

InDret

*El derecho al valor comercial de la identidad (right of
publicity) y el ilícito del desmerecimiento ante la
opinión pública (false light)*

Comentario a la STS, 1ª, 24.12.2003

José Luis González
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 243
Barcelona, julio de 2004

www.indret.com

Sumario

1. Hechos
2. Honor y propia imagen: su autonomía
3. El derecho a la propia imagen y el derecho al valor patrimonial de la identidad (*right of publicity*)
 - 3.1. El consentimiento
 - 3.2. Uso informativo, artístico, de espectáculo, comercial o publicitario
4. Derecho al honor y el ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*)
5. Conclusiones

1. Hechos

El 14 de noviembre de 1993, el diario "El Mundo" en el suplemento 7 Días, publicó un reportaje sobre el mundo de las drogas sintéticas, el consumo de alcohol y la denominada Ruta del Bakalao. El protagonista del reportaje se llamaba David, igual que el demandante, pero en el reportaje se utilizaba una fotografía de este último. El pie de foto decía: "La verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo guay". La fotografía sólo cumplía una función ilustrativa y simbólica, pero su aparición junto al artículo imputaba de hecho al demandante una relación directa con el mundo de las drogas sintéticas, consumo de alcohol y la denominada "Ruta del Bakalao", lo que podía desacreditar y desmerecer al demandante ante buena parte de la opinión ajena y lesionar la dignidad y reputación del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid dictó sentencia el 20 de septiembre de 1995 en este litigio por vulneración del derecho al honor y propia imagen del demandante contra la mercantil "Unidad Editorial, SA", que publica el diario "El Mundo" y otros tres demandados. La sentencia, que aceptaba parcialmente la demanda, condenó a los demandados al pago solidario de 15.000 euros y a la publicación del encabezamiento y fallo de la sentencia en "El Mundo", en la misma página, sección y día de la semana en que fue publicado el reportaje controvertido.

En apelación, la sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid rebajaba la indemnización a 7.500 euros y mantenía el resto de la sentencia de primera instancia.

La sentencia de apelación, de 25 de noviembre de 1997, fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, cuya denegación, del 24 de diciembre de 2003, es objeto de este comentario.

2. Honor y Propia Imagen: Su autonomía

Los derechos que el Ordenamiento Jurídico español proporciona para proteger la intimidad, el honor y el valor, tanto personal como patrimonial, de la propia imagen, los encontramos en el artículo 18 de la Constitución Española y la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo. Es debatida la naturaleza autónoma de los derechos allí reconocidos y aunque la doctrina la defiende mayoritariamente, la jurisprudencia parece confundirlos y el Tribunal Constitucional llega a declarar que la vertiente constitucional del derecho a la propia imagen está intrínsecamente unida al derecho a la intimidad. De todas maneras, dado que la Constitución Española menciona expresamente la propia imagen, la jurisprudencia haría un mejor servicio si se esforzase en buscar su especificidad. Para una concepción de la propia imagen como un simple medio de vulneración del derecho a la intimidad o el honor no hubiese sido necesario su reconocimiento expreso.

La sentencia de casación objeto de este comentario sí diferencia entre estos dos derechos, como, a pesar de algún solapamiento, se diferencia en los distintos Ordenamientos Jurídicos norteamericanos.

3. El derecho a la propia imagen y el derecho al valor patrimonial de la identidad (right of publicity).

La protección de la propia imagen se canaliza en el Ordenamiento Jurídico español a través del derecho a la propia imagen, un derecho fundamental que de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional protege sólo los intereses personales del titular. Los intereses patrimoniales, dice el Tribunal Constitucional, forman parte de un derecho no fundamental y sólo protegido por la jurisdicción ordinaria. En buena parte de los Estados de EEUU, los intereses patrimoniales de la propia imagen se protegen por medio de un derecho autónomo, el derecho al valor patrimonial de la identidad (*right of publicity*), absoluto y transmisible. Los intereses personales se protegen a través del derecho a la intimidad (*right of privacy*).

La protección de la propia imagen suele articularse de la siguiente manera en los distintos ordenamientos. Primero se delimita con mayor o menor precisión qué constituye propia imagen, para una vez delimitado este espacio aplicar los factores elegidos por un Ordenamiento Jurídico determinado para determinar la distribución de titularidades sobre lo que se entienda por propia imagen.

En la sentencia comentada, la propia imagen controvertida era la de la fotografía del demandante, lo cual no creaba dudas acerca de su objeto. Sin embargo, la definición de este no es siempre tarea fácil. El Tribunal Constitucional español, ha incluido en el concepto la voz y el nombre (STC 117/94) y los distintos estados de EEUU llegan a incluir también la imagen de los dobles o imitadores de voz o incluso cualquier elemento que permita la identificación del titular por el público o conocidos.

Una vez definido este espacio (esta definición no suele estar nunca cerrada y en ella toma un papel primordial la jurisprudencia), un Ordenamiento Jurídico habrá de decidir qué factores inciden en la distribución de titularidades sobre este espacio entre el control privado y la titularidad pública que permitan la satisfacción de los intereses en juego.

Entre estos factores nos encontramos el consentimiento, que es la autorización del titular que convierte una actividad vulneradora de la propia imagen en lícita. Es importante determinar en cada momento el alcance y límite del consentimiento dado para determinar qué es una conducta lícita, como determina la sentencia comentada.

Otro factor relevante a este asunto es el uso comercial o publicitario, por un lado, o informativo, artístico o de espectáculo por otro. Los usos comerciales o publicitarios de la propia imagen merecen menor protección en todos los ordenamientos y siempre requieren el consentimiento del

titular. El uso informativo, sin embargo, suele dotar de mayor inmunidad al demandado, que ve su actividad protegida dependiendo del peso dado a la libertad de expresión e información en su Ordenamiento Jurídico. En el caso comentado, no se trataba de un uso comercial o publicitario de la imagen, sino su utilización en un reportaje sobre el consumo de drogas. La protección dada a la imagen en muchos ordenamientos estatales de EEUU por medio del denominado derecho al valor patrimonial de la identidad (*right of publicity*), suele limitarse al uso comercial o publicitario de esta, y asuntos como el presente habrían de resolverse a través del ilícito civil de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*), uno de los componentes del derecho a la intimidad en EEUU, que prohíbe toda actividad, incluida la informativa, que siendo falsa, desmerezca al demandante en la estimación ajena. De todas maneras, toda la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo norteamericano sobre la libertad de expresión desde 1964 (los asuntos Sullivan, Time Hill y su matización en Gertz que veremos en el apartado 4), se aplican al ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*). Sin embargo, estos mismos principios no se aplican de la misma manera al objeto del derecho al valor patrimonial de la identidad (*right of publicity*), como se estableció en el asunto Zacchini, donde un hombre bala vio retransmitido todo su espectáculo, su único medio de vida, en un espacio informativo sin haber sido pagado por ello. La compañía de televisión demandada, sostuvo el Tribunal Supremo de de EEUU, no tenía derecho a apropiarse del valor comercial de una actuación o una fotografía, simplemente con la excusa de su uso informativo.

En el Ordenamiento Jurídico español, el significado de los términos comercial y publicitario son mucho más amplios que en EEUU, y una revista del corazón, aunque informativa en EEUU, suele considerarse a menudo una actividad comercial y por tanto no protegida. Por lo tanto, en el caso presente, la publicación en el suplemento del Mundo, aunque sea un espacio informativo, supone una vulneración, ya que el periódico estaba utilizando sin consentimiento la fotografía del demandante para personalizar el reportaje y aumentar su atractivo comercial sin reparar en el daño que esto podría causar en el demandante y sin haber pagado por ello.

3.1. El consentimiento

En esta sentencia de casación, el demandante había otorgado consentimiento para la captación de su imagen y su publicación en un reportaje publicitario de los locales de moda en Pozuelo de Alarcón. El consentimiento del titular se configura como uno de los factores que puede trasladar la propia imagen del control privado del titular a otro titular o a la titularidad pública. Precisamente, el recurso de casación se basaba en que el demandante había prestado su consentimiento verbal para la toma de su imagen en lugar público y por ello, decía el recurrente, al tratarse de imagen consentida, no era necesario volver a pedirlo para su publicación en otro reportaje.

El 29 de marzo de 1996, el TS resolvía un recurso de casación donde se establece el alcance del consentimiento y su efectividad para hacer lícita una intromisión. En aquel asunto, la modelo profesional doña Cristina B., “conoció al fotógrafo don José A. M. y le solicitó sus servicios para hacerse con un archivo de fotos para exhibir a las Agencias. Realizado el reportaje fotográfico, le pagó las copias y se las llevó. Posteriormente, don José A. se puso en contacto con Ediciones Columna y le vendió los

derechos de reproducción de una fotografía para la partida del libro «Deixeu-me en pau», por un precio de 5.000 ptas. La fotografía se publicó en blanco y negro en la portada de la segunda edición del Libro, siendo el autor del diseño gráfico de la portada don Ricardo B. Z., dedicado a tal profesión, que recibió el encargo de la Editora con unas fotografías, limitándose a realizar la tarea que se le encomendaba al entregarle el material. De la edición se tiraron unos 1.500 ejemplares y se distribuyeron por las librerías tan sólo 815, ignorándose cuántos fueron vendidos. Doña Cristina, que prestó su consentimiento para ser fotografiada por el señor A., pero no lo otorgó de modo expreso para que la fotografía fuese publicada en ningún sitio, presentó demanda, en ejercicio de acción civil de protección del derecho a la propia imagen, contra dichos fotógrafo, editora y diseñador, siendo éste absuelto por el Juzgado y condenados solidariamente los otros dos demandados a indemnizarla en la cantidad de 350.000 ptas (2.103,54 €), con otros extremos que no hacen al caso. Apelaron los condenados y la Audiencia confirmó la sentencia impugnada” (RJ 1996\2371, F. D. 1º).

El recurrente en casación afirmaba su derecho de propiedad intelectual sobre la fotografía y la licitud de la cesión a tercero. Además, dado que la demandante había dado su consentimiento para la fotografía y no constaba que esta lo hubiese revocado, no existía tal intromisión.

Sin embargo, el TS estableció que si el consentimiento ha de ser expreso, el que alegue la existencia de consentimiento habrá de probarlo, ya que así lo exige el art. 1214 del CC. El consentimiento para la publicación de la fotografía no puede deducirse del consentimiento prestado para la captación y el recurrente no ha podido probar que existía consentimiento para el uso de la fotografía en el libro mencionado.

Esta sentencia es de gran relevancia ya que clarifica el alcance del consentimiento mientras no sea revocado expresamente. Jurisprudencia anterior, como la sentada en la STS de 2 marzo 1991 parecía indicar que el consentimiento se otorga una vez y para siempre, por lo que si no hay revocación explícita, se podría seguir utilizando indefinidamente la imagen así obtenida (Inmaculada HIGUERAS (2001), *El Valor comercial de la imagen: aportaciones del “right of publicity” estadounidense al derecho a la propia imagen*, EUNSA, Pamplona, p. 249).

En la jurisprudencia norteamericana se pueden citar, entre otros, tres asuntos, donde se sostiene la importancia del consentimiento y su ámbito para delimitar con precisión las actividades lícitas e ilícitas.

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

Los demandantes, las viudas de los famosos actores cómicos, conocidos en España con el nombre artístico de “El Gordo y el Flaco”, solicitaban de los demandados, los estudios de cine Hal Roach, el pago de los beneficios obtenidos por el uso comercial del nombre e imagen de los actores. Los demandados, por medio de reconvencción, solicitaron que se declarara su derecho al uso comercial del nombre e imagen de los actores, ya que eran ellos los titulares del copyright de las películas utilizadas comercialmente.

El 26 de junio de 1975, el Tribunal federal del distrito Sur de Nueva York sostuvo que a pesar del contrato laboral entre los actores y el estudio, los actores conservaban sus derechos al nombre e imagen y que este derecho había sido transmitido *mortis causa* a los herederos y no habían sido ni renunciados ni abandonados, como reclamaba el demandado. Así, el derecho de copyright detentado por los estudios no daba derecho a todo uso comercial del nombre e imagen de los actores, uso que habrá de determinarse por medio del consentimiento dado por los actores.

Dzurenko v. Jordache, Inc. 88 A.D.2d 816, 451 N.Y.S.2d 102

Un modelo demandó a un fabricante de ropa vaquera, agencia publicitaria y agencia de modelos, reclamando una indemnización por vulneración de su derecho a la intimidad. El fabricante había utilizado una fotografía de estudio del demandante como poster publicitario que luego distribuyó a todas las tiendas donde se vendían sus productos. El 2 de junio de 1982, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York falló a favor del demandante, ya que aunque este había consentido a la captación de la fotografía y a ciertos usos, estos no incluían el uso dado por el demandante. Se sostuvo que una persona siempre tiene derecho a limitar el uso que se podrá hacer de su fotografía, y todo uso fuera de los términos del consentimiento es ilícito.

Si bien en los dos asuntos anteriores se trataba de usos comerciales o publicitarios de antiguas películas o de la imagen de un modelo para anunciar ropa vaquera, en el asunto siguiente, se debatía el derecho de una cadena de televisión en la retransmisión de viejos campeonatos de boxeo. En este asunto, aún a pesar de no ser un uso comercial o publicitario, el tribunal exigió que se contase con el consentimiento del demandante.

Ettore v. Philco Television Broadcasting Corp. 58 A.L.R.2d 626, 108 U.S.P.Q. 187

Un famoso boxeador de Pennsylvania demandó en los tribunales federales (diversidad de domicilio de demandante y demandado) a la televisión de Filadelfia reclamando una indemnización por la retransmisión en esta ciudad y en Nueva York de antiguos campeonatos del boxeo sin el consentimiento del demandante. Aunque en primera instancia se falló a favor de los demandados, el 17 de enero de 1956, el tribunal de apelaciones federal del circuito tercero sostuvo que para la retransmisión de este tipo de espectáculos era necesario el consentimiento de los participantes y que así, el boxeador demandante tenía derecho a una indemnización.

3.2. Uso informativo, artístico, de espectáculo, comercial o publicitario

La sección 47 del Restatement 3rd of Torts, dedicada a la competencia desleal, define qué se entiende por fines comerciales o publicitarios.

Se considerará un uso con fines comerciales del nombre, la imagen y otros indicadores de la identidad de una persona de acuerdo con la sección 46 del mismo Restatement, si se utilizan para anunciar los

bienes y servicios del demandado, o se utilizan en bienes comercializados por el demandado o en conexión con servicios prestados por el demandado. Sin embargo, en general no se considerará incluido en la categoría de usos con fines comerciales el uso de la identidad de una persona en información periodística, opinión, espectáculo, obras de ficción o no-ficción o en la publicidad de tales usos.

El uso que el Mundo hizo de la fotografía del demandante era un uso informativo, parte de un reportaje sobre el mundo de las drogas. Es importante preguntarse si este uso debiera ser inmune a la pretensión del demandante para proteger la libertad de expresión y opinión.

El derecho al valor comercial de la identidad (*right of publicity*) reconocido por buena parte de los Estados norteamericanos (es un derecho estatal y no federal) tanto en su derecho jurisprudencial (*common law*) como en su derecho legislado (*statutory law*) está limitado por la libertad de expresión reconocida por la Constitución federal. Así, el uso de la identidad de una persona con una finalidad informativa o de expresión de ideas no supone normalmente una vulneración del derecho al valor patrimonial de la identidad (*right of publicity*) de la persona. Además, el ámbito de actividades inmunes a una demanda por vulneración se ha venido interpretando extensivamente. El uso inmune incluye los periódicos, las revistas y los boletines informativos, pero incluye también el uso creativo y de espectáculo, incluyendo obras tanto de ficción como de no-ficción. Una biografía no autorizada o el uso de la identidad de una persona en una novela, especialmente si se trata de una persona conocida, no supone una vulneración. Además, el ánimo de lucro del editor del periódico o novela no modifica el carácter inmune de la obra. A diferencia del Ordenamiento Jurídico español, en EEUU no se identifica ánimo de lucro con fines comerciales.

Sin embargo, si el nombre o la imagen se usan simplemente para atraer la atención hacia una obra que no está relacionada con la persona identificada, se podría demandar con éxito al que así lo haga. Además, si se pudiese probar que el demandado ha utilizado la identidad de otro simplemente por el valor comercial de esta como modelo y no por su contenido informativo u otro uso comunicativo, el demandado podría ser declarado responsable por uso no consentido de la identidad del demandante. ¿No es esto lo que hizo el Mundo en su reportaje? El periodista no tenía interés en comentar un tema de interés público cuyo protagonista real fuese el demandante, sino que la fotografía aparecía como ilustración, para aumentar el atractivo del reportaje.

La jurisprudencia norteamericana indica que el derecho a usar la identidad de otro en noticias y obras similares podría perderse si la obra contiene falsedades sustanciales. De todas maneras es mejor encuadrar este tipo de situaciones como vulneraciones, no del derecho al valor comercial de la identidad (*right of publicity*), sino del derecho al honor o a la intimidad, que en EEUU, se divide en cuatro ilícitos, entre los cuales se encuentra el ilícito del desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*).

Téngase en cuenta que cuando la imposición de responsabilidad se basa en la determinación de la falsedad o verdad de las declaraciones del demandado, este tiene derecho a todas las garantías constitucionales que han sido incorporadas en las leyes que reconocen el derecho al honor y la intimidad y penalizan su vulneración y sin embargo, la vulneración del derecho al valor

patrimonial de la identidad (*right of publicity*), por su naturaleza patrimonial, suele ser más inmune a las exigencias de la libertad de expresión, como estableció la Supreme Court norteamericana en el asunto Zacchini, ya comentado.

4. Derecho al honor y el ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*)

El Restatement 2nd of Torts, en su sección 652E, relativa a cualquier tipo de publicidad que desmerezca a una persona en su consideración pública, establece:

El que diere publicidad a una cuestión relacionada con otra persona y que supusiere el desmerecimiento de esta ante la opinión pública será responsable por vulneración del derecho a la intimidad sí

- (a) el desmerecimiento referido pudiese causar grave ofensa a una persona razonable, y
- (b) el demandado conocía la falsedad de la cuestión publicada o del desmerecimiento que supondría o actuó con desprecio temerario hacia los mismos.

Aunque el ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*), que encarna este artículo, forma parte del derecho a la intimidad, su naturaleza se acerca más a la protección de los intereses del honor. Lo que es ilícito no es la publicación de hechos privados sino la falsedad de lo publicado.

De todas maneras, aunque este ilícito está relacionado con la difamación, sólo requiere que el demandante haya recibido publicidad que suponga desmerecimiento al atribuirle ciertas características, creencias o conductas que son falsas, pero sin que constituya necesariamente difamación.

El citado Restatement norteamericano sugiere un ejemplo que podría ser útil para comparar con los hechos de la sentencia comentada:

A es un taxista en la ciudad de Washington. El periódico de B publica un artículo sobre el comportamiento de los taxistas de esta ciudad, acusándoles de cobrar de más a los usuarios. Para ilustrar el artículo, B utiliza la fotografía de A, lo cual parece implicar que A es uno de los taxistas que estafan al público. Como A no ha incurrido nunca en ese tipo de actividades, B podrá ser demandado por un atentado contra el honor de A y contra su intimidad, a través del ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*) antes citado.

Otro requisito indispensable es que la implicación sea gravemente ofensiva a una persona media. Es decir, el demandado será responsable si sabe que con su actuación, el demandante, como persona media, tiene motivos para sentirse gravemente ofendido por la publicidad recibida por sus efectos en la comunidad en la que vive. Un reportaje exacto no es siempre posible y errores menores no suelen dar lugar a responsabilidad, incluso cuando fuesen intencionales o negligentes. Ha de tratarse de falsedad significativa respecto del carácter, historia, actividades o creencias del demandante para que dé lugar a responsabilidad. La conducta que el reportaje del Mundo atribuye al demandante es lo suficientemente seria como para no estar justificada,

especialmente cuando la función de la fotografía era la de modelo e ilustración y no un reportaje real y falso sobre los gustos del demandante.

El Restatement ofrece, asimismo, otro ejemplo ilustrativo relevante:

Un conductor negligente atropella a una niña de diez años, que no tuvo culpa alguna. Mientras yacía atropellada en el suelo, un periodista le sacó una fotografía perfectamente identificable. Unos años más tarde, la fotografía aparece como ilustración en un reportaje sobre la negligencia de los niños como principal causa de los accidentes. El titular decía "Lo están pidiendo a gritos". Esta conducta supondría una vulneración del derecho a la intimidad, en su versión de ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*), que como decíamos, está mucho más cercana a la protección de la reputación de una persona.

La libertad de expresión reconocida en la primera enmienda de la Constitución de EEUU ha tenido gran importancia en las acciones por difamación, y en consecuencia, en las de intimidad, en su versión de ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*).

New York Times Co. v. Sullivan (1964) 376 U.S. 254

En 1964, la Supreme Court de EEUU sostuvo que un funcionario o autoridad no tenía derecho a ser indemnizado por una publicación falsa y difamatoria, a menos que probase de manera irrefutable que el demandado sabía de la falsedad de la publicación o que actuó con desprecio temerario hacia su verdad o falsedad. Esta regla se extendería más tarde a toda persona pública (ver § 580A del Restatement 2nd, para una discusión detallada de esta regla).

Time, Inc. v. Hill (1967) 385 U.S. 534

En este asunto, una revista publicó un reportaje ilustrado sobre una obra de teatro basada en un suceso real. En el reportaje, ciertos elementos de ficción de la obra se hacían pasar por reales e imputándose los a las personas representadas en la obra. La Supreme Court sostuvo que la regla establecida en el asunto Sullivan, antes citado, se aplica también a los asuntos por vulneración de la intimidad en su versión de ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*). La vigencia de este precedente no está clara hoy en día.

Aunque el asunto Rosenbloom v. Metromedia, Inc., (1970) 403 U.S. 29, extendió la regla de Sullivan, no solo a las autoridades y personajes públicos, sino a toda cuestión de interés general, esta posición ha sido rebatida en el asunto Gertz v. Robert Welch, Inc., (1974) 418 U.S. 323, que limitó la regla del dolo a los casos de autoridades y personajes públicos, pero exigió la aplicación de un estándar de negligencia, en otros casos. De esta forma, el asunto Gertz deja el precedente Hill en un estado de incertidumbre.

El Tribunal Constitucional español ha adoptado la regla establecida en el asunto Sullivan y no considera la verdad o falsedad de un reportaje en términos absolutos, sino que sólo exige que el periodista haya sido diligente en la obtención de la información.

En el caso objeto de este comentario, el demandante se trataba de una persona privada que no tenía nada que ver con los hechos relatados. De esta manera, ni aún aplicando el test creado por la Supreme Court norteamericana en el asunto Hill, que permitía la ficcionalización de unos hechos reales si se tratase de un tema de interés general, se podría exonerar al demandado. Se podría alegar, tal como hizo la Supreme Court en el asunto Zacchini ya comentado que un medio informativo no tiene derecho a apropiarse del valor comercial de una actuación o una fotografía, simplemente con la excusa de su uso informativo. Si El Mundo quería usar la fotografía tendría que haber pagado por ello y haber compensado al demandante del daño que a juicio del demandante le causase la publicación de esta en un reportaje sobre el mundo de las drogas. En este asunto, el derecho a la propia imagen español, funciona como un derecho de contenido patrimonial absoluto (*property right*) que sólo permite la cesión del uso de la fotografía mediante una compensación fijada por el titular y no por una instancia objetiva, como en las normas de responsabilidad.

La falsedad del reportaje controvertido resuelto por el TS español, no procede de un relato más o menos inexacto de unos hechos, sino la utilización de una fotografía que nada tenía que ver con el reportaje. La fotografía aquí era un simple modelo o maniquí que proporcionaba mayor atractivo al artículo. En definitiva, aquí no se debatía la libertad de expresión del periódico en temas de interés general como el consumo de drogas sino el derecho de un periódico a no pagar por un uso no consentido de una fotografía a costa del daño a la reputación del demandante.

5. Conclusiones

El derecho al honor y a la propia imagen son derechos distintos, aunque a veces el uso no consentido de la propia imagen sea un medio de vulneración del derecho al honor.

La propia imagen es el espacio reservado al control privado y que no ha sido asignado a la titularidad pública por medio de factores como el consentimiento (art. 2.2 y 2.3 de la Ley Orgánica 1/82), los límites (art. 8 de la Ley Orgánica) o el uso que se haga de la imagen (7.5 y 7.6 de la Ley Orgánica). El consentimiento que transfiere la propia imagen del control privado a la titularidad de otro o pública (que en el Ordenamiento Jurídico español es revocable) ha de ser expreso y el titular tiene derecho a limitar su alcance.

Los usos comerciales no consentidos son ilícitos, pero los usos informativos, aunque normalmente inmunes, pueden ser ilícitos, si el uso representa una actividad que nada tiene que ver con la información. El uso de una fotografía como modelo, en un reportaje de interés general, simplemente para aumentar el atractivo del reportaje, no es un uso inmune a la demanda del titular. El derecho al valor patrimonial de la identidad (*right of publicity*) como protección autónoma del interés patrimonial de la propia imagen, cuya protección no está reñida con otros intereses, racionaliza la protección del interés patrimonial y no tiene por qué afectar los intereses de la libertad de expresión, como se estableció en el asunto Zacchini.

El derecho al honor y el ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*) en EEUU, que protegen intereses personales y no patrimoniales, están más limitados, especialmente en EEUU, por los límites de la libertad de expresión, que desde 1964, protege la expresión falsa, con tal de que haya sido diligentemente contrastada y su extensión más allá de los reportajes sobre funcionarios y autoridades.

Sin embargo es difícil ver como un recurso de amparo interpuesto por los demandados en este caso podría prosperar, ya que aquí no se debate la libertad de expresión e información sobre un tema de interés público sino el uso de una fotografía fuera de los límites del consentimiento, como un mero modelo, para aumentar el atractivo del reportaje y sin pagar por ello.