...).»

Se dota de protección al natural sentimiento de recato, a la sensibilidad, como hace notar el Ponente, de quienes se saben víctimas de la discriminación. No haciendo depender esta protección ni de la ostentabilidad de sus padecimientos ni de la demostración del escarnio. La utilización in consentida de sus rasgos de forma reconocible, unida a la presunción de daño que encierra el artículo 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo, avalan lo anterior³⁷.

¿Cómo enjuiciar, desde esta segunda perspectiva, que alguien se preste a explotar económicamente su minusvalía, conociendo que su presencia se requiere en el programa precisamente por la misma?

Sustenta Prieto que «*el Derecho debe hacer posible e incluso facilitar la perfección moral de los ciudadanos. Y esto en la medida en que (...) el bien moral de la persona y el bien social no constituyen compartimentos estancos*»³⁸. Esta interacción que se produce entre los comportamientos individuales y las corrientes sociales explica que los hombres se degraden en contextos en los que existe un elevado grado de permisividad y donde ya no se reacciona ante actuaciones objetivamente inmorales. A la inversa, la generalización y la banalización de conductas de este tenor desembocarán en un perjuicio social, trascendiendo la esfera puramente individual. Concebida la Moral (art. 1255 CC) como un límite infranqueable que no debe traspasarse en la contratación, convertirá en indignos de tutela para nuestro Ordenamiento aquellos acuerdos que atenten contra un mínimo ético que todos estamos obligados a compartir, abstracción hecha de nuestras particulares convicciones. Y la protección de la discapacidad, rehuendo cualquier vejación o burla hacia quienes son presa de la misma, no creemos que suscite muchas dudas a la hora de constituir un objetivo a integrar en esos principios elementales que todos compartimos, en el *minimum* en el que debemos coincidir.

Cuando el ciudadano llega a tener la sensación de que las transgresiones en este ámbito gozan de la más absoluta impunidad o cuestiona

³⁷ SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 2001 (AC 2001, 1158), FD 2.º: «(...) aunque la difusión no origine perjuicios económicos ni se acrediten concretas situaciones de burla o mofa, no pueden ignorarse los evidentes daños morales que dimanar de la publicación no consentida en un hipermercado (integrado en un complejo comercial muy concurrido) de la propia imagen, formando parte de una campaña que beneficia a un tercero y la hipotética entrega de las láminas a desconocidos por el mero hecho de solicitarlo tras comprar una determinada cantidad de productos, máxime cuando el ofendido es una persona especialmente sensible, dada su minusvalía, la cual, aunque no es tan notoria como el mismo apunta, es perceptible para quienes le conozcan o le hayan visto en la ciudad, por lo que la posibilidad de su difusión sí puede originar un sentimiento de pesar que ha de ser resarcido (...)».

³⁸ PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y orden público*, Navarra, 2005, pág. 111.

que estemos, en puridad, ante una transgresión, dada la sucesión de acontecimientos de tenor similar a la que ha venido asistiendo, experimentamos el proceso que acusaba Prieto y en el que nos centramos en otros estudios, y colocamos los cimientos para que se geste una verdadera «cosificación» de la persona. Con ella se «capitaliza» un derecho carente de traducción económica³⁹. El peligro, como vislumbrase Estrada, es que inexorablemente nos hallaremos inmersos en una «*negación de la personalidad del renunciante que podía ser anulada por ilícita*»⁴⁰.

La dejación voluntaria de la propia dignidad ha de reputarse, pues, inadmisibles, en un mundo en el que la lucha contra la marginación social de los discapacitados y la defensa de la dignidad del ser humano, cualquiera que fuere su condición económica o social, constituyen objetivos consagrados a nivel internacional.

Por desgracia, los atentados contra los derechos de los más débiles no son patrimonio exclusivo de nuestra sociedad y se han sucedido en países vecinos. Afortunadamente, se juzgaría irrelevante —y enlazamos aquí con las limitaciones a la libertad individual— tanto que mediase el consentimiento de los discapacitados para convertir en una atracción su limitación física o psíquica, como que lo anterior les reportase una sensible mejora socioeconómica, rescatándolos de la marginalidad y del paro.

La controvertida práctica del lanzamiento de enanos, finalmente prohibida en Francia, puso sobre el tapete hasta qué punto una persona, asumiendo que premeditadamente se le requiere por su discapacidad, podría convertir aquélla en una atracción para los que solicitan su presencia en algún lugar o su participación en un evento. Los enanos eran lanzados como proyectiles y percibían sumas que permitieron, recalquemos de nuevo, dejar atrás una vida miserable. Al igual que unos pigmeos, mediando precio, se exhibieron en un zoológico belga⁴¹.

Descendiendo al análisis de estos dos supuestos, Prieto reacciona contra esa conversión de «*una persona en mercancía, mero instrumento de otro hombre u objeto de tráfico comercial*». Denunciando el re-

³⁹ Vid. VIDAL MARTÍNEZ, J., «En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar», *Revista General del Derecho*, 1980, págs. 14 y 15.

⁴⁰ ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la LO 1/82, de 5 de mayo*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1988, pág. 81.

⁴¹ No está presente aquí, huelga decirlo, la exhibición de una minusvalía, pero sí un componente racista intolerable, derivado del propio contexto, ya que a esos seres humanos, por el lugar en el que se les exhibía, se les comparaba con animales que suscitaban el interés y la diversión del público.

chazo social que suscitaron estos sucesos, haría hincapié en cómo no era el escaso peso de los enanos, que facilitaría el lanzamiento, lo que gozaba de relevancia para el espectáculo, sino, y ello nos interesa especialmente para establecer un cierto paralelismo con la entrevista de «Crónicas marcianas», «*la puesta en evidencia de las anomalías físicas del enano, que viene a ser considerado como un “ser humano de segundo rango”*»⁴². En pocas palabras: la deformidad o la diferencia, más ampliamente considerada, había pasado a ser, en sí misma, un espectáculo, como la deficiencia mental sirve de diversión a un público desaprensivo.

Si, en ausencia de consentimiento, la incursión no queda legitimada por el cariz de la finalidad perseguida, tampoco la concurrencia de autorización legitima todo tipo de disposiciones sin detenernos en valorar el fin perseguido por las partes.

Intentaremos explicarlo mejor. Un discapacitado no ha de plegarse a una utilización incontestada de su imagen aunque se orientase a fomentar la integración de quienes estén aquejados por su misma enfermedad o se le presente como alguien entrañable. Lo acabamos de ver. Una finalidad digna de encomio no legitima una incursión para la que no medió autorización.

Pero tampoco gozamos de un poder ilimitado a la hora de asociar nuestros rasgos a la divulgación de mensajes que violan principios consagrados por nuestra Constitución y que afectan a millones de personas. La dignidad cumple una función hermenéutica, amén de la legitimadora, y el orden político mencionado en el artículo 10.1 CE sólo se alcanzará haciendo efectivo el papel de aquélla como límite de los derechos para promover una paz social que se liga al bien común⁴³.

Quien rentabiliza su propia minusvalía en lugar de reaccionar contra cualquier afrenta experimentada por su condición de discapacitado, camina en dirección opuesta a la lucha por convertir en realidad esa integración de disminuidos físicos, sensoriales y físicos (art. 49 CE) que está elevada a la categoría de principio rector de la política social y económica. Su actuación posee un desvalor por los efectos que se derivan para su dignidad, pero asimismo por el desprecio que denota hacia el sufrimiento ajeno. Quienes luchan por ser iguales superando diferencias que les estigmatizan se indignarán ante lo que, a todas luces,

⁴² PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y orden público*, Cizur Menor, Navarra, 2005, pág. 379.

⁴³ Así lo encontramos en ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español*, Universidad de León, 1996, pág. 73.

constituye un retroceso en esta lucha. Batalla en la que se ha implicado el legislador tipificando conductas que violan el derecho a no ser discriminado. La preocupación del legislador por desterrar el odio y la discriminación cristalizó en la creación de la agravante genérica del artículo 22.4 CP y en el delito tipificado en el artículo 510 CP, respecto a los cuales, al estudiar la posición de los retrasados mentales ante el Derecho penal, se ha asegurado que son normas que representan una intensificación por proteger a «*quienes por reunir ciertas características sociales o personales, se ven frecuentemente sometidos a un trato discriminatorio*»⁴⁴.

Magnífica oportunidad ésta para poner en entredicho la corrección de los criterios barajados por la sentencia dictada en apelación a la hora de cuantificar la indemnización, y con ello concluimos.

Recordemos que el artículo 9.3 de la LO 1/1982 establece que «*la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*». Especificando, además, que «*la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*».

¿Cómo, entonces, la sentencia dictada por la Audiencia, que ahora se casa, tras estimar que se produjo una intromisión en el honor del entrevistado, es partidaria de conceder una cantidad reducida atendiendo que el actor, y cito literalmente, «*ya (...) venía recibiendo ese trato vejatorio por parte de su entorno antes de la difusión de la entrevista*»?

Es ésta, como algunos sugieren, una discriminación paulatina, lenta, «*no jurídica, pero sí social de los discapacitados (...) creando un vacío alrededor o discriminándolos negativamente*»⁴⁵.

Las indemnizaciones concedidas a quienes demandan para sí un elevado grado de reserva no gozan de la misma entidad que las reconocidas a favor de quienes, como extrajimos de alguna sentencia ya citada, no son celosos guardianes de sus derechos, por supuesto⁴⁶.

⁴⁴ FARALDO CABANA, P., «El retraso mental y el Derecho Penal. La persona con retraso mental como autor y víctima del delito», en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, Fundación Paideia, 1999.

⁴⁵ MARTÍN CALERO, C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, pág. 9.

⁴⁶ Aunque la indemnización por daño moral dio paso al interesante debate generado por las «indemnizaciones teóricas o simbólicas». Sumas insignificantes cuyo cometido compensador es nulo, pero que algunos tribunales concedieron atendiendo a un más reducido ámbito de difusión de los hechos o relativizando el alcance de ciertas intromi-

Mas esta diferencia de trato se liga inexcusablemente a la conducta desplegada por el titular del derecho: a que haya hecho dejación del mismo, a que sus declaraciones anteriores sean incompatibles con sustentar que los juicios que ahora se vierten representen desdoro para él⁴⁷, a que no se haya defendido frente a ataques de mayor intensidad que estos contra los que ahora litiga, etc. Bajo ningún concepto, el proceder censurable de quienes de ordinario se mofan de la discapacidad ha de servir de parámetro para medir el daño inferido a una persona en lo venidero.

Pero entender, de la mano de argumentación que extraemos de la sentencia dictada en segunda instancia, que las vejaciones que alguien sufra en su ámbito cotidiano, por su limitación intelectual, le han de condenar a una merma en su autoestima hasta el punto de restar relevancia a un ataque que se difunde a nivel nacional, lo reputamos incompatible con la propia irrenunciabilidad del derecho. Si a su propio titular le está vedado despojarse por completo del mismo, cuánto más incomprensible será admitir que una agresión ajena produzca *de facto* esa desposesión. Con ponderaciones como éstas..., ¿no se dota de trascendencia a una discriminación, perjudicando al actor?⁴⁸.

siones sufridas por los actores, cuando eran éstos personas que gozaban de notoriedad. La crítica a esta técnica cuantificadora del daño y su definitiva superación de la mano del dictado de la STC de 17 de septiembre de 2001 la encontramos en SALAS CARCELLER, A., «El precio del honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia. Las llamadas “indemnizaciones teóricas”», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7, 2003, págs. 179-182.

⁴⁷ En cuyo caso, simplemente, no cabe alegar intromisión.

⁴⁸ Contraria a una visión discriminatoria del honor, la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo consagra en la sentencia de 7 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6255) una concepción acorde con los valores constitucionales, reputando que el honor se identifica con la dignidad irrenunciable que ha de ser reconocida a toda persona. Es un punto de partida y no una meta a alcanzar, y ni siquiera el propio comportamiento compromete una consideración que el ser humano tiene derecho a demandar de sus semejantes. Salvamos aquí las dificultades que revestirá la defensa del honor contra lo que voluntariamente se ha provocado, según hemos visto, lo que no se identifica con el derecho que asiste a los demás a insultarnos en lo venidero, otorgándoles una patente de corso, que es aquello contra lo que reaccionamos. Tajantemente, se manifestó que «*aun las personas más degradadas o envilecidas —y no consta que lo sea la querellante—, conservan un a modo de oasis de dignidad, que no es lícito profanar, ofender y lesionar, siendo preciso también destacar que, el honor, no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e irrenunciable de la persona, tal como proclama la Constitución española (RCL 1978\2836), la cual, tras declarar la igualdad de todos los españoles ante la Ley —artículos 1 y 14—, les atribuye y garantiza, en su artículo 18, el derecho al honor sin discriminación alguna, discriminación siempre repudiable, y, con mayor motivo, en un régimen democrático tan exento de privilegios y preeminencias clasistas como de infraestimación, capitidismínución o marginación de cualquier ciudadano por escaso que sea su rango social.*».

Si la frecuencia con la que la crueldad ajena se ceba en la debilidad hubiera de traducirse en este resultado, lesivo para la víctima, ¿cómo compaginar esto con los esfuerzos desplegados en otros sectores del Ordenamiento —concretamente en el penal— para reprimir conductas que siembran el odio hacia los más débiles o hacia quienes son «diferentes»? Estimar que es menor el dolor moral experimentado por quien ya está acostumbrado por su discapacidad a ser objeto de burlas, es perpetuar un estado de cosas que el legislador se ha propuesto erradicar de nuestra sociedad con normas como las que han sido citadas.

Recordemos, por lo demás, que la sentencia de la Audiencia de Guadalajara dotó de relevancia al sentimiento de pudor característico de quienes sufrían malformaciones, aunque sólo las percibieran los que convivían diariamente con ellos, y no exigió prueba cumplida de las burlas contra las que reaccionó para estimar la existencia de un daño.

Para reforzar nuestra tesis, objetaremos a esta valoración de la Audiencia que ni siquiera adentrarse deliberadamente por caminos que se desvían de lo socialmente tolerado nos condenaría, como sabemos, a ser el blanco de la humillación gratuita. La SAP de Madrid de 2 de junio de 2004 (AC 2004, 1836) reputa intromisión dejar al descubierto que la participante en un programa se había dedicado a actividades de alterne en el pasado, e inadmisibles que se relacionara con una minusvalía de su hija el desempeño de las mismas. Reproduciremos algunos términos de la defensa a ultranza que se efectúa del derecho al honor a que se hace acreedora una persona, pese a poseer un pasado turbio. El Tribunal consideró *«particularmente repugnantes algunas de las expresiones vertidas por tal medio y que relacionan la actividad objeto de la información con la enfermedad o minusvalía de alguna hija de la demandante, lo que en modo alguno puede entenderse como contribución a formar una opinión pública libre y a que alguien, por más truculento que pueda ser su pasado, pueda ser sometido a público escarnio hasta límites insoportables»*.

Esta sentencia, que juzgamos interesante, aunque eleva la indemnización concedida, considerando que los parámetros aplicados no son correctos, introduce una importante matización. Es desorbitada la suma solicitada por la recurrente, que tiene en muy alta estima su propio honor, como literalmente se afirma, al exigir para sí la misma can-

Lo que aprovechamos para afirmar que si la pertenencia a un estrato social humilde, un bajo nivel cultural u otros condicionamientos no merman el honor de la persona, tampoco la discapacidad y mucho menos el rechazo que ésta suscite han de causar esa infraestimación.

tividad que se viene reconociendo a quienes son injustamente involucrados en prostitución y tráfico de joyas. A la vista de ello, y captando la ironía del Tribunal, llegamos a la conclusión de que se ha partido de la irrenunciabilidad del derecho —ni siquiera negada por una trayectoria vital polémica— aunque se efectúen las oportunas distinciones a la hora de cuantificar el daño⁴⁹. No alcanzando la misma intensidad cuando se arrastra un pasado turbulento que cuando se hace gala de una reputación intachable, injustamente mancillada⁵⁰. Es el precio a pagar por las dejaciones voluntarias en este derecho. Se valora, entre otras circunstancias, para fijar la indemnización «*la naturaleza de los hechos narrados y su repetición que indudablemente han de dejar una huella indeleble en la reputación de la afectada dando lugar a comportamientos incalificables*». Late aquí el «derecho al olvido anglosajón» que el artículo 10.1 CE ampara.

En resumen: si no hemos de convertirnos en esclavos de nuestras propias decisiones, sería intolerable que el odio y la incompreensión de los demás nos esclavizaran, mermando nuestra estimación, cuando luchamos contra la discapacidad. Lucha en la que, con el paso de los años, nadie está exento de participar. Incluso aquellos que hoy se mojan de quienes ya han emprendido esa batalla.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. (1996): *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español*, Universidad de León.
- ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1993): «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010): «La discapacidad como espectáculo», *Aranzadi Civil Doctrinal*, 1, págs. 19-27.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (1998): *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2005): «Comentario a la STS de 25 de junio de 2004», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 67, págs. 765-778.

⁴⁹ Y es que la intrínseca dificultad que conlleva la valoración del daño moral obligará al Juez a barajar «*parámetros comparativos*» para justificar su decisión, como ha mantenido CAVANILLAS y apreciamos nosotros en este caso puntual. CAVANILLAS MÚGICA, S., «Motivación judicial de la indemnización por daño moral», *Derecho Privado y Constitución*, 2006, pág. 168.

⁵⁰ Percibimos ahora cómo influirían, en otro orden de cosas, las voluntarias humillaciones a las que nos sometiésemos. Una rectificación en nuestro proceder, dada la irrenunciabilidad del derecho, siempre es posible. Pero el daño moral se mide de distinta forma.

- CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Comentario a la STS de 13 de julio de 2006», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 74, págs. 931-952.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2006): «Motivación judicial de la indemnización por daño moral», *Derecho Privado y Constitución*, págs. 173-172.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1983): «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO 1/82, de 5 de mayo», *Anuario de Derecho Civil*.
- (1994): «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*.
- (1998): *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- CASAS VALLES, R. (1989): «Derecho a la imagen. El consentimiento y su revocación», *Poder Judicial*, págs. 131 a 143.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. (1997): «El consentimiento en la LO 1/82, de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores o incapaces», *Revista Jurídica Española La Ley*, págs. 1834-1840.
- CORDÓN MORENO, F. (2001): «Comentario a los artículos 7 y 9 LEC de 2000», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I., Elcano, Navarra, Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (I). Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Cívitas.
- ESTRADA ALONSO, E. (1988): *El derecho al honor en la LO 1/82, de 5 de mayo*, Madrid, Cuadernos Cívitas.
- FARALDO CABANA, P. (1999): «El retraso mental y el Derecho Penal. La persona con retraso mental como autor y víctima del delito», en *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, Fundación Paideia.
- FOLGUERA CRESPO, J. (1993): «Comunicación, sensacionalismo informativo y protección del menor», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, CGPJ, págs. 451-460.
- GONZÁLEZ POVEDA, P. (1993): «Cuestiones procedimentales», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, CGPJ, págs. 303-337.
- IGARTUA ARREGUI, F. (1990): «La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona. Comentario a la STC 231/88 de 2 de diciembre», *La Ley*, febrero, págs. 1066 a 1080.
- MARTÍN CALERO, C. (2005): *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces.
- MARTÍNEZ DÍE, R. (1999): «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Madrid, CGPJ, págs. 171-203.
- MUÑOZ CONDE, F. (2007): *Teoría general del delito*, 4.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- PRIETO ÁLVAREZ, T. (2005): *La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y orden público*.
- ROVIRA SUEIRO, M. E. (2000): *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, Comares.
- ROYO JARA, J. (1987): *La protección del derecho a la imagen*, Madrid.

- SALAS CARCELLER, A. (2003): «El precio del honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia. Las llamadas “indemnizaciones teóricas”», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 7, págs. 179-182.
- SANTOS MORÓN, M.^a J. (2004): «La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho Civil», en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, VV.AA., Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson.
- VIDAL MARTÍNEZ, J. (1980): «En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar», *Revista General del Derecho*, págs. 5 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001): *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson.

