

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LA SOCIEDAD DE LOS *MASS MEDIA* (*)

ALESSANDRO PACE

SUMARIO: I. CARACTERÍSTICAS FUNCIONALES Y SUSTANCIALES DE LAS COMUNICACIONES DE MASAS.—II. LOS TRES FRENTE SOBRE LOS QUE OPERA EL ATAQUE A LA IMAGEN. EL ATAQUE A LA PRIVACIDAD.—III. EL ATAQUE A LA IMAGEN. EL VALOR AUTÓNOMO TUTELADO EN EL ARTÍCULO 2 CONST. ITALIANA, EN EL ARTÍCULO 10 CC, Y EN LOS ARTÍCULOS 97 Y 98 DE LA LEY 633/1941. LA TUTELA DEL HONOR.—IV. EL ATAQUE A LA PROYECCIÓN SOCIAL DE LA IMAGEN. EL LLAMADO DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL.—V. EL DIFÍCILÍSIMO, SI NO IMPOSIBLE, REEQUILIBRIO JUDICIAL DE LA INFERIORIDAD DEL SUJETO PERJUDICADO, CON RESPECTO A LA EMPRESA DE COMUNICACIÓN DE MASAS.

I. CARACTERÍSTICAS FUNCIONALES Y SUSTANCIALES DE LAS COMUNICACIONES DE MASAS

El tema del derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media* estimula la reflexión acerca de uno de los mayores problemas de la sociedad en la que vivimos: la relación del individuo consigo mismo. Por un lado, el individuo en cuanto «usuario» de medios de comunicación de-masas (televisión, radio, periódicos, etc.); por otro, el individuo —o mejor, su imagen— en cuanto «objeto» de publicaciones de prensa y de programas radiotelevisivos destinados a las masas.

Esencial para la comprensión de los términos de la cuestión es la identificación del «destinatario» de las «comunicaciones de masas». Destinatario que no es un auditorio, por vasto que sea, de personas individuales desconocidas;

(*) Publicado en el original en el volumen *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Giuffrè, Milán, 1997. Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid.

es precisamente la «masa», entendiendo por tal no una entidad física (el «gentío») (1), sino una entidad abstracta, constituida por una multitud indistinta e indistinguible de componentes, en la que participan individuos cultural, económica, e ideológicamente diferentes entre sí (2), pero de los cuales el organismo que emite el mensaje (escrito, hablado, icónico o mixto) toma en consideración, orientativamente, las inclinaciones más extendidas, con el fin de ampliar al máximo la esfera de los destinatarios sobre los que poder influir política, cultural o comercialmente.

De aquí —es decir, de la peculiaridad del destinatario y, a su vez, del poder de influencia que el sujeto emisor tiene en relación con las «masas» (3)— se deriva la relevancia «política» y «social» de los *mass media*. Los cuales, precisamente por eso, se constituyen como instrumentos de legitimación del *status* de hombres políticos, periodistas, empresarios, divos del espectáculo, médicos, abogados, etc.; como instrumentos de legitimación de productos comerciales; en fin, como instrumentos para la introducción de nuevas normas sociales (4). Y de ahí la importancia de los *mass media* como instrumentos idóneos para condicionar tanto la formación de la opinión pública, como el consenso político o el mercado.

Se debe subrayar, además, que las características de la comunicación de masas no son aplicables a las formas artesanales de prensa periódica y de emi-

(1) Debe advertirse, sin embargo, que los caracteres de la «masa» (y tomando como referencia el contenido, de las «comunicaciones de masas») pueden encontrarse también en los llamados «baños de masas» —típicos de los regímenes totalitarios— organizados por los propios detentadores del poder, y en los cuales el «Duce» (el «Führer», el «Conductor», etc.) se dirige al gentío con discursos entremezclados con llamadas de contenido extremadamente simplificado y emotivamente implicante, con el fin de obtener de los presentes adhesiones entusiastas, políticamente legitimantes.

(2) H. BLUMER: «Massa, pubblico ed opinione pubblica (1939)», en M. LIVOLSI (coord.): *Comunicazioni e cultura di massa. Testi e documenti*, Hoepli, Milán, 1969, págs. 260 y sigs.; D. McQUAIL: *Le comunicazioni di massa* (1983), trad. it. L. Lazzari, Il Mulino, Bolonia, 1986, págs. 34 y sigs.; ID., voz *Comunicazioni di massa (sociologia)*, en *Enc. sc. sociali*, vol. II, Ist. Enc. it., Roma, 1992, pág. 163.

(3) El especial poder de influencia del *broadcaster* ha sido considerado siempre de forma relevante por las Cortes Constitucionales y por las Cortes Supremas, para diferenciar la disciplina específica de las empresas radiotelevisivas respecto de la disciplina común de las manifestaciones del pensamiento. Sobre ello, véanse las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *C.B.S. vs. Democratic National Commission*, 412 U.S. 94, 116 (1973), y en *Federal Communication Commission vs. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978); así como las Sentencias 148/1981; 826/1988, y 420/1994 de la *Corte costituzionale* italiana. Para ulteriores referencias ver mi voz *Comunicazioni di massa (diritto)*, en *Enc. sc. sociali*, vol. II, cit., págs. 174 y sigs.

(4) P. E. LAZARSFELD y R. K. MERTON: *Mezzi di comunicazione di massa, gusti popolari e azione sociale organizzata* (1948), en M. LIVOLSI (coord.): *Comunicazioni*, cit., págs. 81 y sigs.

sión radiofónica (rara vez televisiva), que se dirigen a un público restringido (subjettiva y objetivamente circunscrito), con el fin de encaminarlo al conocimiento de hechos o de problemas que le afectan específicamente (por ejemplo, un determinado barrio, o una determinada comunidad religiosa o étnica). En iguales términos, las características de las comunicaciones de masas no están presentes en las películas que, huyendo deliberadamente de los cánones de la industria cultural y del consumo de masas, se construyen «en función de públicos definidos» (5).

Por eso es posible sostener que, en todas estas hipótesis, no se está en presencia de una «comunicación de masas» (6) y, por consiguiente, que el mismo medio de difusión puede, dependiendo de las modalidades utilizadas, ser considerado o no (7) como un medio de comunicación de masas. De hecho, este concepto se encuentra conectado estrechamente con peculiaridades funcionales (la destinación a las «masas»), y sustanciales (como la utilización de un lenguaje simplificado y, al mismo tiempo, sensacionalista; el recurso autolegitimante a la aportación de los llamados «expertos»; el notable espacio dedicado a los deportes populares; la complacencia en particulares morbosos. Lo que —en la tendencia de las programaciones de las grandes redes televisivas— se traduce con bastante frecuencia en la receta: espectáculos de variedades + partidos de fútbol + películas caracterizadas por una mezcla de sexo y violencia).

A esto se ha de añadir que las «comunicaciones de masas» precisan de las tecnologías más avanzadas para poder influir eficazmente sobre las masas. En consecuencia, un medio calificable en un principio como *mass medium* (por ejemplo el libro (8), la cinematografía), si es suplantado por otro *medium* tec-

(5) G. BETTETINI: voz *Cinema*, en *Enc. sc. sociali*, vol. I, *Ist. Enc. it.*, Roma, 1991, pág. 17.

(6) R. WILLIAMS: *Massa e masse* (1968), en M. LIVOLSI: *Comunicazioni*, cit., pág. 98.

(7) Lo que, con mayor motivo, lleva a considerar que los *media* «interactivos» no puedan englobarse entre los *mass media*. En este sentido, véase también G. BETTETINI y F. COLOMBO: *Le nuove tecnologie della comunicazione*, Bompiani, Milán, 1993, págs. 14 y sigs.

(8) Que el libro fue el primer medio de comunicación de masas no es discutible. Sobre la cuestión, véanse R. WILLIAMS: *Massa e masse*, cit., pág. 98; E. L. EISENSTEIN: *La rivoluzione inavvertita. La stampa come fattore di mutamento* (*The Printing Press as An Agent of Change: Communications and Cultural Transformations in Early Modern Europe*, 1979), trad. it. D. Panzieri, Il Mulino, Bolonia, 1985; R. D. ALTICK: *La democrazia fra le pagine. La lettura di massa nell'Inghilterra dell'Ottocento* (*English Common Reader: a Social History of the Mass Reading Public, 1800-1900*, 1983), trad. it. E. J. Mannucci, Il Mulino, Bolonia, 1990. Son de gran interés los artículos del joven Marx sobre la libertad de prensa en Prusia (1842), desde los que se trasluce la percepción —común a los partidarios y a los opositores de tal libertad— de la prensa (periódica y no) como instrumento para influenciar al «hombre de masas» y, por tanto, de la fuerza política de dicho medio: K. MARX: *Scritti politici giovanili*, a cargo de L. Firpo, Einaudi, Turín, 1975, págs. 93 y sigs. De algunas de las citas de los oponentes de la libertad de prensa llevadas a

nológicamente más idóneo para ese fin, va perdiendo progresivamente su anterior cualificación para asumir una función «sirviente» respecto del *medium* tecnológicamente más eficaz, o bien para hacer propia —o de todas formas, acen-tuar— otra función (por ejemplo, la más específicamente cultural) (9).

De lo argumentado hasta aquí resulta que, si se puede dudar de la total adecuación a la verdad del conocido aforismo «el medio es el mensaje» (10); sin embargo, no cabe duda de que «el medio (de masas) es el mensaje (de masas)». Pretendo subrayar con esto que si, por un lado, es la identidad del destinatario (las «masas») la que determina los contenidos de las comunicaciones por razones de *audiencia*; por otra parte, las comunicaciones de masas —que constituyen el producto de tecnoestructuras con imponentes recursos financieros y tecnológicos— «adecúan», a su vez, los contenidos del mensaje a la «masa» de los destinatarios, para influir sobre la misma con fines políticos, sociales y comerciales.

Todo lo cual explica —en un sistema liberal-democrático— por qué el legislador puede hacer bien poco por contener la decadencia de los programas radiotelevisivos, en caso de que el propio legislador haya renunciado al modelo exclusivo del servicio público. (Un modelo —quede bien claro— susceptible también, por su parte, de críticas fundadas, tanto por la frecuente burocratización, como por su proximidad respecto de los titulares del poder político y, como reflejo, por la escasa sensibilidad hacia las problemáticas de las minorías) (11).

Sin duda, en un sistema pluralista el legislador puede imponer —también a los emitenes privados— que ciertos espacios radiotelevisivos se reserven a transmisiones de contenido político, cultural, social, etc.; y que en todo caso se respeten el honor y el decoro de terceros, y las buenas costumbres (sobre todo

esos artículos («el canto de sirena del mal actúa potentemente sobre las masas...»; «la prensa malvada habla sólo a las pasiones de los hombres...»), emergen curiosamente los mismos temas que la jurisprudencia constitucional enunciará ciento treinta años después a propósito de la radiotelevisión (véase *supra* la nota 3), para denunciar las potencialidades de implicación emotiva de la misma.

(9) Efectivamente, así sucedió con el cine en sus relaciones con la televisión y, antes ya, con el libro en sus relaciones con el cine. Para una consideración similar véase D. McQUAIL: *voz Comunicazioni di massa*, cit., pág. 163, que sobre la cuestión cita a M. L. DE FLEUR: *Theories of Mass Communications*, 2, McKay, Nueva York, 1970.

(10) M. McLUHAN: *Gli strumenti del comunicare (Understanding Media: the Extension of Man*, 1964), trad. it. F. Capriolo, Garzanti, Milán, 1986, págs. 25 y sigs.

(11) De manera análoga, véase D. McQUAIL: *voz Comunicazioni di massa*, cit., pág. 164. Acerca de las perplejidades que suscita nuestro servicio público, en referencia a los problemas presentes en este texto, permítaseme el reenvío a A. PACE: *La televisión pública en Italia*, en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (COORD.): *La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 153 y sigs., y 177 y sigs.

por lo que se refiere a la infancia y a la adolescencia). Sin embargo, una vez aceptada la lógica pluralista de la disciplina de los medios de difusión radiotelevisiva, el legislador no tiene —jurídicamente— ninguna posibilidad de impedir al usuario su facultad de elección entre los programas de los diversos emittentes. Y de hecho, en el momento en el que el legislador pretendiese influir sobre dicha facultad de elección negaría, por eso mismo, la lógica pluralista que había aceptado anteriormente de forma explícita.

Todo esto es suficiente para que, en un sistema pluralista de comunicaciones de masas, el programa confeccionado «para las masas» sea inevitablemente el más apetecido por el usuario medio, y que, por tanto, se imponga, de hecho, como el más importante, ya sea desde el punto de vista financiero (venta de los espacios publicitarios), o desde el de la formación del consenso político, dándose lugar —de esta forma— a la nunca suficientemente denostada «videopolítica» (12). Es precisamente a dicha «videopolítica», a la que se debe la milagrosa y repentina transformación de personas conocidas por el gran público exclusivamente por su aspecto exterior en sujetos políticos, exaltando de esta forma la peor de las características de la «política», cual es privilegiar la apariencia respecto de la sustancia.

Es así evidente el por qué, al inicio, he hecho notar que el tema de esta aportación concierne, a fin de cuentas, a la relación del individuo consigo mismo. Efectivamente, es la confusión del individuo con la masa, y su adhesión a las inclinaciones culturales y consumistas más difundidas de la misma lo que, de manera refleja, justifica y legitima las tendencias «masificantes» de los *mass media* en la programación televisiva, y en la elección de los servicios fotográficos y periodísticos destinados a los llamados «periódicos» populares. Tendencias «masificantes» que, con el pretexto del interés social por esa determinada información (13), estimulan el interés por la vida privada de los personajes llamados «públicos», y por las situaciones más o menos picantes, más o menos escabrosas, más o menos dramáticas; y también por aquéllas en las que se encuentre envuelto accidentalmente el propio hombre de masas (14): «víctima» (e inconsciente «verdugo») de un sistema que, con sus gustos incentivados a sabiendas por los *mass media*, él —esto es, el hombre de masas— ha contribuido de hecho a hacerlo prosperar (15).

(12) Véase G. SARTORI: «Videopolitica», en *Riv. it. sc. pol.*, XIX, 1989, págs. 185-198.

(13) Al respecto, véase *infra* el aptdo. 5.

(14) Para una referencia en este sentido, véase P. RESCIGNO: «Il diritto all'intimità della vita privata», en *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. IV, Jovene, Nápoles, 1972, pág. 133.

(15) Lo referido en el texto encuentra una confirmación trágica en las circunstancias en las que ha encontrado la muerte recientemente Lady Diana Spencer, ex Princesa de Gales. Pregun-

II. LOS TRES FRENTE SOBRE LOS QUE OPERA EL ATAQUE A LA IMAGEN. EL ATAQUE A LA PRIVACIDAD

Parafraseando el título de un famoso libro americano sobre la *privacy* (16), diría que el «ataque» a la propia imagen se realiza por los *mass media* en tres frentes diversos. En primer lugar —y en pocas palabras— por medio de violaciones de la propia «privacidad»; en segundo lugar, a través del perjuicio directo a la imagen; en fin, perjudicando la proyección social de la misma. Responsables de los dos primeros ataques son los *mass media* que se expresan a través de imágenes; protagonista del tercero es también la prensa escrita.

Es oportuno tratar de manera diferente las tres formas de agresión, porque dan lugar en el Derecho italiano a distintas problemáticas jurídicas.

El primer caso en cuestión se verifica cuando la ilícito califica la misma captación de imágenes. Tal es la situación de quien, para realizar una filmación o tomar una fotografía, penetra ilegalmente en domicilio ajeno; utiliza instrumentos tecnológicamente sofisticados y, en cualquier caso, no disponibles comúnmente; supera barreras físicas que en condiciones normales serían más que suficientes para interponer un obstáculo a la captación de las imágenes; etcétera (17). Otro tanto se ha de decir respecto de quien toma conocimiento ilegalmente del contenido de una correspondencia cerrada y, como consecuencia, sustrae las fotografías y las películas contenidas en dicha correspondencia. Y lo mismo debe reiterarse acerca de quien somete al malaventurado transeúnte a molestias engañosas, y lo maltrata con preguntas inoportunas bajo el ojo de la

tarse si los «paparazzi» que seguían en motocicleta el vehículo de «Dodi» Al Fayed y Lady Diana determinaron con su comportamiento el incidente mortal, si es importante para la solución jurídica de este caso concreto, no lo es desde una perspectiva más general. En efecto, desde este ámbito visual general, es evidente la indisolubilidad del enlace existente entre la búsqueda de «visibilidad» de determinados personajes (con fines de «legitimación» social), la curiosidad popular, el periodismo «sensacionalista» y la explotación sin prejuicios, con fines económicos, de dicha curiosidad: una maraña en la que es difícil individualizar quién es más culpable que los otros.

(16) A. R. MILLER: *The Assault on Privacy*, Univ. Michigan, Ann Arbor, 1971.

(17) La segunda de las tres es la hipótesis sobre la que se asentó el juicio afrontado y resuelto por la *Corte di cassazione* en el famoso «caso Soraya», con ocasión del cual se afirmó la existencia, en el ordenamiento italiano, de un derecho general a la privacidad. Se trataba, en efecto, de fotografías tomadas a la ex soberana de Irán, Soraya Esfandiari, mediante el uso del teleobjetivo; fotografías que la recogían en la intimidad de su casa, aun cuando no vulneraban su decoro y su reputación: *Cassazione* 27 de mayo de 1975 n. 2129, en *Foro it.*, 1976, I, 2895. Hipótesis de captación ilícita mediante un potente teleobjetivo son también los casos relativos a las imágenes de la princesa Marina Doria, consorte de Vittorio Emanuele de Saboya (*Tribunale* de Milán, 8 de abril de 1991, en *Dir. Inf.*, 1991, págs. 865 y sigs.), y de la periodista televisiva Lilli Gruber (*Tribunale* de Milán, 17 de noviembre de 1994, *ivi* 1995, págs. 373 y sigs.).

telecámara, con el fin de poder atraparlo en un error, en la (presumible) hipótesis de una reacción anormal que, reproducida y difundida en televisión, pueda provocar la diversión del «hombre de masas» (18).

Pues bien, en todas estas hipótesis lo que se vulnera es el derecho a la privacidad, el cual, si bien es discutible que esté tutelado por la Constitución italiana de forma general y omnicompreensiva (19), en cambio se encuentra sin duda tutelado, con respecto a las hipótesis mencionadas, por los artículos 13 y 23 Const. en relación con la libertad personal, entendida tanto en sentido físico como en sentido moral (la llamada libertad individual) (20), por el artículo 14 Const. en relación con la libertad domiciliaria, y por el artículo 15 Const. en relación con la libertad de las comunicaciones «reservadas»: disposiciones constitucionales, las que se acaban de citar, cuya eficacia se encuentra reforzada por las sanciones penales previstas por los artículos 614, 616, y 669 del Código Penal.

No obstante, merece añadirse, en relación con las tomas realizadas ilegalmente violando el domicilio ajeno, que la tutela de la privacidad del domicilio no se extiende a lo que sucede en lugar expuesto al público, aunque de propiedad privada (una terraza, una barca, etc.). En otras palabras, quien no se com-

(18) Aunque pueda parecer increíble, éste es el contenido de un programa televisivo vespertino de éxito, emitido a diario en Italia desde hace años en la cadena nacional privada *Canale 5*.

(19) En este sentido, véanse C. ESPOSITO: *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 1958, pág. 39, nota 89; G. PUGLIESE: «Diritto alla "libertà di autodeterminazione" e tutela della riservatezza», en *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 469 y sigs.; A. CATADELLA: *La tutela civilistica della vita privata*, Giuffrè, Milán, 1972, págs. 26 y sigs.; P. RESCIGNO: *Il diritto all'intimità*, cit., págs. 125 y sigs.; A. PACE: *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milán, 1967, pág. 63; ID: «Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza?)», en *Giur. cost.*, 1993, págs. 45 y sigs. Sin embargo, en sentido contrario, véase en la jurisprudencia la cit. Sentencia 2.129/1975 de la *Corte di cassazione* (que determinó el cambio de dirección jurisprudencial del que se ha hecho mención en la nota precedente), y la Sentencia 81/1993 de la *Corte costituzionale*. En la doctrina véase, en tal sentido, el primer sustentador de la tesis: G. GIAMPICCOLO: «La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, págs. 465 y sigs., especialmente la pág. 469, y allí el engarce interpretativo con el artículo 2 Const. it., como fundamento del derecho general a la privacidad. Para indicaciones jurisprudenciales y doctrinales más recientes véanse M. DOGLIOTTI y S. BOCCACCIO: «Il diritto alla riservatezza negli orientamenti della giurisprudenza», en *La nuova giurispr. civ. comm.*, 1989, págs. 351 y sigs.; A. BEVERE y A. CERRI: *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Giuffrè, Milán, 1995, págs. 46 y sigs., 139 y sigs.

(20) Acerca de la identificación de la base normativa de la libertad individual (o libertad moral, o bien libertad de autodeterminación) en el artículo 23 Const. it., véase A. PACE: voz *Libertà personale*, en *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milán, 1974, págs. 291 y sigs.; ID.: *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, 2, CEDAM, Padua, 1992, págs. 174 y sigs.

porta de forma reservada, no puede pretender la tutela de su propia privacidad. Actuarán a su favor, en su caso, las eventuales diversas tutelas de las que se hablará dentro de poco, pero ciertamente no la tutela de la privacidad.

III. EL ATAQUE A LA IMAGEN. EL VALOR AUTONOMO TUTELADO
EN EL ARTICULO 2 CONST. ITALIANA, EN EL ARTICULO 10 CC.,
Y EN LOS ARTICULOS 97 Y 98 DE LA LEY 633/1941. LA TUTELA DEL HONOR

El segundo supuesto se produce, específicamente, mediante la reproducción y difusión no consentida de la imagen, y no —como en las hipótesis examinadas precedentemente— con la vulneración de la privacidad. En efecto, la identificación del fundamento del derecho a la propia imagen en la tutela de la privacidad (21), no tiene en la debida consideración la circunstancia de que la imagen, constituyendo la proyección exterior y concreta de la persona en el mundo que la rodea, postula una tutelabilidad jurídica autónoma, igual que —desde otra perspectiva— se impone una autónoma tutelabilidad jurídica para el nombre, que se deriva de la subjetividad jurídica y, por tanto, de la necesidad obvia de la identificabilidad jurídica de los sujetos (22). Y semejante au-

(21) En el sentido criticado véanse, por todos, A. DE CUPIS: *I diritti della personalità*, 2, Giuffrè, Milán, 1982, págs. 285 y sigs.; ID.: voz *Immagine (diritto alla)*, en *Enc. giur.*, vol. XV, Ist. Enc. it., Roma, 1989, págs. 1 y sig.; además de las indicaciones ulteriores en G. BAVETTA: voz *Immagine (diritto alla)*, en *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milán, 1970, pág. 146, nota 21.

(22) Obviamente, con el término «derecho al nombre» hago referencia al derecho «al mantenimiento» del nombre atribuido a la persona en el momento de su nacimiento de acuerdo con las normas legales, y no al derecho «a la elección» del nombre (análogamente v. *Corte cost.*, Sentencias 176/1988 y 14/1994). Sobre la cuestión, para un desarrollo más amplio, véase A. PACE: «Il nome delle associazioni e l'art. 18 della Costituzione», en *Giur. cost.*, 1971, págs. 1459 y sigs.; ID.: *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, *ivi*, 1994, pág. 104. En este último escrito, con el fin de demostrar el nuevo entendimiento del derecho al nombre entre los derechos inviolables del hombre (art. 2 Const. it.), he puesto de manifiesto el nexo estrechísimo existente entre nombre y persona desde el punto de vista antropológico, nexo que resulta, *a contrario*, de hechos que implican la voluntad de «anular» la personalidad ajena (imposición de un nuevo nombre a los esclavos; abandono del propio nombre contemporáneamente a la adquisición del *status* monacal; atribución de un número, en lugar de un nombre, a los prisioneros de los *Lager* nazis, etc.); además de la circunstancia, *in positivo*, de que en algunas áreas culturales se mataba al hombre «para apropiarse del nombre» (A. M. DI NOLA: voz *Nome*, en *Enc. delle religioni*, vol. IV, Vallecchi, Florencia, 1972, pág. 1.078). Acerca de la conexión, efectuada por los romanos, entre la *persona* (máscara), la *imago* (la máscara de cera modelada sobre la cara del antepasado muerto) y el «yo» (la verdadera naturaleza del individuo), véase M. MAUSS: *Teoria generale della magia ed altri saggi (Sociologie et anthropologie)*, 1950), trad. it. F. Zannino, Einaudi, Turín, 1965, págs. 367 y sigs.

tonomía sirve no sólo en relación con la tutela de la privacidad, sino también en relación con la de la dignidad humana (23).

Es esto tan cierto que, aunque haya sido filmado en un lugar abierto al público (un estadio), también el hincha que asiste a un partido de fútbol tiene derecho a su propia imagen y, en consecuencia, puede reaccionar justamente contra la inserción periódica no autorizada de la filmación de su rostro (¡con un dedo en la boca!), que identifica la sigla introductoria de una conocida transmisión televisiva de carácter deportivo (24). En definitiva, es absolutamente obvio que, en tal caso, la tutela otorgada no se refiere al derecho a la privacidad, no existiendo, por definición, «privacidad» cuando se está en presencia de comportamientos «públicos» (como lógicamente, frecuentar un estadio) (25).

(23) La tutelabilidad autónoma del honor respecto a la imagen se encuentra explicitada normativamente, en el Derecho italiano, en el artículo 10 CC, y en el artículo 97, apartado 2 de la Ley 633/1941. Sobre la cuestión, véase S. PUGLIATTI: *La trascrizione. La pubblicità in generale*, Giuffrè, Milán, 1957, págs. 12 y sigs. Por el contrario, en el ordenamiento español la tutela, tanto de la propia imagen como de la intimidad personal y familiar (art. 18.1 Const.), se reconduce en algunas ocasiones a la tutela de la dignidad humana (art. 10.1 Const.). En la jurisprudencia véase, por ejemplo, las Sentencias 231/1988 y 99/1994 del Tribunal Constitucional (véase *infra* en este apartado). En la doctrina véase M. CARRILLO: «El derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la CE», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, pág. 67; J. SANTDIUMENGE I FARRE: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo*, en VV. AA.: *El mercado de las ideas*, P. SALVADOR CODERCH (coord.), CEC, Madrid, 1990, pág. 341. Una conexión de este tipo suscita, sin embargo, más de una perplejidad en un jurista italiano, en la medida en que la tutela, tanto de la propia imagen como de la intimidad, queda interpretativamente condicionada, además, a la existencia de una vulneración efectiva de la dignidad humana. Lo que implica que tales derechos estarían privados de garantías en el caso de que la violación de los mismos no lesionase al mismo tiempo el honor. Por ejemplo, en el «caso Soraya» (véase *supra*, nota 17), la violación del derecho a la propia imagen y a la intimidad se había producido, sin embargo, sin vulnerar el decoro y la reputación de la princesa Esfandiari y, por tanto —siguiendo la tesis aquí criticada—, se debería haber rechazado la demanda judicial de la princesa. Para una crítica similar a las tesis de C. MORTATI: «Rimpatrio obbligatorio e Costituzione», en *Giur. cost.*, 1960, págs. 689 y sigs., y de A. BARBERA: *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milán, 1967, págs. 40, 52, 190 y sigs. (que sostienen la aplicabilidad del art. 13 Const. it. sólo ante medidas limitadoras de la libertad personal que sean degradantes para la «dignidad social»), véase A. PACE: *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., págs. 171 y sigs.

(24) *Corte di cassazione*, secc. I civ., 15 de marzo de 1986 n. 1763, en *Dir. Inf.*, 1986, págs. 883 y sigs.

(25) De forma análoga, la postal constituye un medio para «manifestar» el pensamiento (art. 21 Const. it.), no para «comunicarlo de manera reservada». De lo que deriva la inaplicabilidad, en este tipo de comunicación, de las garantías constitucionales más amplias contenidas en el artículo 15 Const. it. Sobre la cuestión, para un mayor desarrollo, véase A. PACE: «Art. 15», en *Commentario alla Costituzione*, GIUS. BRANCA (coord.), Zanichelli-Foro italiano, Bolonia-Roma, 1977, págs. 83 y sigs.; ID.: *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., págs. 245 y sigs.

En este caso, el interés jurídicamente tutelado es, evidentemente, diverso; y se resuelve, pura y simplemente, en el hecho de que, igual que el nombre constituye el presupuesto para la identificación *jurídica* del sujeto, la imagen constituye el presupuesto para la identificación *física* del mismo. A esto debe añadirse, como confirmación de la autonomía del valor tutelado, que cualquier hombre o mujer, por naturaleza, difícilmente tolera la posesión de su propia «persona», aunque sea en una efigie (retrato, filmación), por parte de un tercero que no haya sido autorizado (26).

En consecuencia, precisamente porque la imagen constituye el presupuesto para la identificación del sujeto, es indiscutible el nuevo entendimiento del derecho a la propia imagen entre los «derechos inviolables del hombre» (art. 2 Const. it.) —de forma análoga a cuanto sucede en relación con el derecho al propio nombre—, también por parte de los defensores de la interpretación restrictiva de dicha norma (27).

(26) Desde el punto de vista antropológico esto se explica (G. B. BRONZINI: «Dalla larva alla maschera», en VV. AA.: *La maschera, il doppio e il ritratto. Strategie dell'identità*, M. BETTINI (coord.), Laterza, Bari, 1991, pág. 73) por el hecho de que «la imagen pictórica de la persona (y ahora la fotografía), en cuanto es el reflejo de la persona, representa, es decir, es (la mentalidad popular ignora el concepto de representatividad) la pertenencia máxima de dicha persona». Para confirmar lo dicho, Bronzini recuerda una bella página del cuento autobiográfico del famoso escritor —también médico y pintor— CARLO LEVI: *Cristo si è fermato a Eboli* (1945), Einaudi, Turín, 1990, pág. 136, en la cual el autor describe la resistencia de Giulia —una mujer «que vivía además en el mundo de la magia»— a posar para él, para un retrato, temiendo no tanto que Levi pudiese «emplear su figura pintada como una estatua de cera, a través de la realización de alguna brujería malvada en su perjuicio, sino por el influjo y el poder» que él habría «ejercitado extrayendo una imagen de ella». Véase también *supra*, la nota 22.

(27) En efecto, se sostiene además por los defensores de la interpretación restrictiva, que de seguirse la tesis opuesta (es decir, la interpretación del art. 2 como norma de «contenido abierto» en relación con la identificación de los llamados «derechos inviolables del hombre»), se derivaría que un derecho que tuviese una base constitucional segura (por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento), estaría potencialmente limitado en nombre de derechos de incierto origen y de fundamento inseguro. Véase, en tal sentido, entre muchos, P. RESCIGNO: *Il diritto all'intimità*, cit., pág. 125; ID.: «Conclusioni», en VV. AA.: *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padua, 1981, págs. 186 y sigs.; ID.: *Presentazione* al libro de V. ZENO-ZENCOVICH: *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Nápoles, 1985, págs. XXV y sigs.; A. CATAUDELLA: *La tutela civile della vita privata*, cit., pág. 32, nota 30; M. MAZZIOTTI DI CELSO: *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1994, pág. 57 y sigs.; G. AMATO: «Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?», en *Scritti in onore di P. Barile*, Cedam, Padua, 1990, págs. 32 y sigs.; A. BEVERE y A. CERRI: *Diritto di cronaca e critica*, Sapere 2000, Roma, 1988, págs. 53 y sigs., 96; A. PACE: «Il c. d. diritto alla identità personale e gli art. 2 e 21 della Costituzione», en VV. AA.: *Il diritto alla identità personale*, cit., págs. 36 y sigs.; ID.: *Ponencia*, en A. LÓPEZ PINA (coord.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 76 y sigs.; ID.: «Diritti "fondamentali?"

No obstante, la natural aversión a la captación de la propia imagen por parte de un tercero, ha debido tomar en consideración el advenimiento de la fotografía, del cine y de la televisión. La difusión de dichos medios ha cambiado radicalmente los propios presupuestos de hecho del problema jurídico, con la consecuencia de que también en un país como Gran Bretaña, donde intuitivamente la tutela de la *privacy* se advierte y se practica más que en Italia, se ha establecido, en una decisión judicial de 1960, que nadie posee el derecho a oponerse a que un tercero lo fotografíe (28), igual que no tiene derecho a oponerse a que un tercero dé una descripción de sus propias características somáticas (29).

Sin embargo, aunque está claro que uno no se puede oponer a ser fotografiado o filmado (ya que fotografiar y filmar son facultades que entran en el derecho constitucional a la libertad individual, limitable sólo a través de la ley y, por tanto, sólo si una ley estableciese una prohibición en ese senti-

al di là della Costituzione?», en *Pol. dir.*, 1993, págs. 3 y sigs.; ID.: *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., págs. 4 y sigs., 7 y sigs., 10 y sigs. Debe subrayarse, en buena cuenta, que la tesis que entiende el artículo 2 como norma de «contenido cerrado» (en relación con los derechos), no se contradice con la nueva consideración, tanto del derecho al nombre como del derecho a la propia imagen, entre los derechos inviolables del hombre. En efecto, estas dos tesis se basan en aspectos tutelados sin ninguna duda por el artículo 2, o de cualquier forma jurídicamente relevantes para dicho artículo: por un lado, la subjetividad jurídica perteneciente automáticamente a cada persona física; de otra parte, la realidad corpórea de las personas tuteladas.

La jurisprudencia constitucional, hasta 1988 decididamente favorable a la tesis restrictiva, ha cambiado de opinión, bajo la presidencia Saja, con la Sentencia 404/1988, en *Giur. cost.*, 1988, I, págs. 1.789 y sigs., con nota crítica de A. PACE: *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c.d. diritto fondamentale all'abitazione*, *ivi*, págs. 1.801 y sigs.

Como referencia acerca de alguno de los defensores de la tesis según la cual los «derechos inviolables» previstos por el artículo 2 Const. it. se configurarían como un «tipo abierto», véase V. ZENO-ZENCOVICH: *Onore e reputazione*, cit., pág. 80, nota 43. Sobre el tema, véase también, en sentidos diversos, las relaciones y las intervenciones en el convenio de la Asociación italiana de Constitucionalistas de 30 de noviembre-1 de diciembre de 1991, en VV. AA.: *I diritti fondamentali oggi*, Cedam, Padua, 1995.

(28) No así en Afganistán, donde los integristas islámicos actualmente en el poder (los «Taliban») han prohibido legalmente la toma cinematográfica y fotográfica de cualquier figura humana, porque la reproducción en cualquier forma de la imagen humana es considerada sacrilegio. En consecuencia, la prohibición tampoco se puede exceptuar ni siquiera con el consenso del interesado. Merece recordarse, en tal sentido, que la violación de dicha prohibición por parte de la delegación que acompañaba a la Comisaria de la Unión Europea, Emma Bonino, tuvo como consecuencia, el pasado 1 de octubre de 1997, el arresto colectivo de dicha delegación, con la consiguiente protesta diplomática y la posterior e inmediata liberación de sus integrantes.

(29) *Williams vs. Settle* (1960), 1 W.L.R. 1072, cit. por G. ROBERTSON y A. NICOL: *Media Law*, 3, Penguin Books, Harmondsworth, 1992, pág. 208.

do) (30), lo que queda prohibido, en principio, es la utilización de la fotografía y de la filmación, a menos que no haya sido autorizada, y dentro de los límites del consentimiento prestado. Por eso, ha sido considerada acertadamente ilícita y productora de daños resarcibles, la difusión televisiva de particulares físicos (las orejas, las manos, la forma del cabello, etc.) de una joven mujer que había subordinado su consentimiento a ser entrevistada en televisión, a la condición de que le fuese garantizado «el máximo del anonimato» para proteger su situación de seropositiva (31). Lo que se podría reiterar con respecto a la víctima de violencia carnal, acerca del confidente de la policía, etc. (32).

Se debe considerar igualmente ilícita, en cuanto contraria a la verdad, la reproducción de la imagen que haya sido «descontextualizada» gracias a tecnologías digitales, y posteriormente difundida como si hubiese sido captada en una ocasión y en un lugar diferente del real (salvo que la falsedad sea intencionadamente manifiesta, y persiga una mera finalidad de sátira política o social).

Finalmente, otras veces la utilización de la imagen debe considerarse prohibida porque su difusión perjudicaría el honor y la reputación de la persona, que son valores constitucionalmente relevantes desde la óptica de la tutela de la «dignidad humana» y «social» (33). Tutela que, en consecuencia, debería tomar en consideración tanto al naturalmente capaz como al incapaz, al libre como al detenido, al vivo como al muerto (34).

Sin embargo, fue distinta la solución dada por el Tribunal Constitucional español en el famoso caso «*Paquirri*» (un torero herido de muerte en el curso de una corrida, cuyo cuerpo atormentado había sido filmado por los operadores cinematográficos hasta el interior de la enfermería anexa a la plaza) (35). En efecto, el Tribunal Constitucional estableció que, fallecido «*Paquirri*», no se

(30) Véase el artículo 23 Const. it. Para un desarrollo más amplio sobre el tema se reenvía a A. PACE: *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., págs. 174 y sigs.

(31) En estos términos, véase *Tribunale* de Roma, secc. I civ., 29 de marzo de 1993, «Zappavigna c. RAI», en *Dir. Inf.*, 1996, págs. 233 y sigs.

(32) Por eso se debe reprobar la insistencia con la que los operadores televisivos se extienden, en tales situaciones, sobre los particulares físicos —aunque sean secundarios— del sujeto entrevistado, haciendo así posible la identificación del mismo, con todas las evidentes consecuencias dañosas.

(33) Véase, respectivamente, el artículo 41, apartado 2 y el artículo 3, apartado 1 Const. it. Acerca de la interpretación que reconduce la tutela del honor a la tutela de la dignidad humana (art. 3 Const. it.) véase ya C. ESPOSITO: *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pág. 44.

(34) P. KUNIG: *Art. 1*, en *Grundgesetz-Kommentar*, I. VON MÜNCH y P. KUNIG (coords.), vol. I, Beck, Munich, 1992, pág. 86.

(35) Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre.

podía tomar en consideración su derecho a la propia imagen y, en consecuencia, dicho derecho no podía ser ejercido por un pariente (36). El Tribunal consideró sin embargo que, en el caso concreto, había sido vulnerado el derecho a la intimidad de la recurrente —la viuda— y, por consiguiente, que la misma tenía derecho a ser indemnizada por la empresa que había comercializado la filmación (37).

Pero la sentencia produce también perplejidad en un jurista italiano desde otro punto de vista, puesto en evidencia por la opinión discordante expresada por dos de los seis magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, los cuales, en su voto particular, pusieron de relieve que, si la acción judicial se dirigía verdaderamente a la tutela del derecho a la intimidad, la misma se debería haber planteado, antes que nada, contra TVE, la cual había difundido también, aunque fuera con una mera finalidad informativa, las mismas imágenes que la sociedad demandada además había comercializado (38).

En efecto, la tutela del derecho a la propia imagen, cuando está conectada con la tutela del honor, de la reputación y del decoro de la persona retratada, condiciona en el Derecho italiano la propia libertad de informar (39), y no sólo la libertad de iniciativa económica. En consecuencia, tal tutela convierte en ilícita la difusión de las imágenes de una persona, también en aquellas hipótesis en las que la ley prescribe que la reproducción de la imagen no requiera el consentimiento del interesado (y esto es así cuando la reproducción de la imagen se justifique por la notoriedad o por el cargo público ocupado, o bien cuando la reproducción se conecte con hechos de interés público acontecidos públicamente) (40).

(36) Para la tesis contraria, basada en el Derecho italiano en el explícito reconocimiento de la legitimación a favor de los familiares del difunto para personarse en el juicio, contenida en el artículo 10 CC, véase A. SAVINI: *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Cedam, Padua, 1989, págs. 109 y sigs. Sin embargo, en Italia se discute si se trata del derecho del difunto ejercitable por los parientes, o bien de un derecho propio de estos últimos. Véase la decisión de la Pretura de Roma, de 25 de mayo de 1985, *Petacci c. RAI*, en *Dir. Autore*, 1986, pág. 181, con nota de P. LAX: *Identità personale tra cronaca e storia*, *ivi*, especialmente pág. 193, en relación con la remembranza televisiva novelada de los últimos meses vividos por Claretta Petacci junto a Benito Mussolini.

(37) No obstante, se debe subrayar que, desde el punto de vista constitucional, el problema calificadorio debe considerarse jurídicamente irrelevante en el ordenamiento español, puesto que el artículo 18.1 CE tutela de la misma forma el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

(38) Véase el voto particular de los dos magistrados F. García-Mon y C. de la Vega Benayas.

(39) Véase el artículo 10 CC y el artículo 97, apartado 2, de la Ley 633/1941, de 22 de abril.

(40) Cfr. el artículo 97, apartado 1, *cit.*

Desde la perspectiva de la tesis sostenida en el voto particular de la sentencia «Paquirri» (es decir, que si se exige judicialmente el respeto por la propia imagen y por la intimidad personal, esta exigencia se debe demandar ante cualquier forma de información, y no sólo ante la comercialización de la imagen) (41), conviene citar otra sentencia del Tribunal Constitucional español. Estos son los hechos: a don Juan Antonio Fernández Solís, habilísimo deshuesador de jamones, se le había ordenado por su empleador cortar un jamón durante una exhibición pública, ante la presencia de fotógrafos y de la televisión. Por oponerse firmemente a esta orden, expresando su firme voluntad de no ser fotografiado por ninguna razón del mundo, fue despedido. Don Juan impugna entonces la decisión de despido al considerarla una vulneración del artículo 18 CE, y al no obtener satisfacción, ni ante el Juzgado de lo Social, ni en el recurso de duplicación ante el Tribunal Superior de Justicia, interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual, constatada la vulneración de la

(41) En todos los ordenamientos, la reproducción de la imagen con fines comerciales goza de una tutela menor respecto de la reproducción con fines informativos. Véase, por ejemplo, en Gran Bretaña, la decisión de la House of Lords en el caso *Tolley vs. Fry*, de 23 de marzo de 1931, en A.C. (1931), págs. 333 y sigs.; de manera análoga, en el ordenamiento francés, véase, por ejemplo, Tribunal de Grande Instance de Lyon, 17 de diciembre de 1980, en *Recueil Dalloz-Sirey, Jurisprudence*, 1981, págs. 203 y sigs. (con comentario de R. Lindon y D. Amson). Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, en el sentido de la ilicitud de la reproducción de la imagen ajena efectuada con fines meramente publicitarios (es decir, no conectados con el interés de la información pública) véase, recientemente, *Cassazione civile*, Secc. I, 6 de febrero de 1993, n. 1503, *Bartali y otro c. Emilio Bozzi s.r.l.*, en *Giust. civ.*, I, 1994, págs. 229 y sigs. (con nota de F. CAPECCI: *Ma non «gli è tutto da rifare»*).

Siempre en relación con las diversas finalidades detraídas a la utilización de la imagen ajena, se debe tener presente la progresiva consolidación de la orientación de la jurisprudencia estadounidense [a partir del *leading case Haelan Laboratories vs. Topps Chewing Gum*, 202, F 2d 866 (2d Cir), *cert. denied*, 346, U.S. 816 (1953)] con vistas a la definición de un núcleo —en relación al individuo— constituido por un *right of publicity* (diferente y autónomo respecto del *right of privacy*), como derecho exclusivo de disfrute económico de la propia imagen. Sin embargo, también dicho *right of publicity* (que evidentemente «remueve» los términos de la cuestión tal y como es tratada en este artículo) cede ante la utilización de la imagen con fines informativos [(véase, en estos términos, *Ann-Margret vs. High Society*, 6 *Med. L. Rptr.*, págs. 1.774 y sigs., 498 F. Supp. 401 (S.D.N.Y. 1980), caso en el que, como parámetro del juicio, se ha asumido la disposición de la primera enmienda de la Const. de los Estados Unidos]. Sobre la cuestión, no sólo en relación a tales decisiones, sino también por las interesantes referencias de Derecho comparado acerca de la experiencia francesa y, sobre todo, estadounidense, véase C. SCOGNAMIGLIO: «Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri», en *Dir. inf.*, 1988, págs. 1 y sigs., y allí ulteriores referencias de doctrina y jurisprudencia. Acerca de los diversos aspectos aplicables al ordenamiento italiano del *right of publicity*, véase P. VERCELLONE: «Diritti della personalità e "rights of publicity"», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, págs. 1.163 y sigs.

norma constitucional invocada, anula las sentencias dictadas, declara radicalmente nulo y sin efectos el despido, y reintegra en su puesto de trabajo al recurrente, sobre el que, evidentemente, no producen ningún efecto las engañosas adulaciones de la sociedad de los *mass media* (42). Pero don Juan es el ejemplar de una especie que ya está en vías de extinción.

IV. EL ATAQUE A LA PROYECCION SOCIAL DE LA IMAGEN. EL LLAMADO DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

El tercer supuesto se refiere al llamado derecho a la identidad personal. Se percibe claramente que con este derecho se va más allá de la imagen en sentido físico, y se toma en consideración «la proyección pública de la personalidad del sujeto». Esto es, dicho derecho se identifica con el «derecho a ser uno mismo, entendido como respeto a la imagen de miembro de la vida en sociedad, con la adquisición de ideas y experiencias, con las convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales que diferencian, y al mismo tiempo cualifican, al individuo» (43).

En consecuencia, en virtud de este derecho se ha otorgado la tutela judicial a un hombre político contra «el abuso de su imagen, llevado a efecto a través de la utilización de la entrevista, al ser cedida para fines diversos de los acordados». En particular, el recurrente se quejaba de la inserción de la imagen y de la entrevista «en un programa dirigido a lograr apoyos electorales para un partido con una posición política opuesta» a la mantenida por él mismo (44). En términos paralelos, se ha invocado el derecho en cuestión para impugnar la falsedad de la imputación realizada por un periódico a otro hombre político (45) de haber tenido contactos con la *camorra* (46) para obtener la liberación de una

(42) Sentencia 99/1994, de 11 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

(43) En este sentido, véase *Corte cost.*, Sentencia 13/1994 (*Giur. cost.*, 1994, págs. 95 y sigs., con nota parcialmente crítica de A. PACE: *Nome, soggettività giuridica e identità personale*). La definición de la Corte parecería prestada por el *Tribunale* de Roma, 27 de marzo de 1984, en *Giur. it.*, 1985, I, 2, págs. 24 y sigs., con nota de M. DOGLIOTTI: *Identità personale, liquidazione del danno e libertà di stampa*.

(44) *Pretura* de Roma, *ordinanza* de 30 de mayo de 1980, *Martini c. MSI*, en *Temi rom.*, 1980, págs. 131 y sigs.

(45) *Tribunale* de Roma, 27 de marzo de 1984, *Pannella c. La Repubblica*, en *Foro it.*, 1984, I, págs. 1.688 y sigs.

(46) La *camorra* es una organización criminal que actúa sobre todo en Nápoles y en la región de Campania.

persona raptada. En otra situación, el recurrente se quejaba de haber sido falsamente considerado miembro de una logia masónica (47).

Desde el punto de vista constitucional italiano, la tutela del derecho en cuestión se sitúa entre dos normas, convergentes entre sí en este caso concreto: por un lado, el artículo 21, apartado 1 Const. que, garantizando la manifestación del «propio» pensamiento, permite prohibir y castigar lo subjetivamente falso (48); por otra parte, el artículo 3, apartado 1 Const., que impide perjudicar el honor ajeno, aun difundiendo hechos verdaderos (49). Por eso, con el derecho a la identidad personal no se tutela, como alguno quisiera, «el derecho del interesado a que los otros digan de él lo que considera ser»: tesis que, en su esquematismo, acabaría por perjudicar la libertad ajena de opinión, de crítica y de información. Ni tampoco se puede pretender que no se recuerden en los *mass media*, siempre que subsista un interés social por la noticia, episodios de su vida pasada que el interesado querría, sin embargo, que fuesen cubiertos por el olvido (50). En efecto, nadie puede pretender que sus convicciones ideológi-

(47) *Tribunale* de Roma, 15 de noviembre de 1983, *Ferrara c. Fabiani*, en *Foro it.*, 1985, I, págs. 281 y sigs.

(48) Sobre la cuestión véase C. ESPOSITO: *La libertà di manifestazione*, cit., págs. 36 y sigs. Para un desarrollo más amplio en el sentido del texto véase A. PACE: *Il c.d. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, en VV. AA.: *Il diritto alla identità personale*, cit., págs. 36 y sigs.

(49) Véase el artículo 596, apartado 4, última parte, del CP.

(50) Sin embargo, el reconocimiento del derecho al olvido, en relación con el derecho del condenado a poder reinsertarse plenamente en la vida social, ha sido afirmado por el *Bundesverfassungsgericht* en la Sentencia de 5 de junio de 1973, en *BVerfGE* vol. 35, págs. 202 y sigs. Sobre la cuestión, véase T. A. AULETTA: «Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"», en VV. AA.: *L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Nápoles, 1983, págs. 127 y sigs.; A. BEVERE y A. CERRI: *Il diritto all'informazione e i diritti della persona*, cit., págs. 49 y sigs. Recientemente, con ocasión de una serie de representaciones televisivas que evocaban algunos procesos penales que en su momento habían interesado fuertemente a la opinión pública italiana, se iniciaron algunos procedimientos cautelares de urgencia, en el curso de los cuales los recurrentes, como tutela del llamado derecho al olvido, intentaron obtener la prohibición judicial de la emisión televisiva de tales evocaciones. En las cuatro decisiones que se han producido al respecto, se ha reconocido siempre la legitimidad de la reconstrucción televisiva de un hecho de la crónica judicial, siempre que el mismo hubiese acaecido hace más de treinta años. Sin embargo, en dos de las cuatro decisiones el *Juez Designado* (J. D.) consideró ilícita la implicación de personas no comprometidas estrechamente en los sucesos; personas que, efectivamente, carecían de cualquier valenzas para identificar el caso judicial, y que disponían exclusivamente, en el juicio penal precedente, de una valenzas ligada al nombre del imputado. Véase *Tribunale* de Roma, secc. I civil, (J. D.) *Mangano*, *ordinanza* de 8 de noviembre de 1996, *Sanfratello c. RAI*; *Tribunale* de Roma, secc. I civil, (J. D.) *Attenni*, *ordinanza* de 20 de noviembre de 1996, *Vulcano c. RAI*; *Tribunale* de Roma, secc. I civil, (J. D.) *Olivieri*, *ordinanza* de 21 de noviembre de 1996, *Vulcano c. RAI*; *Tribunale* de Roma, secc. I civil, (J. D.) *Campolongo*, *ordinanza* de 27 de noviembre de 1996, *Sutter c. RAI*. Las cuatro decisiones se recogen en *Dir. inf.*, 1997, págs. 323 y sigs.

cas, religiosas, morales y sociales, tanto precedentes como actuales, aparezcan como a él le gustaría a cada instante (51).

De lo que se deriva que, jurídicamente, el interesado únicamente puede pretender que los *mass media*, cuando tracen su personalidad, se atengan —partiendo de los criterios de corrección y de buena fe— «a la versión reductora, parcial, o unilateral de los hechos, que haya ofrecido alguna vez el sujeto en las relaciones sociales», salvo que, obviamente, dicha versión contraste, a su vez, «con los hechos corroborables según criterios de segura objetividad» (52).

V. EL DIFICILISIMO, SI NO IMPOSIBLE, REEQUILIBRIO JUDICIAL
DE LA INFERIORIDAD DEL SUJETO PERJUDICADO, CON RESPECTO
A LA EMPRESA DE COMUNICACION DE MASAS

Me encamino a la conclusión. No cabe duda de que el derecho a la propia imagen se encuentra tutelado, desde diversas perspectivas, en el ordenamiento italiano. A esto debe añadirse que la *Corte costituzionale*, aun habiendo negado, de conformidad con el artículo 21 Const. it., la posibilidad de que la autoridad judicial disponga providencias de secuestro sobre los periódicos que hubiesen vulnerado dicho derecho (53), posteriormente ha considerado posible que la propia autoridad judicial «prohíba la difusión de la imagen ajena y que la secuestre, incluso cuando la citada imagen, por encontrarse materialmente a disposición de una empresa periodística, deba considerarse destinada a la publicación en prensa» (54). Debe añadirse, por último, que es posible obtener siempre, también por vía judicial, la imposición de la obligación de la rectifi-

(51) A. PACE: *Nome, soggettività giuridica*, cit., pág. 105; y allí el acercamiento de la problemática del derecho a la identidad personal a la de la tutela de la reputación. Sin embargo, acerca de la cuestión, véase críticamente V. ZENO-ZENCOVICH: *Onore e reputazione*, cit., págs. 362 s.

En relación con la tesis que considera que la tutela de la identidad personal encontraría su fundamento en la posibilidad que corresponde a cualquier persona de dar una interpretación «auténtica» del propio pensamiento, véase A. BEVERE y A. CERRI: *Diritto di cronaca e di critica. Libertà di pensiero e dignità umana*, cit., pág. 212. Por contra, a mi entender (A. PACE: *ob. loc. ult. cits.*) «una vez que mis convicciones hayan sido manifestadas —y se encuentren, por tanto, “objetivadas”—, yo no dispongo de una autoridad superior a la de mis críticos. Puedo aclarar, corregir, rectificar; pero no tengo el poder de ofrecer, con efecto vinculante para terceros, la interpretación auténtica de las manifestaciones de mi personalidad».

(52) P. RESCIGNO: «Conclusioni», en VV. AA.: *Il diritto alla identità personale*, cit., pág. 192.

(53) *Corte cost.*, Sentencia 122/1970, en *Giur cost.*, 1970, págs. 1.530 y sigs., con nota de M. MAZZIOTTI: *Diritto all'immagine e Costituzione*.

(54) *Corte cost.*, Sentencia 38/1973, en *Giur. cost.*, 1973, págs. 354 y sigs., con nota de G. PUGLIESE: *Diritto all'immagine e libertà di stampa*.

cación (55) —además de, obviamente, la publicación de la sentencia de condena—, ya sea a cargo de las empresas periodísticas, ya a cargo de todas las empresas radiotelevisivas.

A pesar de lo que se acaba de exponer, reequilibrar en sede judicial una relación tan gravemente descompensada desde el punto de vista ontológico, es una operación que está perdida de salida, a la luz del presente derecho positivo y de las orientaciones actuales de la jurisprudencia.

Sin embargo, también es verdad que la jurisprudencia —no sólo italiana (56)—, para limitar la agresión de los *mass media* en la esfera privada, ha definido desde hace tiempo el criterio del «interés social de la noticia» (57), y lo ha puesto como requisito —verificable en cada caso por el juez— para el ejercicio de la libertad de crónica y, por consiguiente, también para la difusión de imágenes fotográficas y televisivas. No obstante, es evidente que un concepto tan genérico no es satisfactorio ni en cuanto a la tutela de la libertad de prensa, ni con referencia a la tutela del sujeto perjudicado. La amplísima discrecionalidad asignada en esta situación al juez hace de éste, en realidad, el verdadero legislador del caso concreto, con el consiguiente peligro tanto para la una (esto es, para la prensa), como para el otro (es decir, para el sujeto afectado) (58). En cambio, sería totalmente lógico que la indi-

(55) Artículo 8 de la Ley 47/1948, de 2 de febrero; artículo 10 de la Ley 223/1990, de 6 de agosto.

(56) En referencia a la situación análoga de otros ordenamientos véase, por ejemplo, E. BARENDT: *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1987, págs. 178 y sigs.; M. CARRILLO: *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1987, pág. 67; S. MATSUI: *Freedom of Expression in Japan*, National Report, XIII International Congress of Comparative Law, Montreal, 1990, pág. 13.

(57) *Corte costituzionale*, Sentencias 175/1971, 103/1973, 86/1974; *Cassazione* secc. un. pen., 30 de junio de 1984, *imp.* Ansaloni, en *Giur. cost.*, 1985, I, pág. 2.620; *Cassazione*, secc. I, civ., 18 de octubre de 1984, n. 5259, *ivi* 1985, I, pág. 2.635; *Cassazione*, secc. VI pen., 9 de enero de 1978, *imp.* Prestini, en *Cass. pen.*, 1979, pág. 537; *Cassazione*, secc. VI pen., 24 de abril de 1978, *imp.* Covi, en *Giur. it.*, 1979, II, pág. 162; *Cassazione*, secc. V pen., 22 de mayo de 1984, *imp.* Foli, en *Cass. pen.*, 1986, pág. 44; 5 de febrero de 1986, *imp.* Marrafino, *ivi*, 1988, pág. 1.174; 12 de diciembre de 1986, *imp.* Adami, *ivi*, 1987, pág. 2.117.

(58) Una confirmación de lo afirmado en el texto puede hallarse en la comparación de la Sentencia del *Tribunale* de Nápoles, 19 de mayo de 1989, *Maradona y otro c. Rusconi*, en *Dir. inf.*, 1990, págs. 530 y sigs., con la *ordinanza* del *Pretore*, Chieri, 3 de enero de 1990, *Cravero c. R.C.S. Rizzoli periodici*, en *Giust. civ.*, 1991, págs. 3.121 y sigs. Mientras el primer pronunciamiento considera lícita la reproducción de las imágenes (nunca difundidas hasta ese momento) de una niña de pocos meses, por el solo hecho de ser hija de un conocido futbolista, la segunda prohibió la publicación de las imágenes de una niña de tres años, conocida por el gran público por los rocambolescos sucesos de su llamada «adopción» internacional.

viduación de los límites de dichos derechos contrapuestos fuese efectuada por el Parlamento, a través de una ley, recurriendo a criterios menos evanescentes.

En segundo lugar, se debe subrayar que, al mismo tiempo que es posible reintegrar la situación jurídica de quien ha sido lesionado por una transmisión o por una publicación que contenían afirmaciones difamatorias falsas (en violación del derecho a la identidad personal), mediante la difusión en el mismo *medium* «incriminado» (59), como réplica, del fallo de la sentencia; dicho remedio no sólo es insuficiente, sino además contradictorio, en caso de violación del derecho a la privacidad y del derecho a la propia imagen (en sentido estricto). Por eso, en estos últimos supuestos, el único remedio consiste en la tutela indemnizatoria, que topa, por otra parte, con la actitud habitualmente bastante restrictiva de la jurisprudencia italiana en la liquidación del *quantum* (60).

De ahí la oportunidad de prever legislativamente —tanto en relación con las transmisiones televisivas como respecto de las publicaciones de prensa, levisas del derecho a la propia imagen y del derecho a la privacidad— la posibilidad de que la autoridad judicial imponga a la empresa de comunicación de masas que sea reconocida como responsable, una ingente reparación pecuniaria a título de «sanción» civil [«pena privada», *exemplary* (o *punitive*) *damage*] (61), no limitada únicamente a las hipótesis de difamación a través de la prensa (62), como sucede actualmente. En efecto, es razonable sostener que condenar a la empresa radiotelevisiva o editorial exclusivamente al resarcimiento de los daños sufridos por el actor, tomando como parámetro la situación personal del perjudicado (63), no constituye de por sí —ni puede consti-

(59) Por eso es contradictorio negar la orden de publicación del dispositivo de la sentencia de condena en una causa civil de resarcimiento de daños por difamación, aduciendo el largo tiempo transcurrido desde el cumplimiento del hecho (¡poco más de dos años!). En este sentido, véase. *Tribunale* de Roma, secc. I civ., 30 de septiembre de 1995, *Scalfari c. Sgarbi*, en *Giur. cost.*, 1996, págs. 1969 y sigs.

(60) Véase V. ZENO-ZENCOVICH: «Profili comparatistici dell'alchimia: la liquidazione dell'impalpabile», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, págs. 1.145 y sigs.

(61) Sobre la cuestión, véase V. ZENO-ZENCOVICH: *Onore e reputazione*, cit., págs. 275 y sigs., y allí las indicaciones de la doctrina italiana, tanto de la favorable como de la contraria a la extensión de la utilización de las penas privativas (*private fines*) en nuestro ordenamiento. En la jurisprudencia americana, véanse las decisiones *New York Times vs. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964), y sobre todo, *Gertz vs. Welch*, 418 U.S. 323 (1974); y también la argumentación desarrollada, en este sentido, por V. ZENO-ZENCOVICH: *ob. loc. cit.*

(62) Tal y como se preve actualmente en el artículo 12 de la Ley 47/1948, de 2 de febrero.

(63) ... el cual, en principio, no puede lograr del proceso una situación jurídica más ventajosa de aquella en la que se encontraba con anterioridad al ilícito.

tuir—, en último extremo, un eficaz refreno de comportamientos ilícitos similares por parte del propio medio, dado que el «coste» de la condena se compensa por regla general con el «beneficio» de las mayores entradas publicitarias que recibe dicha empresa como consecuencia de similares programas televisivos y servicios periodísticos.