

EL CONSENTIMIENTO Y LA NULIDAD DE LA RENUNCIA EN LA LO 1/1982, DE 5 DE MAYO DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN

MARÍA E. ROVIRA SUEIRO

Profesora Titular Derecho Civil UDC

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. | II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DEL ART.18 CE. 2.1. Bienes o derechos. 2.2. Su reconocimiento constitucional. | III. LA AUTORIZACIÓN Y LA RENUNCIA EN LA LOPHIPI. 3.1. Análisis del art. 2.2. 3.2. Análisis del art.1.3. | IV. CONCLUSIONES.

I. Introducción

De todos es conocido que se celebran negocios jurídicos que pueden afectar al honor y en especial a la intimidad y a la imagen de las personas, dichos negocios en muchas ocasiones han sido calificados como contratos, pero cabe preguntarse si es posible hablar de un auténtico consentimiento contractual teniendo en cuenta el ámbito en el que nos movemos y los propios términos de la LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante LOPHIPI) que no parecen del todo compatibles con una respuesta en sentido afirmativo.

Desde nuestra perspectiva, es importante no perder de vista que nos encontramos no sólo ante derechos de la personalidad sino también ante derechos fundamentales, lo que implica una realidad a nuestro entender incontrovertible, y es que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar son «irrenunciables», «inalienables» e «imprescriptibles» (art. 1.3 LOPHIPI) lo cual no es algo circunstancial o terminológico, antes al contrario

tiene una impronta inevitable que se traduce en la existencia de un deber de respeto de su contenido esencial (art. 53 CE) que ha de acatarse so pena de ignorar el valor que se deriva de la dignidad humana consagrada en el art.10 (CE).

Tal y como ha puesto de relieve BASTIDA FREIJIDO, «existe una relación recíproca entre esos derechos y la dignidad humana reconocida en el art. 10.1 CE. Ésta se irradia a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y que el intérprete de la CE estime inherentes a la persona, pero a su vez el concepto constitucional de dignidad queda circunscrito en la CE a los términos en los que dichos derechos están establecidos en su Título I. Los derechos fundamentales forman el núcleo de la CE, son «los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y político»¹.

Asimismo, el desarrollo de su ejercicio se deberá llevar a cabo mediante ley orgánica (art. 81.1 CE) no pudiendo ignorar tampoco que, al traer su causa de la protección de la dignidad, forman parte del patrimonio moral de la persona de modo que condiciona absolutamente su contenido, su desarrollo y su interpretación que, en la duda siempre deberá decantarse por la solución que sea más favorable a la vigencia de los derechos en cuestión

Lo afirmado hasta el momento resulta, por lo general, asumido sin ambages por la doctrina y por una jurisprudencia relativamente pacífica, no obstante, la perspectiva cambia cuando se traslada al ámbito del derecho a la propia imagen. Como señalamos al comienzo constituye una realidad a la que estamos más que acostumbrados el que se «comercialice» con determinados atributos personales y que, en no pocas ocasiones, constituya el único patrimonio que tiene la persona quien, por motivos de muy distinta índole, pero en todo caso con una indudable finalidad económica, lo rentabiliza al proporcionarle importantes beneficios económicos los cuales chocan profundamente con la presumible espiritualidad o extrapatrimonialidad de su origen. Lo anterior ocurre, como acabamos de señalar, de forma muy acusada en el ámbito del derecho a la propia imagen, en menor medida en la intimidad y apenas en relación al honor. Así las cosas, referiremos las cuestiones del presente estudio sobre todo al derecho a la propia imagen por resultar el más habitual y quizá el menos controvertido en apariencia en la medida en que se le presupone un régimen diferente a los otros dos derechos garantizados en el art.18 CE que presumiblemente facilitarían su inclusión en un contrato o negocio jurídico.

1 BASTIDA FREIJIDO, Francisco J., «Capítulo 1.º: Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales», en la obra colectiva *Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Francisco J. Bastida, Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Angel Presno, Benito Aláez, Ignacio F. Sarasola), Ed.Tecnos, Madrid, 2004, p.31.

Sin embargo, como trataremos de justificar en el presente trabajo, tal diversidad carece de justificación al menos de *lege data*, puesto que no se pueden exacerbar las peculiaridades de su régimen jurídico más allá de lo previsto en la LOPHIPI que se limita en su art. 8.2 a prever unas excepciones específicas y en su art. 9.2 a considerar la publicación de la sentencia, dentro del elenco de las medidas que pueden adoptarse y sólo aplicable al derecho al honor, pero ni siquiera es así tal y como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo (sentencia de 27 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1707)².

Es por ello que en las siguientes páginas trataremos de desmontar esa apariencia y poner en tela de juicio determinadas afirmaciones asumidas casi como lugares comunes y verdades incontrovertidas. La razón de ser semejante situación en la doctrina quizá sea consecuencia del abrumador peso de la realidad, pero a nuestro juicio está muy lejos de respetar su configuración legal actual. Como ha puesto de relieve SANTOS VIJANDE, «no se podrá ignorar, existan los contratos de cesión de explotación que existan, que el derecho a la propia imagen es irrenunciable e inalienable, que el consentimiento otorgado para la captación de la imagen puede ser revocado ad nutum en los términos establecidos por el art. 2.3 LO 1/82 y concretados en la STC 117/1994, y que, por ejemplo, toda intromisión ilegítima lleva aparejada la presunción legal de causación de un perjuicio en la persona del titular del derecho fundamental (art. 9.3)... Es evidente, pues, que no resulta posible construir un derecho absoluto del cesionario frente al cedente, excluyente de la legitimación procesal de éste, a imagen de los derechos reales sobre cosa ajena»³.

II. Naturaleza jurídica de los derechos del art.18 CE

Una primera cuestión que debe abordarse, aunque podría parecer excesivamente dogmática, es la que se refiere a la naturaleza jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen garantizados en el art.18 CE y protegidos civilmente en la LOPHIPI. Sin embargo, como se verá la concepción que se tenga mediatizará de manera ciertamente notable su aplicación. En tal sentido, tanto el que se trate de bienes o dere-

- 2 En concreto respecto a lo dispuesto en el art.9.2 LOPHIPI la sentencia sólo se publicaría cuando la intromisión ilegítima afectase al honor de la persona. En la que aparece citada en el texto se nos dice que dicha medida se ha adoptado en supuestos distintos al del honor y concluye que la actual redacción da por sentado la necesidad de publicar la sentencia en el caso del derecho al honor y no en los otros dos derechos de lo que no cabe concluir que no sea oportuno y que el Tribunal no lo conceda.
- 3 SANTOS VIJANDE, Jesús María, «Derecho a la propia imagen de artistas e intérpretes y explotación inconsentida de una obra audiovisual», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.7/2004, p.6.

chos de la personalidad, como que tengan el rango de fundamentales con caracteres de gran trascendencia en la práctica.

2.1. Bienes o derechos

Partimos de la concepción de DE CASTRO acerca de la persona, «la persona tiene un propio significado interno, un valor específico que se manifiesta —expresa o tácitamente— en las normas que le afectan; y sin que quepa apresarlos a conceptos abstractos o técnicos, se exterioriza en los principios jurídicos que imponen ese especial matiz (personal) a todas las relaciones jurídicas que implican directamente a la persona. La importancia básica, general y permanente de la persona para todo el ordenamiento jurídico, hace que se pueda designar a este aspecto como el significado institucional de la persona. Este significado institucional puede observarse directamente en el Derecho de la persona e indirectamente en todo el Derecho. Se deriva del valor intrínseco de la persona, de su especial dignidad, de su carácter de ser con propios fines, que el Derecho tiene que respetar y debe proteger (...)»⁴.

A nuestro entender dicha concepción no ha perdido vigencia en absoluto antes al contrario, la Constitución de 1978 es el reflejo más vívido de todos esos atributos y esos principios que dimanar de la dignidad del ser humano que es lo que lo convierte en persona, una realidad ontológica previa, *in prius* que condiciona cualquier ordenación y régimen jurídico cualquiera que sea el ámbito en el que nos movamos, público o privado.

Si tenemos en cuenta el papel axial de la persona como centro del ordenamiento jurídico, no podemos más que compartir la posición minoritaria acerca de su naturaleza jurídica en el sentido de no concebirlas como auténticos derechos subjetivos. En nuestra doctrina como abanderado de tal posicionamiento merece ser destacado el profesor DE CASTRO. Somos conscientes de que ésta no es la sede adecuada para una exhaustiva exposición del tema⁵, pero consideramos ineludible traer a colación sus principales ideas, aunque sea de forma muy sucinta. Sostiene el insigne civilista que «la potestad sobre sí mismo (libre arbitrio, libertad jurídica) es cierto que implica facultades de uso y ejercicio, mediante las que se desenvuelve y exterioriza la personalidad; en cambio, no tiene el hombre un derecho dominical inmemorable su... se confunde la posibilidad de hacer, de negociar... con el *ius dominativum* o poder concreto sobre un bien externo»⁶, reiterando lo inadecuado de aplicar en este ámbito el concepto de derecho subjetivo

propone utilizar como figura central la del bien jurídico en lugar de la derecho subjetivo⁷, «se tratará de bienes no materiales, aquellos que han sido considerados objetos de los derechos de la personalidad y a lo que se refiere constantemente la práctica y la doctrina en las fórmulas del daño moral y “de pecunia doloris”»⁸.

En la actualidad la mayoría de los autores se muestran partidarios de su consideración de auténticos derechos subjetivos intentando eso sí superar el obstáculo que supone para tal concepción el que se trate de derechos indisponibles, inherentes, innatos, no transmisibles etc⁹. En tal sentido, no es extraño que tengan que introducir en su discurso importantes salvedades que los acercan, sin duda, al posicionamiento del profesor DE CASTRO. Así por ejemplo MARTÍNEZ DE AGUIRRE afirma que «en cuanto tales derechos responden, en sus rasgos fundamentales, al concepto convencional de derecho subjetivo: en efecto, este puede ser conceptualizado como un ámbito de poder concedido a una persona (su titular) sobre un objeto. Pues bien, en el caso de los derechos de la personalidad, tal ámbito de poder existe, aunque su contenido es fundamentalmente negativo, y consiste en la facultad de excluir la actuación (lesiva) de los demás en relación con el objeto protegido. Sin embargo, no existe, como veremos a continuación con mayor detalle, un verdadero poder de disposición del titular en relación con dicho objeto»¹⁰, de ahí que algunos sostengan «la nota distintiva de los derechos de la personalidad, que justifica su carácter de «derechos subjetivos peculiares, no asimilables a ningún otro»¹¹.

Además no se puede dejar de poner en evidencia que su consideración de bienes de la personalidad es la acepción que mejor encaja con la ya aludida posición institucional de la persona como centro del ordenamiento jurídico, cuya dignidad reconocida en la Constitución (art.10) ha trastocado incluso construcciones tradicionales muy consolidadas de instituciones que podíamos pensar que estaban lo suficientemente alejadas como para poder susstraerse de su influencia y que sin embargo no ha ocurrido así (a título meramente ilustrativo baste recordar la impronta en el ámbito de la autonomía privada, en el derecho de propiedad, etc). Su consideración como bienes es la que proporciona una mayor y mejor protección.

7 Vid. DE CASTRO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad», *op. cit.*, p. 1264.

8 Cfr. DE CASTRO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad», *op. cit.*, p. 1262.

9 LACRUZ y Otros, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Persona*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, Tomo I, vol.1.º, pp. 58-60.

10 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Los derechos de la personalidad» en la obra colectiva *Curso de Derecho Civil. Derecho de la persona*, Ed. Edisofer, Tomo I, Vol.I, Madrid, 2016, p. 271.

11 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *op. cit.*, p. 266.

4 DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Ed. Cívitas, Madrid, 1984, pp. 32-33.

5 Acerca de un tratamiento más específico de esta cuestión vid DE CASTRO, Federico «Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales», *ADC*, 1959, núm. 12, vol.4, pp. 1250 y ss.

6 Cfr. DE CASTRO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad», *op. cit.*, p. 1200.

En cualquier caso, lo anterior no es óbice para que empleemos el término derecho para referirnos al honor, intimidad y a la propia imagen, pero a sabiendas de que ello no supone considerarlos auténticos derechos subjetivos pues, como acabamos de afirmar, dadas sus características, sobre todo su indisponibilidad, difícilmente encuentran encaje en la categoría de derechos subjetivos al menos en su concepción original.

2.2. Su reconocimiento constitucional

En nuestro ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 parte de los derechos de la personalidad tienen además la consideración de derechos fundamentales, lo cual como es sabido afecta no sólo su protección, puesto que la vulneración de los mismos puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sino y, ante todo, por lo que a este contexto interesa, a su desarrollo legislativo como ya hemos avanzado. En tal sentido, es preciso resaltar que el principal marco normativo de estos derechos en tanto fundamentales lo constituye la ya mencionada LOPHIPI. Se cumplen, por lo tanto, las previsiones del art. 81.1 CE respondiendo a la finalidad de delimitar el ámbito constitucionalmente protegido de esos derechos en tanto fundamentales, es decir, su contenido esencial (art. 53.1 CE) aquel que, precisamente, sustenta y legitima la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, como ha puesto de relieve la doctrina dicho calificativo tiene al menos dos consecuencias importantes¹²: por una parte, la existencia de un contenido esencial al que ya he aludido que ha de ser respetado por todos los poderes públicos, incluso por el propio legislador, para quien también resulta indisponible. Y por otra parte, aunque la ley no se ocupe de forma exhaustiva —porque no es su cometido— de regular determinados temas capitales en el ámbito del derecho civil (como sería el derecho patrimonial sobre la imagen, la posible explotación y los negocios jurídicos sobre la misma), sí resulta incuestionable que no se puede construir un derecho patrimonial sobre la imagen o sobre la intimidad, como derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios y comerciales, independientemente de o al margen del contenido esencial que del mismo se recoge en la Ley Orgánica 1/82, en cuanto parámetro de constitucionalidad, el cual resulta de todo punto relevante para determinar el alcance de sus posibles repercusiones de índole patrimonial. Como nos recuerda la Exposición de Motivos de la LOPHIPI «el desarrollo mediante la correspondiente Ley Orgánica, a tenor del artículo ochenta y uno, uno, de la Constitución del principio general de garantía de tales derechos...constituye la finalidad de la presente ley». Consecuentemente entendemos que no se

podrá construir un derecho patrimonial sobre la propia imagen ignorando ciertos principios sentados por la LO 1/1982, derivados de la naturaleza «fundamental» de ese derecho, y ello tanto en relación con los daños causados por una intromisión ilegítima como por lo que atañe al consentimiento prestado para la captación, difusión y publicación de la imagen propia.

A lo que se ha de añadir, en nuestra opinión como incuestionable, que las conductas descritas en el art. 7 de la LOPHIPI realizadas por quien carece de consentimiento para ello o por quien se excede en los límites del consentimiento dado, constituyen genuinas vulneraciones de los derechos reconocidos en el art.18 CE.

En todo caso, las del mencionado art. 7 son intromisiones ilegítimas que identifican el contenido esencial del derecho, y que integran, por tanto, un objeto indisponible e inalienable. Es más, de no ser así el legislador debería haber excluido expresamente el carácter orgánico de algunos preceptos como lo ha hecho en numerosas ocasiones. Además, no se puede renunciar a la protección especialmente dispensada por la Ley Orgánica 1/1982 frente a tales intromisiones, con independencia de que en casos concretos no se acuda, porque no se quiera a las medidas judiciales previstas legalmente, tal y como trataremos de justificar a lo largo del presente trabajo.

III. La autorización y la renuncia en la LOPHIPI

Si partimos de los postulados anteriores los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son bienes de la personalidad y además se trata de derechos fundamentales.

Se caracterizan por ser indisponibles e irrenunciables, claramente así lo dispone el art.1.3 LOPHIPI «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible». De ahí que tenga todo el sentido preguntarnos por el alcance de aquellos otros preceptos de la LOPHIPI que, por un lado, permiten consentir intromisiones en estos derechos y, por otro lado, califican de nula la renuncia a la protección prevista en la misma.

En tal sentido, procede plantearnos la compatibilidad entre dos previsiones legales supuestamente contradictorias como serían: la validez del consentimiento otorgado y la nulidad de la renuncia.

3.1. Análisis del art. 2.2

Para poder afrontar la cuestión relativa a la eventual compatibilidad entre dos previsiones legales que podrían constituir una antinomia como serían la validez del consentimiento y la nulidad de la renuncia, debemos tomar como punto de partida lo establecido en el art. 2.2 de la LOPHIPI respecto del con-

12 En este sentido *vid.* SANTOS VIJANTE, Jesús María, *op. cit.*, p.7.

sentimiento el cual establece que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (...)» en relación a la renuncia dispone en el último inciso del art.1.3 LOPHIPI es «la renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley».

Por lo que atañe al primero, esto es, al consentimiento, nos lleva a cuestionar su naturaleza jurídica. En tal sentido, consideramos que constituye en puridad una autorización por cuanto su efecto es precisa y únicamente el suprimir el carácter ilícito de la conducta lesiva. Es decir, produce la inexistencia de intromisión ilegítima y no, como podría pensarse a primera vista, el efecto del nacimiento de la obligación de soportar la intromisión y el correlativo derecho de la persona beneficiaria a realizarla y ello por varias razones que trataremos de exponer resumidamente a continuación:

1.ª) Porque no podría concebirse una obligación, un vínculo jurídico del que pudiera desligarse una persona por su simple voluntad. Ello se deduce del art. 1256 del CC, cuando afirma que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y sin embargo en este contexto sí sería permitiría dados los términos en los que se concibe la facultad de revocación en el art. 2.3 de la LO 1/1982 como veremos más adelante.

2.ª) Porque una obligación de tales características sería contraria a la ley, a la moral y al orden público, límites de la autonomía privada (art. 1255 CC). Las características propias de los derechos garantizados en el art.18 CE son incompatibles con los negocios jurídicos de disposición de los mismos en el sentido indicado, esto es, en el de originar el nacimiento de la obligación de soportar la intromisión.

Por lo demás, a nuestro juicio, dados los propios términos y el contexto legal ese consentimiento deberá ser expreso, lo que descartaría los consentimientos tácitos y presuntos, afirmación no exenta de polémica pero que consideramos que no sólo concuerda con el tenor literal, sino que vendría avalada por los trámites de su elaboración parlamentaria los cuales permiten concluir que dicho carácter expreso no ha sido algo casual sino que se introdujo intencionadamente puesto que no constaba en los primeros borradores, de hecho el Proyecto de Ley de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹³ fue modificado en el Informe de la Ponencia, para exigir el carácter expreso del consentimiento (art. 2.2 LO 1/1982)¹⁴. Asimismo, cabe añadir que la LOPHIPI ha sido objeto de varias

13 BOC, núm. 104-I, de 19 de diciembre de 1979.

14 BOC núm.104-I, de 2 de junio de 1981.

reformas, ninguna de las cuales planteó la posibilidad de eliminar o matizar la exigencia del carácter expreso de dicho consentimiento¹⁵.

En contra, no obstante algunos autores sostienen que el tenor del mencionado precepto no excluiría la validez de los consentimientos implícitos o tácitos pues considera que el «principio general de los propios actos puede cubrir suficientemente ese ámbito»¹⁶. Sin embargo, a nuestro juicio, los propios actos tienen otra virtualidad que es la delimitar el ámbito de protección, en tal sentido resulta muy elocuente la Exposición de Motivos de la Ley «además de la delimitación que pueda resultar de la leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y personas». Es más en todo caso como apunta CLAVERÍA se aplicarían como norma de interpretación, afirmación que realiza en relación a los posibles contratos de cesión de estos derechos¹⁷.

Sea como fuere, la exigencia de que ese consentimiento sea inequívoco, o dicho en otros términos que esa autorización sea inequívoca, son expresiones puestas reiteradamente de manifiesto por el Tribunal Constitucional. Así por ejemplo la STC de 24 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:27), que tenía por objeto la polémica suscitada como consecuencia del uso periodístico de imágenes ya publicadas en Facebook, consideró que se trataba de una utilización ilegítima precisamente por la ausencia de consentimiento expreso¹⁸. Tampoco el hecho de que pueda accederse libremente a la fotografía del perfil de una cuenta «constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art.2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, como excluyente de la ilicitud de la capta-

15 Las leyes que modificaron la LOPHIPI fueron la LO 10/1995, de 23 de noviembre (modificó el párrafo 7 del art.7) y la LO 5/2010, de 22 de junio que añadió un párrafo al art.4, otro al art.7 y cambió la redacción del art.9.

16 LACRUZ y Otros, *op. cit.*, p.100. También son partidarios de la no necesidad de que el consentimiento sea expreso O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xabier, «El derecho a la intimidad» en la obra colectiva *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Vol.1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p.661; MARTÍN MORALES, Ricardo, *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1994, p.50; CASAS VALLÉS, Ramón, «El derecho a la propia imagen: el consentimiento y su revocación», *Poder Judicial*, núm. 14, 1988, p.134; ROYO JARA, José, *La protección del derecho a la propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1987, p.98.

17 CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, ADC, vol.47, núm.3, 1994, pp. 31-69 especialmente pp. 57 y 58.

18 En un sentido semejante *vid.* STS de 20 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3140).

ción, reproducción o publicación de la imagen de una persona(…)» (STC 21 diciembre 2021, ECLI:ES:TS:2021:4896).

Además, una interpretación en sentido contrario vaciaría de contenido el criterio de la propia conducta del titular del derecho que se utiliza para delimitar el ámbito de protección en cada caso concreto, pero que no puede originarse en elemento que elimine la antijuridicidad de una conducta constitutiva de intromisión ilegítima *ex art. 7 LOPHIPI*. En efecto, los propios actos junto con los usos sociales se erigen en parámetros esenciales para determinar la esfera de protección, habida cuenta de que estamos ante derechos muy permeables a los cambios sociales, pero que no pueden parangonarse con el valor del consentimiento.

3.2. Análisis del art.1.3

Por su parte el art. 1.3 LOPHIPI de manera concisa establece que «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es inrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley».

Respecto de esta previsión legal DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS sostienen que «es nula cualquier renuncia entendida tanto como renuncia global al derecho, cuanto como renuncia a la protección legal en casos determinados. Se permite, sin embargo, según veremos, el consentimiento o autorización para la intromisión, que en cierta medida comporta renuncia a la protección legal»¹⁹. Por nuestra parte, no podemos compartir tal afirmación. En efecto, la cuestión que se plantea entonces es si dicho consentimiento considerado como autorización en sentido estricto implica, además de eliminar la ilicitud, renunciar a la protección que brinda la LO 1/1982.

La respuesta creemos que debe ser negativa porque si la autorización se concibe como renuncia aquélla debería ser nula dado que así lo prevé la LO 1/1982, en el segundo inciso de su art. 1.3 que señala expresamente que «la renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula (...)».

Si se considera que la autorización implica renuncia, habría que admitir que la Ley, al tiempo que declara la nulidad de la renuncia, admite su validez cuando admite sin ambages la posibilidad de una autorización, lo cual en definitiva constituiría una evidente contradicción legal.

Así las cosas, entendemos que la renuncia a la protección será siempre nula, por lo que la validez de la autorización no puede suponer la validez de

la renuncia. Y en tal sentido, es preciso poner de relieve que autorización y renuncia son dos figuras distintas:

- En primer lugar, la autorización no implica renuncia, sino sólo concesión de licitud a la intromisión, supresión del carácter ilícito de la conducta.
- En segundo lugar, son distintas autorización y renuncia porque, si bien como consecuencia de la licitud de la intromisión, en el caso de otorgarse autorización, desaparece la posibilidad de ejercicio de las acciones protectoras, este efecto no se desencadenará necesariamente por cuanto la revocabilidad de la autorización hace posible el rebrote de la ilicitud. Consiguientemente, con la autorización no se pierde la protección dispensada por la ley, como ocurriría si se tratara de una renuncia.

Por lo demás, los términos en los que se regula la facultad de revocar²⁰ el consentimiento prestado no hace sino refrendar lo afirmado anteriormente en relación a su naturaleza jurídica. En concreto, el art. 2.3 LOPHIPI establece que «el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

De lo que cabe colegir que la revocación así concebida tiene carácter recepticio, lo que a su vez significa que no surte efecto hasta que el destinatario de la revocación tiene conocimiento de la misma o debió haberlo tenido. Además, se trata de una revocación *ad nutum*, lo que supone que no es necesario invocar una justa causa para llevarla a cabo, la cual se puede hacer en cualquier momento produciendo efectos hacia el futuro, no siendo posible su eficacia retroactiva. Asimismo, el ejercicio de la revocación no está sometido a condición alguna. En este sentido afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que «una interpretación literal del texto da la impresión de que no hay subordinación de la eficacia revocatoria al pago de una indemnización pues se indemnizan los perjuicios «causados», es decir lo seguidos a la producción de efectos»²¹, a lo que cabría añadir: si es que se causan, porque no necesariamente habrá perjuicios sobre todo cuando ésta sea ejercida en un corto lapso de tiempo después de otorgada la autorización.

Es más, en nuestra opinión cuando ha querido que así fuese lo ha previsto expresamente como ocurre en el caso de la facultad de arrepentimiento del derecho moral de autor. De forma clara lo encontramos en el art.14 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI). En concreto el párrafo 6 del mencionado precepto de manera indubitada, dentro de

19 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Intromisión. Derecho de la persona. Autonomía privada*. Persona Jurídica, Vol.I, Ed. Temes, Madrid, 2012, p. 342.

20 Los cuales han sido bastante criticados por autorizada doctrina vgr. LACRUZ y otros, *op. cit.*, p.102.

21 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.*, p. 349.

las facultades que integran el derecho moral del autor de una obra, permite su retirada del comercio, previa indemnización de los posibles daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación, y con reserva a favor de éstos de un derecho preferente a la explotación de la obra en el caso de que el autor decidiese reemprender la misma y siempre que concurra las causas legalmente previstas —cambio de convicciones intelectuales o morales del autor—, por lo que además de condicionar la revocación al pago previo, exige la concurrencia de causa de ahí que tampoco podría hablarse de revocación *ad nutum*.

Por ello, la obligación de indemnizar los daños causados no puede ser interpretada como una condición de la revocación, sino que lo único que pretende es reparar el empobrecimiento que se le haya podido ocasionar al beneficiario de la autorización como consecuencia de la misma.

Otra conclusión supondría ignorar las exigencias de la posición y del significado institucional de la persona en nuestro ordenamiento jurídico, cuya dignidad difícilmente se puede conciliar con cualquier tipo de condicionamiento de su eficacia y con la eventual disposición de sus atributos a través de un negocio jurídico.

En tal sentido parece alinearse el Tribunal Constitucional, así en su sentencia 117/1994, de 25 de abril²² señala que «el derecho a la propia imagen ..., que disfruta de la más alta protección en nuestra Constitución y constituye un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular..., es irrenunciable en su núcleo esencial y por ello, aunque se permita autorizar su captación o divulgación, será siempre con carácter revocable». Además, a continuación afirma que «cierto que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado». Sigue el tribunal razonando que «al tratarse del ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó bene-

ficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia, dejando sin efecto la autorización que es una facultad excepcional otorgada». A continuación, reconoce que, si bien no cabe duda alguna de que la revocación puede producirse «en cualquier momento» (art. 2.3 LO 1/82), ello no autoriza a que sus efectos se apliquen a situaciones pretéritas (retroactividad), «trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas».

Por lo tanto, se puede afirmar siguiendo al propio Tribunal Constitucional que ese carácter irrenunciable forma parte de su núcleo esencial, del contenido esencial de estos derechos que se configura a través de la LOPHIPI la cual además en ningún momento establece salvedad alguna, como ya hemos afirmado anteriormente, del carácter ordinario de alguno de sus preceptos. Todo lo cual permite concluir que, cuando en el art. 7.6 LOPHIPI se considera intromisión ilegítima el uso de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, se trata del contenido esencial del derecho a la propia imagen²³, aun cuando pueda ser discutible su oportunidad.

Por lo demás, siguiendo con la configuración legal del consentimiento procede recordar que en virtud del art. 2.3 LOPHIPI el consentimiento prestado

23 En relación a lo afirmado en el texto cabe añadir también que discrepamos abiertamente con lo afirmado por PASCUAL MEDRANO, Amelia, («Personaje públicos y derecho a la propia imagen» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.17/2005, p. 3) quien sostiene que el derecho a la propia imagen a la vista de su desarrollo en la LO 1/1982 «comprende no sólo la imagen en sentido estricto, esto es, la representación gráfica de la figura humana de forma reconocible, sino también a la voz y al nombre de las personas. Las facultades, el poder o el ámbito de libertad concreto que concede el derecho difiere, sin embargo, en ambos casos. El titular de este derecho está facultado para decidir acerca de la captación, reproducción o publicación de su propia imagen, cualquiera que sea la finalidad de dichos usos (art. 7.5 LO), mientras que, respecto al nombre y a la voz, únicamente dispone de la facultad de decidir sobre su utilización comercial». En nuestra opinión, es cierto que la amplitud que se desprende del tratamiento que la LOPHIPI hace del derecho a la propia imagen incluyendo no sólo el aspecto físico de la persona sino también el nombre y la voz de la persona cuando se trate de fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, no debe llevarnos a negar esa dimensión el carácter que tiene de derecho de la personalidad que dimana de la garantía de la dignidad de la persona. En tal sentido, consideramos que lo afirmado por la autora supone hacer caso omiso de la importancia que los rasgos identificadores de la persona no se agotan en su aspecto físico, sino que van más allá. Por otra parte, tampoco podemos compartir la consideración como sinónimos de los términos empleados en el art. 7.6 LOPHIPI, esto es, reducirlo todo a fines comerciales cuando en realidad éstos no tienen por qué coincidir con los fines publicitarios sino que pueden servir a otros distintos de los meramente económicos o crematísticos y ser exclusivamente divulgativos porque el mencionado artículo complementa lo dispuesto en el apartado 5 que sólo alude a la captación, reproducción y publicación que no necesariamente no alcanza la divulgación.

para autorizar una intromisión que en otro caso sería ilegítima «será revocable en cualquier momento».

Ante esta previsión, un sector de la doctrina discute la virtualidad de la revocación cuando medie un contrato, dado su carácter vinculante que traería causa del reconocimiento por nuestro ordenamiento del principio de la autonomía de la voluntad²⁴.

Sin embargo, a nuestro modo de ver el tenor de la LO 1/1982 no ofrece dudas acerca del carácter indisponible de la revocación y así puede deducirse también de la mencionada STC 117/1994 cuando afirma que «el derecho a la propia imagen ..., que disfruta de la más alta protección en nuestra Constitución y constituye un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular..., es irrenunciable en su núcleo esencial y por ello, aunque se permita autorizar su captación o divulgación, será siempre con carácter revocable». Desde nuestra perspectiva está conociendo la facultad de revocar con el respeto del núcleo duro de los derechos del art.18 CE por lo que ésta formaría parte de su contenido esencial.

En ese mismo pronunciamiento en relación a la eficacia y presupuestos de la facultad revocatoria sostiene que en los casos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la LO 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio. Tal idea la concreta en el Fundamento 6, cuando señala como requisitos de la revocación que se desprenden de la regulación legal, si existen relaciones contractuales previas los siguientes: acreditar circunstancias tales como que la revocación procede del propio titular del derecho; expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige (incluso publicación en caso necesario); tener lugar en momento en el que todavía el derecho cedido pueda ejercitarse, y, por último, indemnizar los daños y perjuicios; requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro, sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancias de la revocación, particularmente en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes.

Asimismo afirma el Tribunal Constitucional que, «al tratarse del ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo trans-

mitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia, dejando sin efecto la autorización que es una facultad excepcional otorgada».

La sentencia que venimos analizando ha tenido un indudable alcance y se ha convertido en el punto de partida de numerosos pronunciamientos posteriores tanto del mismo Tribunal como del Tribunal Supremo. Por lo que respecta a este último, cabe traer a colación la sentencia de 9 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:884) la cual recoge expresamente la STC 117/1994 reproduciendo literalmente parte de su fundamentación jurídica, pero yendo un poco más allá alude a la STC 81/2001, de 26 marzo en la que se declara que «por el contrario, sí conviene destacar que, de lo que llevamos dicho se desprende que, como ya se apuntó en la STC 231/1988, F. 3 y, sobre todo, en la STC 99/1994, el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial in consentida —e incluso en determinadas circunstancias la consentida— de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen. «Es cierto que en nuestro Ordenamiento —especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen— se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de «la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma» (STC 170/1987, de 30 de octubre, F. 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter «personalísimo» (STC 231/1988, F.3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo».

Vemos cómo distingue entre un derecho de la personalidad y un derecho patrimonial a la imagen²⁵, pero incluso respecto de este último reconoce que también se puede ver afectado el derecho fundamental, para dar después otro paso en sentido contrario al afirmar en el caso enjuiciado que no afecta a su «esfera constitucional amparada por el artículo 18.1 de la Constitución y por la Ley Orgánica 1/1982, pues, en punto a la tutela que ésta

24 En este sentido por ejemplo CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, ADC, vol. 47, núm. 3, 1994, pp. 31 a 69 especialmente p. 65 literalmente nos dice que «La figura del contrato, en cuanto que, entre otras consecuencias, implica irrevocabilidad, muestra su neta superioridad sobre la fórmula de la Ley 1/1982».

25 En un sentido semejante vgr. STS de 26 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:601)

dispensa, no cabe apreciar la afectación a la dignidad de las personas y el subsiguiente perjuicio en la esfera moral que, en último término, constituye el fundamento de la protección que otorga».

Curiosamente, al final el Tribunal Supremo en la sentencia que venimos comentando concluye que «en los supuestos en los que la persona haya cedido la explotación de los derechos sobre su imagen en virtud de un contrato y con fines publicitarios, de modo que el objeto del contrato es la propia imagen, además de lo dispuesto en la citada Ley Orgánica 1/1982, habrá que estar al contenido del contrato, y a su interpretación». Semejante afirmación no deja lugar a dudas de que en primer lugar habrá que estar a lo previsto en la LOPHIPI, de lo que cabe colegir que la mencionada ley mediatiza necesariamente la interpretación que se haga del contrato y se erige en la primera fuente a la que hay que atender relegando a un segundo plano el contenido del contrato.

Además, resulta contradictoria con lo hemos apuntado en el sentido de distinguir algo que no se debe distinguir al menos partiendo de cómo se ha plasmado y cómo se ha fraguado, porque *de lege lata* la ley dice lo que dice, sin que, por añadidura, se trate de una ley cualquiera, sino de una ley cuya finalidad es el desarrollo del ejercicio de un derecho fundamental.

Además, el propio Tribunal Supremo (en la sentencia que estamos analizando de 9 de marzo de 2021) siguiendo una senda contradicciones excluye por una parte la dimensión patrimonial del ámbito de la LOPHIPI y por otra señala que «de la jurisprudencia reseñada resulta que la utilización de la imagen con fines publicitarios y comerciales está sometida a las exigencias de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de modo que es preciso el consentimiento de la persona, que puede ser revocado indemnizando los daños causados (arts. 2, 3 y 7.6). Por ello, cuando la explotación comercial se haya producido sin consentimiento de la persona, bien porque no se haya pactado, bien porque se haya revocado, puede apreciarse intromisión ilegítima, pues la decisión sobre la explotación de la imagen corresponde a la propia persona (sentencias de esta sala de 9 de mayo de 1988, 344/2003, de 1 de abril, 11/2004, de 22 de enero, 219/2014, de 8 de mayo, y 266/2016, de 21 abril)». Desde nuestro punto de vista, si está excluida de la LOPHIPI no tiene sentido alguno que se acuda a la misma en cuanto al régimen de la revocación del consentimiento, sin perjuicio de que por nuestra parte consideramos que sería lo correcto precisamente porque la ley prevalece sobre el contrato.

En cualquier caso, como hemos advertido desde el comienzo no se trata de una conclusión pacífica. La contractualización de los derechos de la personalidad, en concreto de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen ha dado lugar a importantes discusiones doctrinales siendo la que aquí se defiende claramente minoritaria. Como exponente de los autores partici-

rios la misma²⁶, destaca CLAVERÍA GOSÁLBEZ quien lleva a cabo un exhaustivo estudio de las distintas hipótesis que podrían plantearse. En concreto analiza: 1) el contrato, 2) el acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial, 3) el acto unilateral *inter vivos* y 4) el acto dispositivo *mortis causa* (contenido en testamento)²⁷. De forma sucinta trataremos de exponer las principales ideas apuntadas en cada uno de los supuestos por parte del autor. En relación al contrato señala que se trata de un contrato atípico en el que, dadas las infinitas posibilidades que cabrían, propone una interpretación restrictiva o estricta del consentimiento pero que no implique la exclusión de las llamadas normas de interpretación objetiva de los contratos (arts.1286 y ss CC), ni de la norma relativa al principio de conservación del negocio (art.1284 CC) ni la reguladora de la integración (art.1258 CC); aconseja la forma escrita y de *lege ferenda* considera que debería exigirse *ab substantiam*. Con relación a la revocación la sitúa básicamente en el ámbito temporal del contrato, señalando que se debería estipular un plazo de duración máxima durante el cual nos será posible la revocación, sólo parece aceptarla en los supuestos de contratos de duración indefinida o no pactada o duración desproporcionada entendiendo por tal los que excedan de dos años. En los demás casos no considera que existan motivos para desligar el contrato del marco general de los arts.1091, 1256, y 1258 CC y sí cree que cabría pactar una cláusula penal para el caso de revocación *ex arts.1152 y ss CC*.

En relación al acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial²⁸ considera que no ha sido contemplado directamente en la LOPHIPI pues en ella se alude a la necesidad de indemnizar los daños provocados por la revocación y añade que este negocio produce el efecto de convertir en legítimas intromisiones que de otro modo no lo serían y considera que el régimen aplicable sería el mismo que el anterior. Sin embargo, a nuestro juicio no sería posible llegar a semejante conclusión pues el acto *inter vivos* sin contenido patrimonial es el supuesto normal de la LO 1/1982. Es más, sería el que tiene un mejor encaje habida cuenta de las características de los derechos que estamos comentando. Como han puesto de relieve Díez-PICAZO y GULLÓN²⁹ no hay que olvidar que la indemnización, tal y como literalmente se desprende del tenor de la ley y como pusieron en su día de relieve se refiere

26 No ven problema alguno en que estos derechos sean objeto de contrato CARRASCO PERERA, Ángel. «Los derechos de la personalidad» en la obra colectiva *Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 153; GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, «Imagen, (derecho a la propia)», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XI, p. 341; IGARTUA ARREGUI, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp.104 y ss.

27 CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis-Humberto, «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad y propia imagen», *ADC*, vol. 47, núm. 3, 1994, pp. 31 a 69 especialmente pp. 54 a 65.

28 CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis-Humberto, *op. cit.*, pp.65-66

29 *Vid. Supra* nota 21.

a «causados», utiliza el pasado, por lo tanto, se alude a algo que ha ocurrido, consiguientemente procederá sólo si se causan, lo cual no necesariamente ocurre sobre todo cuando nos encontremos ante un acto unilateral sin contenido patrimonial.

Para CLAVERÍA GOSALBEZ la tercera hipótesis que se plantea es la de «el acto unilateral *inter vivos* de la Ley Orgánica 1/1982», y por lo que respecta al mismo sostiene que «parece concebirse en un principio como un acto legitimador de la intromisión para luego devenir el cauce de la explotación económica de imagen e intimidad, al contemplarse la indemnizabilidad de los daños y perjuicios causados por la revocación, incluyendo en ellas las expectativas justificadas (núm. 3 del art. 2)»³⁰ y acaba sosteniendo que el régimen jurídico sería el mismo que el supuesto anterior, lo que le lleva a aconsejar la vía del contrato como medio para evitar la aplicación de la LO 1/1982. A nuestro juicio tal conclusión supone, como ya hemos advertido, exacerbar el valor del contrato en un ámbito en el que la autonomía privada encuentra importantes limitaciones.

Finalmente, el cuarto supuesto al que hace referencia es la disposición a través de testamento³¹. Toma como punto de partida, las muchas y variadas posibilidades que puede tener su contenido y régimen jurídico y reputa válido, en general, lo afirmado en relación a los actos *inter vivos*, a lo que añade la posible aplicación de lo previsto en los arts. 663, 688, 767, 880 y 902 CC. A mayor abundamiento señala que «parece que, tras la muerte del titular, su honor, su intimidad o su imagen no merecen la calificación de derechos fundamentales. Es muy probable que los poderes del difunto se hayan conferido por éste a la misma persona encargada de defender tales intereses ex arts. 4 y ss. de la Ley 1/1982; pero no veo necesario que así sea»³². Nosotros partimos no de que ya no merezcan la calificación de derechos fundamentales, lo que ocurre es que con respecto al testador ya no existen como tales pues ya ha extinguido su personalidad. Como recoge la Exposición de Motivos de la LOPHIPI «en los artículos cuarto al sexto de la ley se contempla el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado. Las consecuencias del mismo en orden a la protección de estos derechos se determinan según el momento en que la lesión se produjo. Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolonga-

ción de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente»³³.

Consiguientemente, desde nuestra óptica, no cabe la posibilidad apuntada por este autor. Consideramos que en realidad lo que se contempla en el mencionado art. 4 es que la persona designada al efecto pueda ejercitar cualesquiera de las medidas judiciales del art. 9 LOPHIPI frente a una intromisión no consentida en los derechos del art. 18 CE. Dicho de otro modo, no se debe confundir la concesión expresa de legitimación a una persona distinta de su titular, —para la defensa de su memoria una vez fallecida—, por las razones que se plasman en la Exposición de Motivos, con algo muy diferente como es la disposición del valor económico de un bien de la personalidad en favor de un tercero para después de la muerte de su titular, cuando no se trate de hacer frente a intromisiones ilegítimas, entre otras cosas por algo tan evidente como que ese bien se ha extinguido con ella (art. 32 CC) y no hay más previsiones que las puestas ya de relieve, las cuales, en nuestra opinión están bastante alejadas de lo previsto, por ejemplo, en los arts. 15 y 16 TRLPI en relación al derecho moral de autor puesto que varias de sus facultades son claramente ejercitables *post mortem*³⁴, en cuyo caso no habría obstáculo alguno para la disposición de las mismas *mortis causa*, amén de que se trata de un derecho que tiene un claro contenido patrimonial legalmente reconocido y regulado.

Volviendo a los derechos del art. 18 CE, es cierto que en el testamento se presta a diseñar muy distintas situaciones, pero en la hipótesis de que se hubiera dispuesto por testamento su explotación comercial ésta estaría a expensas de no ser impugnada por la persona designada ex art. 4 LOPHIPI puesto que de serlo dicha explotación sería constitutiva de intromisión ilegítima por falta de consentimiento salvo que pudiera apreciarse la concurrencia de algunas de las causas previstas en el art. 8 LOPHIPI.

33 Cfr. Exposición de Motivos de la LOPHIPI.

34 En este sentido los artículos 15 y 16 TRLPI establecen respectivamente que «1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos. 2. Las mismas personas señaladas en el número anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el apartado 1.º del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40.» y por su parte el art. 16 «Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo».

30 Cfr. CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis-Humberto, *op. cit.*, p. 66

31 En concreto afirma que «por ejemplo, un heredero o legatario pueden explotar la intimidad o la propia imagen del testador, siempre que se den los requisitos que he reputado exigibles en caso de contrato (no en los casos de acto unilateral *inter vivos*, que permiten más amplitud, a saber revocación, pues ésta no cabe tras la muerte del disponente, salvo que se les confiriese ese poder revocatorio a dichos heredero o legatario o a un albacea). Cabe también disponer en testamento en favor de una sociedad periodística o publicitaria de aspectos de mi intimidad o mi imagen con la finalidad de que entregue la remuneración a mi heredero, a mi legatario, o a un pariente o a una fundación etc.» Cfr. CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis-Humberto, *op. cit.*, p. 67.

32 Cfr. CLAVERÍA GOSALBEZ, Luis-Humberto, *op. cit.*, p. 68.

IV. Conclusiones

Si tenemos en cuenta lo reflexionado a lo largo del presente trabajo, consideramos que una adecuada ponderación de los derechos objeto de protección en la LOPHIPI y su carácter indisponible supone en principio la ineficacia del acto de renuncia o de disposición de los mismos. Es cierto que no se podrá evitar la adopción de acuerdos, pero tampoco se podrán exigir en los términos que conocemos el Derecho de contratos. No es menos cierto que es algo que ocurre todos los días y no sólo con el derecho a la propia imagen, sino también con el derecho a la intimidad pues asistimos continuamente a la difusión de detalles no sólo privados, sino claramente íntimos de personas que, a cambio de una contraprestación más o menos grande o de un simple minuto de gloria, se despojan de todo pudor y llenan portadas y horas en las pantallas.

Desde nuestro punto de vista, el que en la sociedad actual sean abrumadores los supuestos en los que se ignoran y minusvaloran los derechos del art.18 CE, creemos que no puede restar valor ni vigencia al contenido esencial de estos derechos. Que la realidad social imponga una determinada interpretación de los mismos no justifica su menoscabo ni su depreciación. Desde el punto de vista jurídico al menos, mientras se mantenga su reconocimiento constitucional y su desarrollo en los términos vigentes, la respuesta debería ser diferente.

Las opciones que se plantean respecto de su integración en un contrato u otro tipo de negocio resultan a nuestro modo de ver muy inseguras, de *lege data* el régimen jurídico es el que es por mucho que se trate de adaptar a las demandas sociales; porque una cosa es la aplicación y adaptación a esa realidad y otra muy distinta es violentar su régimen jurídico apostando por soluciones que podrían en algunos casos ser apropiadas e incluso necesarias de *iure condendo*, pero no en el contexto jurídico en el que nos encontramos. Existen en nuestro Derecho unos principios y unos valores que dimanar de la posición institucional de la persona que se proyectan en todos los campos del ordenamiento jurídico.

Es posible que el Derecho de la persona precise de una profunda revisión, como ejemplo baste pensar en la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual ha cambiado totalmente el paradigma de la capacidad; es posible que haya que revisar algunas categorías y replantearse la entrada de nuevas figuras. El Derecho está vivo y los derechos se encuentran en constante evolución por ello sería un error desconocerlo, pero también se equivoca el que fuerza unos postulados para brindar soluciones que chocan abiertamente con la protección que se quiso brindar y que, por otra parte, exige la dignidad de la persona, de cualquier persona, que en la duda debería considerarse ilimitada.