

NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

El origen del presente estudio es la Ponencia presentada en Madrid el pasado día 2 de diciembre de 1993 dentro del curso «Honor, intimidad y propia imagen», perteneciente al Plan Estatal de Formación de Jueces y Magistrados para 1993 organizado por el Consejo General del Poder Judicial, al que tanto agradezco su amable invitación. He añadido, en el Anuario, algunas nuevas notas al texto original.

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—II. HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN: CONSIDERACIONES GENERALES.—III. LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES.—V. RÉGIMEN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN: A) Introducción. B) El contrato. C) El acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial. D) El acto unilateral *inter vivos* de la Ley Orgánica 1/1982. E) El acto *mortis causa*. VI. CONCLUSIONES.

I. PREÁMBULO

El título del presente estudio orienta al lector acerca del campo en el que va a caminar, pero no formula exactamente la materia que pretende abordar en él, sencillamente porque en las líneas que siguen haré lo que con frecuencia hago cuando hablo o es-

cribo: parto de formulaciones clásicas y convencionales, acuñadas en la doctrina, con la finalidad de revisarlas e, intentando en cierta medida corregirlas, encontrar perspectivas para resolver mejor los problemas tradicionalmente suscitados u otros que se mantenían escondidos quizá por plantear inadecuadamente aquéllos. Si el lector relea el mencionado título de este trabajo, creará que voy a contarle lo que decenas de veces ha oído o leído: tras definir los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen y recordar que son derechos de la personalidad y derechos fundamentales, esperará que le recuerde que de ello deriva su indisponibilidad e irrenunciabilidad, lo que me conducirá al objeto nuclear de la investigación, que no es sino el campo de las excepciones a las mencionadas indisponibilidad e irrenunciabilidad, excepciones que consisten en que, bajo ciertas condiciones, una persona puede permitir a otras la intromisión en la intimidad o el uso o la captación de la imagen a través de diversos tipos de negocios jurídicos, cuyo régimen se analizará, suscitándose asimismo la posibilidad de concebir tales actos de consentimiento de la intromisión o de la inmisión no como renuncia parcial de esos derechos sino como ejercicio de su contenido positivo. Pues bien, si el lector cree eso, acertará en gran medida, pero no del todo, pues, en la búsqueda del objeto de estos posibles negocios, al distinguir diversas hipótesis y a la vista de la legislación vigente, me he visto impelido a considerar aisladamente facultades que generalmente se reputan unidas en un solo derecho fundamental, detectando poderes jurídicos que, separados de otros, no merecen el rango de derechos fundamentales, pues seguramente el constituyente de 1978 no pensó en ellos al redactar los arts. 14 y ss. de la Constitución: ello implica una interpretación matizada de algunos de estos artículos de nuestra Ley Fundamental, interpretación que me conduce a descomponer figuras que vienen reputándose como bloques compactos de efectos: nacido el derecho subjetivo como técnica de unificación de facultades con el objeto de simplificar y clarificar las formulaciones normativas, asistimos necesariamente a su desintegración en aras de una atenta observación de la intención del legislador y de su preciso alcance: cuando el aludido constituyente de 1978 decidió subsumir el honor, la intimidad y la propia imagen dentro de los denominados derechos fundamentales (arts. 18 y 20 de la Constitución) atribuyéndoles la protección reforzada del art. 53, núm. 2, de dicho cuerpo legal, ¿quiso que cualquier facultad relacionada con esa esfera jurídica gozase de tal protección reforzada? ¿Es verdad que, si comercio con mi imagen o vendo mis memorias a una revista, convierto un derecho fundamental del art. 18 de la Constitución en objeto de un contrato *ex* arts. 1.271 y ss. del Código Civil, protegiéndome de cualquier incumplimiento contractual mediante la artillería del núm. 2 del art. 53 de la Ley Fundamental para hacer valer a mi favor los

arts. 1.100 y ss. del Código Civil? Parece que una cierta inercia neoconceptualista mueve a los autores que hoy se ocupan de estas materias a colgar en la percha de los derechos fundamentales objetos que sólo tienen la forma de prendas de vestir, pero que no son prendas de vestir y cuya ubicación tal vez debe ser distinta.

Advertido esto, adelanto que en el presente estudio, tras definir y delimitar los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y pronunciarme sobre su tipificación legal, su condición de derechos subjetivos y el sentido y alcance de su consideración como derechos fundamentales, abordo el significado y el régimen de los negocios jurídicos que recaen sobre poderes o facultades relacionados con tales proyecciones de la personalidad atendiendo al Ordenamiento positivo vigente y a los principios que de él cabe inferir, procurando situar las soluciones dentro de un sistema lo más flexible que sea posible pero que sirva para hacerme entender aceptablemente.

II. HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN: CONSIDERACIONES GENERALES

El honor, la intimidad y la propia imagen son reputados tradicionalmente derechos de la personalidad; concretamente se trata de aquellos derechos de la personalidad que recaen sobre la esfera moral, por oposición a otros derechos de la personalidad que, como la vida o la integridad física, recaen sobre la esfera corporal: de estos últimos no trataré en la presente investigación, pues presentan características propias, diversas de las de aquéllos, lo que no excluye la posibilidad de aplicar al honor, la intimidad o la imagen soluciones que la doctrina ha propuesto para negocios jurídicos válidos que generan riesgos para la vida, la salud o la seguridad. La expresión «derechos de la personalidad» ha sido generalmente utilizada por la doctrina más que por las leyes; y en España era antes de la vigente Constitución una figura genérica en la que la doctrina subsumía determinados poderes jurídicos (los mencionados, y los relativos a la esfera física, entre otros) caracterizados por ciertas notas, siendo las restricciones a la disponibilidad la más representativa de ellas; en la Constitución se les confirió, junto a otros derechos y facultades, el rango de derechos fundamentales (arts. 14, 15 y ss., y 53, núm. 2), lo que comenzó a diluir la figura de los derechos de la personalidad como tal, calificación que hoy, a la vista de nuestro actual Derecho positivo, no implica efectos propios nítidamente delimitados ni explica especificidades de régimen, lo que me aconseja pasar directamente a definir —sintética e instrumentalmente, desde luego— honor, intimidad y propia imagen a la vista de nuestro Ordenamiento y a precisar algunas de sus características para comprenderlos mejor, sin más esfuerzos clasificatorios.

Honor, intimidación y propia imagen, al ser proyecciones de la personalidad, representan bienes de gran importancia cuya lesión por persona ajena provoca graves conflictos que el Derecho debe resolver afinando al máximo sus soluciones en el modo y en el contenido. Del honor —más concebido como dignidad asumible por cualquier persona que como cualidad de determinadas clases sociales privilegiadas¹— suelen los autores proponer un concepto objetivo y otro subjetivo: escribe, al respecto, Pablo Salvador Corderch, sobre lo que él llama concepto factual objetivo: «... Cabe partir de un concepto factual del honor, de buena reputación: se tiene la que *efectivamente* se tiene, la que se ha ganado o la que se ha conseguido aparentar, ni más ni menos»². Y dice sobre el concepto factual subjetivo: «... hay un concepto *subjetivo y psicológico* de honor como *propia estimación*, como *autoestima*»³. No obstante, afirma el mismo autor, un poco más adelante, que «... el Tribunal Supremo utiliza una distinción originariamente fecunda y que podría permitir el desarrollo de un concepto sociológico y otro psicológico de honor para armar un aparato escolástico de distinciones que luego se aplica a favor en contra, según convenga en función de consideraciones de justicia material y de manera, tal vez, sólo retórica»⁴. Opinión que no impide al mismo autor reconocer casi seguidamente que, si bien alguna sentencia del Tribunal Supremo configura un honor «subjetivo», «... lo más frecuente es que el Tribunal trabaje con un concepto normativo e ideal de honor⁵, derecho derivado de la dignidad humana»⁶. Yo pienso que la protección de la personalidad humana, necesitada de proyección jurídica en cuanto que, de hecho, puede ser dañada por la maledicencia, la injuria, la calumnia, la difamación o el ultraje, es lo que hemos denominado honor en sentido objetivo, cuya medicina característica es la reparación *in natura*, consistente en la rectificación o la réplica, siendo lo que hemos llamado honor en sentido subjetivo algo cuya lesión constituye daño moral, dolor psíquico, daño y dolor que sólo son consecuencia —pero no el perjuicio principal— en el caso del ataque al honor en su acepción objetiva; aclaro que, a mi juicio, dicha concepción

¹ DE LA VALGOMA, «Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen», *Anuario de Derechos Humanos*, 2, Madrid, marzo, 1983, pp. 647 y ss., concr. p. 661. En sentido similar, ESTRADA, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid, 1986, pp. 46 y 70. En contra, GONZÁLEZ PÉREZ, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, 1993, pp. 30 y ss.

² SALVADOR, en SALVADOR y OTROS, *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, p. 56.

³ SALVADOR, *ob. cit.*, p. 57.

⁴ SALVADOR, *ob. cit.*, pp. 63-64.

⁵ SALVADOR, *ob. cit.*, p. 65.

⁶ SALVADOR, *ob. cit.*, p. 65.

objetiva del honor no pugna con la vinculación de ese concepto al de dignidad. Este honor en sentido objetivo (que es el que propugno) resulta delimitado, más que por la ley, por convicciones y usos sociales, como claramente ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, muy nítidamente en la núm. 185/1989, de 13 de noviembre, cuyo Fundamento Jurídico 4.º, entre otras cosas, dice: «... El contenido del derecho al honor que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento..., es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión.» Por otra parte, el honor propiamente dicho no debe ser confundido con el prestigio profesional: tras una jurisprudencia del Tribunal Supremo oscilante entre las llamadas tesis monista y dualista, parece consolidarse la convicción de que honor y prestigio no son lo mismo, pero que puede suceder que un ataque al prestigio profesional implique o represente también un ataque al honor: destaco en tal sentido el Fundamento Jurídico 3.º de la sentencia núm. 40/1992, de 30 de marzo, del Tribunal Constitucional (comentada admirablemente por Salvador)⁷, lo que implica realmente la tesis dualista correctamente entendida, tesis expuesta precedentemente, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1990 (Fundamento Jurídico 2.º), espléndidamente comentada por Casas Valles⁸, para quien honor y prestigio profesional no son lo mismo, pero a veces la lesión de uno constituye la del otro. Acerca de la delimitación del honor por actos del mismo titular me pronunciare luego. De la intimidad cabe decir, inspirándonos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 (Fundamento Jurídico 2.º), que es el derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada, garantizándosele la inviolabilidad de su vida particular mediante la represión de la intromisión y de la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos. Escribe Igartua que «... en su formulación tradicional el concepto de intimidad es un concepto descriptivo... (entrando en él)... determinadas informaciones o hechos relacionados con la familia, la salud, los hábitos (o) la forma de vida»⁹, si bien sugiere, en

⁷ SALVADOR, «Comentario a la Sentencia del TC 40/1992, de 30 de marzo», *CCJC*, tomo 30, núm. 784, pp. 763 y ss., concr. pp. 787-789.

⁸ CASAS VALLES, «Comentario a la Sentencia del TS de 9 de febrero de 1990», *CCJC*, tomo 23, núm. 595, pp. 443 y ss., concr. pp. 452 y ss.

⁹ IGARTUA, «Comentario a la Sentencia del TS de 20 de febrero de 1989», *CCJC*, tomo 19, núm. 508, pp. 263 y ss., concr. p. 275.

línea con reciente doctrina norteamericana, la viabilidad de una concepción diversa según la cual este derecho no cumpla la función específica de amparar lo secreto, sino que sea una forma más de asegurar el adecuado juego de las relaciones sociales y el respeto social mutuo¹⁰. No abordo en esta sede, meramente introductoria y conceptualizadora, el problema de la tipificación de la intimidad, haciéndome eco, no obstante, en estas líneas, de la tesis contraria a dicha tipificación mantenida por Rojo Ajuria¹¹ en contra de una opinión mía anterior favorable a que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sí la había producido¹²: sí debo advertir, sin embargo, que, prescindiendo del tratamiento de los problemas inherentes al concepto de tipificación (sobre todo si aplicamos el concepto a derechos y no a negocios jurídicos), el poder jurídico conferido por la ley española a la protección de la esfera privada contiene ya, *de iure condito*, facultades suficientes para plantear el problema de la posibilidad de actos transmisivos atinentes a aspectos de ella, siéndome indiferente, en ese sentido, si tales facultades son privativas de la intimidad o comunes con el honor y la propia imagen. Señalo ya que esto que afirmo de la intimidad y que trata Rojo sólo respecto de ella me parece igualmente aplicable al honor y a la propia imagen. Respecto de esta última debo decir que también sobre ella recae un derecho, que, como escribe Gitrama mucho antes de la vigencia de la Constitución de 1978 y de la Ley Orgánica de 1982, «... aparece... ante la posibilidad de una incontestada publicidad o difusión de la fotografía de una persona —titular de aquel derecho— por los demás miembros de la sociedad»¹³, texto perfectamente asumible en el presente y que nos revela que nos hallamos ante un poder que consiste en la facultad de decidir acerca de la publicación de nuestra imagen, atribuyéndonos la ley la posibilidad de oponernos a dicha publicación, de consentirla, así como de exigir reparación en el supuesto de difusión no autorizada. Sobre las facultades que pueden hallarse comprendidas en este molde y de la posible diversidad de su tratamiento jurídico hablaremos más adelante; apunto, no obstante, ahora que creo que el derecho a la propia imagen constituye una figura diversa del derecho a la intimidad o del derecho al honor, aunque quepa lesionar éste o quizá aquélla mediante la publicación de la imagen ajena: yo no tengo derecho a exhibir —por ejemplo, mediante fotografía, pintura o caricatura— rasgos

¹⁰ IGARTUA, *ob. cit.*, p. 277.

¹¹ ROJO AJURIA, «La tutela civil del derecho a la intimidad», *ADC*, 1986, I, pp. 133 y ss., concr. p. 140.

¹² CLAVERÍA, «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo», *ADC*, 1983, IV, pp. 1243 y ss., concr. p. 1257.

¹³ GITRAMA, voz «Imagen (derecho a la propia)», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XI, Barcelona, 1962, pp. 300 y ss., concr. p. 319.

identificadores y característicos de una persona sin su anuencia o sin causa de justificación aunque tal exhibición no conlleve ultraje ni ofensa ni aunque no implique revelación de datos o hechos de su esfera privada.

Acercas de si los denominados derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen son o no verdaderos derechos subjetivos, ya me pronuncié hace años a favor de la solución afirmativa, apoyándome preferentemente en la existencia de facultades conferidas por la ley a la persona protegida encaminadas a evitar o interrumpir la agresión: en efecto, frente a las tesis según las cuales no cabe hablar de tales poderes como verdaderos derechos subjetivos en cuanto que la protección de esos intereses se resume en la indemnización del daño, sostuve que «... el interés por el honor o por la intimidad no viene protegido sólo a través de la sanción penal o administrativa impuesta a su violación, ni sólo a través de la responsabilidad civil extracontractual derivada de ésta, sino también mediante la concesión de facultades (instrumentales) a quienes la ley pretende proteger encaminadas a prevenir, paliar, interrumpir o repeler las agresiones a tales intereses»¹⁴, siendo, entre otros preceptos, el art. 9 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 especialmente ilustrativo en ese sentido (sin olvidar hoy la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación). Recuerdo, no obstante, que advertía que quizá habría que superar la figura del derecho subjetivo para describir estas posiciones jurídicas a causa de las restricciones que recibían los actos de disposición sobre ellas: derechos subjetivos como mínimo, pero tal vez algo más: «... Derecho subjetivo —escribía—... u otra figura más compleja y rica, protectora efectiva del titular, que le permita ejercitar, pero no renunciar, incluso que le obligue»¹⁵. Sirvan estas breves consideraciones, relativas al derecho subjetivo, para describir mejor las figuras en cuestión, evitando extenderme más en ello por no ser necesario para el objetivo nuclear del presente estudio.

Por último, para conocer el ámbito de los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen, perfilando así más correctamente su concepto, conviene hacer referencia somera (este punto no es el objeto del trabajo que ahora realizo) a la (censurable) delimitación operada en el núm. 1 del art. 2 de la Ley Orgánica de

¹⁴ CLAVERÍA, *ob. cit.*, p. 1259. *Vid.* también mi estudio «Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad», *Libro-Homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 101 y ss., concr. pp. 108 y ss.

¹⁵ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 1261; *Notas...*, cit., p. 115. Véase, también, sobre el tema, ROGEL, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, pp. 41 y ss: este autor prefiere hablar de «bienes» más que de «derechos», aunque reconoce que, respecto de algunos de tales bienes, puede hablarse de verdaderos derechos subjetivos, si bien de características especiales (p. 42).

1982; este precepto dice: «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.» Hace diez años me ocupé de criticar y de interpretar este desafortunado texto legal¹⁶, limitándome ahora sólo a recordar que ha debido ser precisamente la presente Ley Orgánica de 1982 la que delimitase la protección de estos derechos y no referirse a otras leyes, ni a usos sociales ni a la conducta de las personas. No debió la Ley de 1982 referirse a otras leyes porque, si éstas no son orgánicas, la norma infringiría el art. 81, núm. 1, de la Constitución; y, si lo son, ¿para qué se hizo una ley que necesitase la compañía de otras de igual rango? No debió referirse a los usos sociales, que podían ser desiguales entre españoles, provocándose efectos prohibidos por la Constitución (arts. 9 y 14, especialmente). Y, sobre todo, no debió permitir que cada persona delimitase, con sus hábitos, su conducta o sus manifestaciones de voluntad, el ámbito protegido de su esfera personal porque ello podría provocar que los derechos en cuestión deviniesen renunciables de modo definitivo e indiscriminado, vaciando de contenido real las declaraciones del art. 1, núm. 3, inciso 1.º, y desproveyendo de sentido las exigencias de los números 2 y 3 del art. 2¹⁷. Ante ello propuse entonces¹⁸ y repito ahora más sintéticamente que, mientras que no se produzca la deseable supresión de este precepto, no cabe más remedio que suavizar al máximo sus efectos mediante una interpretación restrictiva con objeto de evitar la frustración de los fines de la Ley o consecuencias aún peores; la referencia a las leyes se entenderá hecha sólo a las orgánicas; la referencia a los usos se entenderá hecha sólo a aquéllos que no conlleven consecuencias no queridas por el constituyente y la referencia a la conducta anterior de la persona deberá interpretarse como mera pauta hermenéutica complementaria (por ejemplo, a la hora de medir la intensidad del daño moral con vistas a una cuantificación de la indemnización), pero nunca como modo de renuncia irreversible y genérica a la protección legal.

III. LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, derechos de la personalidad atinentes a la esfera moral o espiritual,

¹⁶ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., pp. 1249-1252.

¹⁷ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 1251.

¹⁸ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., pp. 1251-1252.

al aparecer la Constitución devienen derechos fundamentales junto a otras facultades y posiciones jurídicas, señaladamente los derechos de la personalidad atinentes a la esfera corporal y las denominadas libertades públicas, muy probablemente porque tales facultades y posiciones merecen, según el constituyente, protección preferente por responder a valores que éste reputaba preponderantes. La calificación de estos derechos como fundamentales implica y significa que reciben la protección cualificada establecida en el núm. 2 del art. 53 de la Constitución: recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y tutela a través de procedimiento preferente y sumario ante Tribunal ordinario; como es sabido, el recurso de amparo es regulado en los arts. 41 y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; y el procedimiento citado ante Tribunal ordinario, en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona ampliada en cuanto a su ámbito por el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, confirmado por lo dispuesto en el núm. 2 de la disposición transitoria 2.^a de la mencionada Ley 2/1979, del Tribunal Constitucional. Por tanto, la calificación de un determinado derecho como fundamental no es una declaración retórica, sino una determinación de especiales efectos. Ello significa que el tratamiento jurídico de estas posiciones es singular, no debiendo, por ello, excluirse que el régimen de los actos de disposición y transmisión de poderes que guarden relación con esos derechos posea notas propias, limitaciones a la renunciabilidad o a la transmisibilidad, etc.: de esto se tratará en el apartado siguiente.

En cuanto que nos hallamos ante derechos fundamentales y que aludimos a relaciones entre particulares, parece ineludible plantear el problema de la llamada *Drittwirkung*, esto es, eficacia de estos derechos *inter privados*: aclaro que tiene sentido suscitar dicho tema en el presente estudio porque tanto éste como la problemática de la *Drittwirkung* se refieren —al menos en la medida y en el sentido que luego se describirán— al juego de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones entre particulares; y porque cabe, *en principio*, agredir o lesionar uno de esos derechos (la intimidad, por ejemplo) precisamente en el seno de un contrato relativo a ellos: piénsese en que un contratante viola la intimidad de una persona al transgredir el contrato que celebró con ella revelando lo que tal negocio jurídico no permitía revelar. De todos modos, creo que las consideraciones relativas a la *Drittwirkung* que se hagan en el presente trabajo poco nos ilustrarán respecto del objeto nuclear de éste, lo que me aconseja no abordar con detenimiento este interesante asunto de la eficacia *inter privados*: tiene, en efecto, especial interés la *Drittwirkung* respecto de algunos derechos fundamentales y libertades públicas que no habían sido reputados anteriormente derechos de la personalidad y que

se concibieron originariamente —desde muchos años antes de nuestra actual Constitución— como derechos frente al Estado: siendo sin duda oponibles ante éste, se dudaba acerca de si era oponible, por ejemplo, el principio de igualdad ante un particular que se negase a admitir mujeres, ateos o gitanos en una asociación: con relación a tales derechos y libertades la doctrina se divide, aunque parece admitir aquella parte de la *Drittwirkung* que consiste en el recurso de amparo contra la sentencia del Juez ordinario que no tutele el derecho fundamental dañado por el particular, interpretando flexiblemente los arts. 41 y 44 de la Ley Orgánica 2/1979¹⁹; o la que consiste en reputar nulas por causa ilícita u otras razones las cláusulas contractuales o estatutarias inmotivada o vejatoriamente discriminatorias, aunque sea imposible impedir que un particular contrate o no contrate con quien quiera²⁰. Ahora bien, con relación a los derechos fundamentales que ahora nos ocupan (intimidación, honor, imagen), la *Drittwirkung* es casi segura: cabe amparo en las mismas condiciones antes expuestas frente a la resolución del Juez ordinario que no tutele el derecho dañado por un particular; y, además, cabe acudir a procedimiento preferente y sumario ante Juez ordinario tanto ante violación de ese derecho por parte de la Administración como ante violación por parte de particulares, contemplando precisamente la Ley 62/1978 procedimientos diversos según se trate de uno u otro agresor²¹. Lo que cabría suscitar como punto más du-

¹⁹ En este sentido, QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pp. 86 y ss., concr. pp. 99-100; y ALFARO, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, 1993, 1, pp. 57 y ss., concr. pp. 80-81. En contra, entre otros, GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, pp. 83-84. *Vid.* sobre el tema el interesante estudio de CRUZ VILLALÓN, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, 1988, pp. 97 y ss., concr. 111-112.

²⁰ ALFARO, *ob. cit.*, pp. 93 y ss.; LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1990, pp. 73 y ss. *Vid.* también mi reciente «Comentario a los arts. 1.274 a 1.277 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.º-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 519 y ss., concr. p. 574.

²¹ Respecto de esos derechos fundamentales que se llaman honor, intimidad y propia imagen, creo que, si una sentencia pronunciada por un Juez ordinario, no sancionando la lesión a ellos producida por un particular, los desprotege, cabe amparo ante el Tribunal Constitucional, aunque naturalmente no quepa amparo directamente ante la lesión provocada por el particular, lesión ante la que sí cabe protección por el Tribunal ordinario por la vía igualmente ordinaria y por la sumaria y preferente de la Ley 62/1978: si a todo eso se le quiere llamar *Drittwirkung*, llámesele, pero poco nos afecta respecto de nuestras figuras, como dije. Por otra parte, anoto que me ha sorprendido que con frecuencia se cuestiona la existencia de *Drittwirkung* simplemente por cuestionarse la posibilidad de recurso de amparo, lo que implica olvidar el texto del núm. 2 del art. 53 de la Constitución y el mismo concepto de derecho fundamental.

doso es si, en caso de incumplimiento de un contrato por el que una persona haya dispuesto parcialmente de su intimidad o de su imagen consistiendo dicho incumplimiento en una intromisión no permitida ni por la ley ni por el clausulado de dicho contrato, sería posible utilizar los arts. 11 y ss. de la Ley 62/1978 contra el contratante incumplidor en el seno de las reclamaciones *ex* arts. 1.101 y ss. del Código Civil. De ello se tratará en el siguiente apartado.

IV. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES

El problema nuclear del presente estudio consiste en la indagación y exposición de un régimen jurídico coherente y sistemático de los actos dispositivos sobre aspectos del honor, intimidad o propia imagen. Ello requiere, junto a las observaciones ya hechas, unas aclaraciones previas que seguidamente hago.

1.^a Es imprescindible, ante todo, al aludir a los negocios jurídicos relativos a estos aspectos, indicar al lector de qué se está hablando exactamente, pues las peculiaridades de los objetos tratados —esferas de la personalidad humana, nada menos— provocan perplejidad sobre todo por razones de lenguaje, acaeciéndose también dudas sistemáticas: estos problemas de los actos dispositivos, ¿en qué apartado del tratamiento de los derechos de la personalidad encajan? En una primera aproximación podemos decir que los actos de disposición sobre los derechos de la personalidad en la esfera moral podrían ser concebidos:

a) Como causa de justificación de la intromisión, al mismo nivel que el interés público; es decir, según esta concepción, la intromisión contemplada en la ley como antijurídica deja de serlo cuando concurre interés público que sólo puede satisfacerse con dicha intromisión o cuando la persona afectada la consiente: este planteamiento, que late incluso en autorizadas obras atinentes a la materia ²², me parece incorrecto en cuanto que coloca en un mismo plano lo que debe hallarse en dos diferentes: el Ordenamiento debe perfilar, en efecto, qué intromisiones o revelaciones admite y cuáles no y si la presencia de interés público convierte en legal lo que sin él no lo sería, pero siempre partiendo del supuesto de inexistencia de consentimiento del afectado; cuestión diversa es el supuesto de que tal consentimiento concorra, lo que

²² Por ejemplo, nada menos que en la espléndida obra *El mercado de las ideas*, citada, en textos de IGARTUA atinentes a la propia imagen (pp. 324 y ss.) y de SALVADOR atinentes a la intimidad (pp. 379 y ss.) No me parece demasiado rechazable esta opción en estos autorizados autores precisamente porque la construcción de la Ley 1/1982 la favorece. Es, además, muy común en la doctrina.

genera la necesidad de establecer un régimen destinado a ello: el consentimiento no es, a mi juicio, un elemento configurador del supuesto X (como sucede con el interés público), sino generador del supuesto Y, en cuanto que altera las bases del problema y provoca la necesidad de un régimen completo diferente. De todos modos dejo abierto el problema, pues en alguna de las obras en que se opta por esta concepción, a la vista de cómo se construye el consentimiento —simple anuencia a la intromisión—, no parece tan censurable esta opción.

b) Como excepción al régimen general de indisponibilidad e irrenunciabilidad de estos derechos: si bien tales derechos son, en principio, indisponibles, cabe una disposición parcial, eventual y concreta de estos bienes de la personalidad; entre muchos autores, yo mismo propuse esta concepción en 1983²³. Hoy reputo esta tesis más incompleta que incorrecta: contiene parte de lo que ahora me parece exacto, pero precisa matizaciones, que luego haré.

c) Como ejercicio del contenido positivo del derecho de la personalidad²⁴. Tal vez cuando algún autor sostuvo esta tesis antes de que, habiéndose promulgado la Constitución de 1978, estos poderes fuesen derechos fundamentales, fuera aceptable, pues, como generalmente se afirma, disponer de un derecho es una de las maneras de ejercitarlo, en cuanto que la disposición es una de las facultades que real o potencialmente lo integran; o, con más motivo, cabe decir lo mismo si se dispone parcialmente de él, por ejemplo, transmitiendo temporalmente algunas de esas facultades. Hoy creo que tal construcción requiere objeciones, pues no siempre se dispone en estos negocios de que tratamos de un derecho fundamental: *rectius*, no parece que se trate de una disposición.

d) Como ejercicio de un derecho patrimonial —no fundamental— de explotación económica o comercial de la intimidad o la propia imagen²⁵, lo que no excluye que, *además*, quepa consentimiento de la intromisión en el derecho fundamental fuera del ámbito de dicha explotación comercial o económica al modo de la concepción 1.^a o de la 2.^a. De esta concepción se hablará luego detenidamente.

En el desarrollo de mi exposición me pronunciaré acerca de cuál es la concepción que ahora defiendo, adelantando ya que no coincide exactamente con ninguna de esas cuatro.

²³ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 1253.

²⁴ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 338.

²⁵ Apunta la idea, que no se contradice con lo antes dicho a favor de la 1.^a concepción en cuanto que se refiere a poderes jurídicos diferentes, Fernando IGARTUA, en *El mercado de las ideas*, cit., pp. 322 y ss.; y en «Comentario a la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1986», *CCJC*, tomo 12, núm. 323, pp. 4081 y ss., concr. pp. 4095 y ss., inspirándose en la jurisprudencia norteamericana.

2.^a Antes de la vigente Constitución y de la Ley Orgánica 1/1982 existía una tesis prácticamente unánime acerca de cómo instrumentar la disposición sobre aspectos de la intimidad o la propia imagen: si bien se trataba, como antes decía, de derechos en principio indisponibles, intransmisibles, imprescriptibles, etc., cabía disponer de aspectos o facetas de ellos —no de ellos del todo y definitivamente, claro está— a través de un contrato (atípico) dotado de un régimen propuesto por la doctrina, caracterizado por un indudable rigor en cuanto al contenido y al objeto (arts. 1.255, 1.271, 1.272 y 1.275 del Código Civil), al tiempo, a la extinción y a los contratantes (restricciones respecto de menores, etc.)²⁶. Tras la vigencia del texto constitucional, con la conversión de los derechos de la personalidad en derechos fundamentales, y, sobre todo, tras la vigencia de la Ley Orgánica de 1982 se produce una situación de perplejidad, pues dicha Ley no contempla el modelo del contrato, sino un acto unilateral (revocable) de consentimiento de la intromisión, modelo más concebido como excepción a la antijuridicidad de ésta que como técnica práctica para canalizar importantes actividades empresariales, sucediendo entonces lo que parece increíble, pues, además de no solucionar el legislador ningún problema, provocó problemas nuevos de cierta gravedad. En mi mencionado estudio publicado en el Anuario de Derecho Civil de 1983 (se trataba de un tomo especial dedicado al profesor De Castro)²⁷ me hice eco de esa perplejidad, habiendo provocado estas páginas más una considerable atención en la doctrina, atención que sinceramente atribuyo, más que a sus méritos, al hecho de que reflejan patentemente los inconvenientes del texto legal: en ellas, tras reproducir el núm. 3 del art. 1 y los números 2 y 3 del art. 2 de la Ley, aludo a los criterios de solución que la doctrina proponía antes de ella (fórmula del contrato antes expuesta), desembocando seguidamente en la situación provocada por los mencionados preceptos de 1982. Considero útil transcribir el largo texto siguiente: «... Frente a este cuadro de efectos (los de la fórmula del contrato que la doctrina había propuesto antes de 1982), la Ley... nos plantea otro diferente y, a mi juicio, más censurable. Tras determinar la indisponibilidad de estos derechos como principio general y declarar la nulidad de la renuncia a la protección en ella prevista, alude a la posibilidad de que el titular, mediante acto expreso, disponga de aspectos de tales derechos, pudiendo revocar posteriormente dicha autorización. Obsérvese

²⁶ GITRAMA, *ob. cit.*, pp. 338 y ss.; DE ÁNGEL, «La protección de la personalidad en el Derecho privado», *RDN*, enero-marzo 1974, pp. 7 y ss., conr. p. 133; BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, pp. 103 y ss.

²⁷ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., pp. 1252-1256.

que, ateniéndonos exclusivamente al texto legal, la protección del interés del titular viene dada sólo por el requisito del carácter expreso del acto dispositivo y por la facultad de revocación de dicho acto; el legislador no ha optado por otros sistemas posibles, como podría haber sido la limitación, en normas de *ius cogens*, del contenido de la cesión, del tiempo de duración de ésta, o del número máximo de los beneficiarios. Mediante el requisito del carácter expreso del consentimiento parece que se ha pretendido subrayar su trascendencia y tal vez posibilitar la clarificación del alcance de cada acto transmisivo. El legislador, para completar su regulación del presente punto, con el fin de corregir las consecuencias posibles de la revocación, determina la indemnizabilidad de los perjuicios causados. Creo que este régimen, interpretado literalmente, protege al mismo tiempo demasiado y demasiado poco: demasiado, porque no me parece necesario sacrificar intereses, en principio respetabilísimos, de determinadas personas para proteger estos derechos de la personalidad, y en la ley se sacrifican, al permitirse la revocación, en cualquier momento, de los actos dispositivos; demasiado poco por otra parte, porque no se impide disponer de ciertos aspectos (el honor propiamente dicho, por ejemplo), o ante un número indeterminado de personas: la revocabilidad puede... paliar algunos de los efectos nocivos de una cesión excesiva, pero no todos. Respecto de la referida necesidad de no menospreciar los intereses de quienes reciben la cesión, adviértase que el Ordenamiento debería amparar más y mejor su satisfacción, siendo insuficiente la técnica (que, en principio, sólo debería actuar supletoria y complementariamente) de la indemnización: es cierto que alude el texto a las expectativas justificadas, pudiendo, pues, entenderse que cubre tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cessans*; pero, ¿para qué implantar una técnica *sustitutiva*, como es la de la indemnización, cuando cabe perfectamente, con arreglo a los principios informadores de estos derechos, proteger a su titular manteniendo la protección *regular* de los cesionarios? Piénsese en las dificultades de prueba de las expectativas y en la inseguridad que se crea. Un ejemplo puede ilustrarnos en tal sentido: unos deportistas ceden por un tiempo y para unas determinadas finalidades, su derecho a la imagen a una determinada sociedad anónima publicitaria o periodística, que se obliga a pagarles, por ello, una cantidad de dinero. ¿No es extraño que la citada entidad pueda verse sorprendida por una revocación intempestiva? Se me dirá que a ello pretende subvenir la indemnización, pero, ¿es defendible que determinados empresarios estén sometidos al riesgo de una indemnización no satisfactoria (piénsese en retrasos, insolvencias, dificultades de valoración, etc.), cuando los derechos de la personalidad de la otra parte pueden ser perfectamente protegidos mediante una fórmula que implique múltiples controles del acto de cesión, pero con irre-

vocabilidad? Pienso, en concreto, en la fórmula del contrato: me parecería admisible que la ley fijase límites de contenido, de tiempo o de personas, límites cuya transgresión determinase la nulidad del contrato *ex art. 1.271 del Código Civil*; pero no veo por qué hemos de contradecir el principio que inspira el art. 1.256 del mismo cuerpo legal, tratándose de contratos de duración forzosamente limitada y que no tienen que basarse obligatoriamente en unas recíprocas relaciones de confianza. A la vista de todo ello, ¿cabría, tras la entrada en vigor de la Ley de 5 de mayo de 1982, defender la admisibilidad de un contrato de esa índole, con contenido, duración y beneficiarios limitados (para no vulnerar el principio contenido en el inciso 1.º del núm. 3 del art. 1 de la citada Ley) y en el que el disponente, inmediato perceptor de sugestivas ganancias, renunciase temporalmente a la facultad de revocación o admitiese una gravosa cláusula penal si revocara? Del tenor literal de la vigente Ley parece inferirse que tal posibilidad no cabe, pudiendo, además, aducirse en tal sentido el precepto contenido en el último inciso del art. 1 (la renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula). No obstante, recuérdese que la interpretación no sólo ha de guiarse por el criterio literal, sino también por otros, de lo cual deduzco que, no repugnando el espíritu de esa ley ni al del Ordenamiento la admisibilidad de la fórmula descrita, debe ser admitida, lo que cabe mantener aduciendo los argumentos siguientes: 1.º La ley contempla *una manera* de disponer de aspectos de esos derechos, pero no parece excluir otras si en ellas se respetan ciertos principios: se contempla la disposición por acto unilateral y *ésta* se reputa revocable; pero no se contempla el contrato, que podría, dado que nos hallamos ante una laguna, recibir la regulación que la doctrina dominante ha venido proponiendo como deseable y conveniente hasta 1982 (arg. *ex art. 1, núms. 1 y 4, del Código Civil*). 2.º Si bien la renuncia a la protección prevista en la ley es nula, es cierto que, en el texto que sigue a aquel en el que ello se establece, se exceptúan de tal norma general los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el art. 2: ¿Por qué no entender exceptuados también los supuestos similares, como el del contrato? Por otra parte, la revocación es, sin duda, una técnica protectora, pero creo que cabría renunciar a ella si el contrato dispositivo no implica violación de lo preceptuado en el inciso 1.º del número 3 del art. 1 de la Ley: una interpretación restrictiva del término *renuncia* o del término *protección*, contenidos en el inciso 2.º, parece ser la solución más acorde con la actitud hermenéutica defendible en este punto a la luz de lo establecido en el núm. 1 del art. 3 del Código Civil: una renuncia a la facultad de revocación, acotada en el tiempo y unida a otras limitaciones, no me parece subsumible en el 2.º inciso del núm. 3 del art. 1 de la Ley. En síntesis, mantengo que cabrá acto dispositivo válido (tal vez

sólo en favor de determinadas personas) por vía unilateral, siendo posible entonces la revocación (posibilidad que contempla expresamente la Ley de 5 de mayo de 1982), o mediante contrato, que implicará renuncia a la facultad de revocación (posibilidad que no contempla la citada Ley, pero que, a mi juicio tampoco excluye)»²⁸.

Como el lector puede ver, se trata de una confesión de desconcierto y perplejidad. Diez años después mantengo en líneas generales estas opiniones, pero, a la vista de las observaciones, generalmente provechosas, que muchos compañeros me han hecho y dado que en el presente estudio debo abordar de nuevo el problema, aprovecharé la ocasión para matizar lo entonces publicado y desarrollar algunos aspectos sólo esbozados entonces. Como segundo botón de muestra de la reacción de la doctrina ante la regulación legal, transcribo seguidamente un texto muy posterior al mío, obra de mi querido compañero Fernando Igartua, en el que dice: «... La Ley parte, en efecto, de la existencia de contratación sobre esos bienes, pero contempla este hecho con estupor, pues está anclada en la idea de que estos derechos de la personalidad son bienes de naturaleza únicamente extrapatrimonial y además indisponible. Ante la evidencia contraria, parece permitir la disposición de esos derechos indisponibles pero coloca a la facultad de revocación como un “guardián” de la indisponibilidad. Tal concepción puede ser acertada para el derecho al honor o, incluso, para el derecho a la intimidad, pero no para el derecho a la imagen. Para éste, las limitaciones normales de la autonomía de la voluntad deberán ser suficientes, actuando la posibilidad de revocación sólo en casos extremos»²⁹. Interesantes palabras de este autorizado autor, aunque yo no comparto el acercamiento que hace de la intimidad al honor, separándola de la imagen, pues, como se verá, a efectos de tratamiento jurídico, intimidad e imagen deben ser, en cierta medida, separadas del honor; sin embargo, respecto de lo que ahora nos concierne, obsérvese cómo Igartua no sabe exactamente qué hacer ante los preceptos legales; pero continuemos leyéndole: en nota, y refiriéndose a mi tesis antes transcrita, escribe: «... Siguiendo el hilo de la argumentación de Clavería, tal vez sea más correcto pensar que la LO 1/1982 no contempla sólo una manera de disponer (el acto de disposición unilateral) y no la otra (el acto bilateral o contrato), sino que, en rigor, no contempla ninguna manera de disponer respecto a unos derechos que se pensaban indisponibles. De este modo, podría decirse que el consentimiento tan sólo supone justificar la intromisión y no poner en marcha los mecanismos de protección. Po-

²⁸ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., pp. 1254-1256.

²⁹ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 328.

dría argumentarse, entonces, que el art. 2.3 no pensaba en los actos de disposición de los derechos de la personalidad y que, por tanto, la facultad de revocación no afecta a los mismos³⁰.

Aquí encuentra brillantemente Igartua una veta que ni yo ni nadie habíamos atisbado, pero curiosamente, tras apuntarla, la abandona: el autor, en efecto, en la hercúlea tarea de desentrañar el texto legal, advierte que una cosa es disponer de aspectos de estos derechos de la personalidad con finalidad económica y otra diversa permitir una intromisión de manera que ésta no suponga agresión a la esfera personal: parece que la Ley Orgánica contempla, en principio, sólo esto último, lo que se deduce de la inserción de este consentimiento en los primeros artículos de la ley destinados a configurar las conductas prohibidas y de la fórmula de la revocación, difícilmente compatible con el mundo de los negocios y de la empresa; pero, consciente al mismo tiempo el redactor de que la revocación por él contemplada podría perjudicar gravemente intereses económicos de terceros —mejor sería decir «de segundos»—, acude a la indemnización, patrimonializando lo que había concebido como ajeno al mundo económico al haberlo declarado irrenunciable e indisponible. Escribe Igartua que el legislador, en rigor, no contempla ninguna forma de disponer, pero entonces, ¿para qué establece la indemnización, que implica la patrimonialización del derecho? Y dice que la revocación no afecta a los actos de disposición propiamente dichos, que no se contemplan en la ley: eso quisiera yo, querido Fernando Igartua, pero sí se contemplan y, además, con efectos económicos: es decir, concuerdo con Igartua en la conveniencia de la distinción antes formulada —y que yo no había detectado en 1983—, pero, en contra de lo que él sugiere precisamente al hacerme objeciones, el legislador de 1982, tras intuir la distinción, la suprime al establecer el régimen, valiendo por tanto lo que yo escribí en 1983, en cuanto que la Ley de 1982 sí contempla un modo de disposición de estos derechos: el despiste del legislador arrastra en su caída a Igartua, que, sin embargo, me dice en esa nota algo importante que recojo y que utilizaré en el presente estudio.

En síntesis, a mi juicio, el régimen actual sigue siendo, sustancialmente, el que yo proponía hace diez años (inspirado en doctrina anterior a 1982), pero enriquecido por aportaciones ulteriores de mayor entidad que mi escrito: quiero decir que caben el acto unilateral (revocable) y el contrato. Pero a esta aseveración es necesario hacer, en su momento, importantes matizaciones, pues ese acto unilateral revocable puede recaer sobre facultades de diferente entidad y la Ley de 1982 las confunde: Igartua percibe la confusión, pero no logra hacer salir a la ley de ella.

³⁰ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 328, en nota.

3.^a Antes de estudiar con algún detenimiento el régimen de los negocios dispositivos sobre estos derechos me pregunto si su cualidad de derechos fundamentales incide en alguna medida sobre dicho régimen, cuestión estrechamente ligada a otra que nos interesa en la presente investigación: cuando decimos que el honor, la intimidad o la propia imagen son derechos fundamentales, ¿qué queremos decir exactamente? ¿Es derecho fundamental —con las consecuencias previstas en el núm. 2 del art. 53 de la Constitución— cualquier facultad comprendida en esos moldes del honor, la intimidad o la imagen? ¿Lo es cualquier poder jurídico derivado de un contrato que verse sobre esos derechos de la personalidad? ¿Hay facetas de algunos de estos derechos que, al haber sido en cierto modo patrimonializadas, deben excluirse de la consideración de derechos fundamentales? Piénsese, por ejemplo, en el llamado *derecho patrimonial sobre la imagen*, del que habla autorizadamente Igartua³¹ inspirándose en el norteamericano *right of publicity*, diferente en su régimen jurídico de la *privacy* y de los derechos de la personalidad *stricto sensu*: de él hablaré brevemente luego, como una de las posibles figuras que se darían en el marco de la imagen pero que no merecerían la calificación de derecho fundamental; figura que revestiría, por tanto, especial interés en cuanto que sobre ella versarían negocios dispositivos abordados en este trabajo.

El problema que abordo en esta aclaración tercera es (¡cómo no!) un problema interpretativo, debiendo acudir, para entender la Constitución, a los procedimientos hermenéuticos habituales consignados en el art. 3, núm. 1, del Código Civil, procedimientos que, a la hora de interpretar la Constitución, no los utilizo porque lo diga el Código Civil, sino porque entiendo que el constituyente quiere implícitamente que sigan usándose para entenderla.

Pues bien, cuando dicho constituyente español de 1978 decidió utilizar la figura de los llamados derechos fundamentales para proteger determinados intereses en el campo del honor, la intimidad o la propia imagen lo que pretendía era atribuir una protección reforzada (la del art. 53, núm. 2) a dichos intereses. Pero esa protección reforzada (superior a la conferida a cualquier derecho subjetivo de rango ordinario y consistente —efectualmente— en un proceso preferente y sumario y, en su caso, en el amparo ante

³¹ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 319 y ss., y *Comentario a la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1986*, cit., pp. 4095-4097: en este *Comentario* escribe IGARTUA, refiriéndose a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986: «... Se trata de la primera mención a nivel judicial en nuestro país de la existencia de un derecho patrimonial sobre la imagen. Este derecho puede definirse como el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad, con fines publicitarios o comerciales. Su naturaleza sería la de un derecho de propiedad (especial, si se quiere), no la de un derecho de la personalidad» (p. 4095). De esto hablaré un poco más adelante en el texto.

el Tribunal Constitucional) no se atribuía —creo— a cualquier interés relacionado con el honor, la intimidad y la imagen, sino sólo a los intereses especialmente merecedores de tutela cualificada por corresponderse con los valores reputados más relevantes según los principios constitucionales (preferentemente, arts. 1, 10 y 14 de la Constitución), esto es, sustancialmente al interés consistente en la interrupción de la intromisión o de la lesión y en la reparación de tales eventos; pero no parece que pensara el constituyente, por ejemplo, en atribuir tal protección cualificada al interés de quien contrató con una revista la publicación de fotografías privadas en cobrar íntegramente la suma pactada: es decir, no todos los poderes y facultades conferidos por la ley a los particulares para satisfacer intereses legítimos relacionados con su personalidad merecen la calificación de derechos fundamentales, sino —según la probabilísima *voluntas legis*— sólo aquéllos que respondan a las notas de los intereses y valores de los arts. 10 y ss. de la Constitución; hay, en efecto, intereses que merecen la tutela del Ordenamiento, pero no la del núm. 2 del art. 53 de la Constitución: prestigio profesional, salvo que la lesión a él inferida implique ataque al honor (tema antes tratado); buena fama de una persona jurídica³²; interés de quien comercializa su efigie³³, etc. Que los poderes que, atinentes a la esfera del honor, la intimidad y la propia imagen, he calificado como derechos fundamentales están técnicamente tipificados hoy es discutible (mantuve yo que sí en 1983 y Rojo Ajuria —en relación a la intimidad— que no en 1986, ambos en el ADC)³⁴; desde luego, parece que no lo están otros poderes, relativos a tales esferas, y que me he negado a considerar derechos fundamentales: adelantándose a

³² Que una persona jurídica pueda ser titular o no de derechos fundamentales y, en concreto, de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen ha sido un tema discutido en la doctrina y en la jurisprudencia, que es vacilante al respecto; aunque este punto no es materia del presente estudio, me pronuncio claramente a favor de la solución negativa: los arts. 10 y 14 y ss. de nuestra Ley Fundamental están concebidos para salvaguardar los más supremos intereses de hombres y mujeres, no para proteger esos mecanismos creados artificialmente por el Derecho positivo para unificar patrimonios que se denominan personas jurídicas. El ultraje o la ofensa a una asociación o a una sociedad podrá implicar ataque a un derecho fundamental de sus miembros o administradores, pero no a la entidad; por otra parte, no discuto que exista o pueda existir un interés referible a dicha entidad, en cuanto tal, en preservar su buena fama, pero dicho interés no se protege mediante un derecho fundamental, sino a través de los cauces ordinarios contemplados en el Ordenamiento jurídico, por ejemplo, arts. 1.902 y ss. del Código Civil. Ni siquiera la comodidad funcional de litigar bajo una sola personalidad en un procedimiento de la Ley 62/1978 justifica esta regresión al conceptualismo: creo que se trata de un problema de comprensión del alcance de las determinaciones normativas. Ociosa parece, por ello, mi opinión explícita sobre la vigencia de la referencia a las personas jurídicas contenida en el art. 12 de la Ley 62/1978.

³³ Recuérdense el llamado «derecho patrimonial sobre la imagen».

³⁴ CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit., p. 1257; ROJO AJURIA, *ob. cit.*, p. 140.

una posible o hipotética tipificación legal, ha hablado, como dije, Igartua de un derecho patrimonial sobre la imagen: yo no me atrevo a hablar todavía de eso, salvo *de iure condendo*, pues derecho subjetivo es un molde técnico creado por la ley para unificar facultades y otros efectos jurídicos³⁵; pero sí afirmo, *hic et nunc*, que, *ex art.* 1.255 de nuestro Código Civil, nuestro Ordenamiento jurídico actual ampara el contrato por el que una persona física explota su intimidad o su imagen (tal vez no su honor) a cambio de dinero, siempre que se pacten determinadas condiciones: creo que el objeto de ese contrato no es un derecho fundamental al que excepcionalmente se renuncia o que se ejercita, sino una facultad (o conjunto de facultades) que no llega a merecer tal calificación; y creo que el contrato sería válido por no infringir ni la Constitución, ni la Ley Orgánica 1/1982, ni los arts. 6, 1.255, 1.261, 1.271, 1.272 y 1.275 del Código Civil. Quiero decir que esos contratos no constituyen renunciaciones ni actos de disposición de los derechos de la personalidad citados, ni actos de ejercicio en sentido positivo de esos derechos fundamentales, ni, menos aún, causas de justificación de las intromisiones, sino, más bien, ejercicio de una legítima autonomía negocial sobre facultades jurídicas de rango ordinario en el marco de un contrato atípico. Ni derechos fundamentales, pues, ni siquiera —al menos, todavía— derechos subjetivos *sensu stricto*.

Sí pueden ser, por el contrario, reputados supuestos de renuncia —excepcionalmente admitida en la ley— a los derechos fundamentales aludidos los casos en los que su titular permite, por acto unilateral, la intromisión o la publicación sin finalidad económica: entonces, en principio, no se explota poder jurídico alguno, siendo, por ello, la revocabilidad perfectamente razonable y no suscitándose necesidad de indemnización al revocar, pues dicha autorización se concibe al margen de los negocios y sólo sirve para impedir la ilicitud de esa concreta intromisión: se trata de casos en los que el titular del derecho ni explota comercialmente nada ni cobra nada ni la persona autorizada pretende tampoco explotar esas facultades para su beneficio económico.

Junto a estos modelos de negocios jurídicos que no se contemplan —al menos explícitamente— en la Ley de 1982 y que caben, sin embargo, en nuestro Ordenamiento actualmente vigen-

³⁵ DE CASTRO, *Derecho Civil de España, Parte General*, I, Madrid, 1955, pp. 632 y ss., especialmente p. 643. Es doctrina luego generalmente seguida. Para Don Federico de CASTRO, el derecho subjetivo es un centro de unificación de facultades, respondiendo «... a la necesidad técnica de dar asiento unitario a los distintos haces de facultades, y a la social de impedir la atomización de los poderes jurídicos y de asegurar la estabilidad de las situaciones» (p. 643). Pues bien, la ley española aún no ha creado ese molde, ese centro de unificación de facultades económicas, como quizá sí lo haya hecho algún otro Ordenamiento.

te, debemos reputar posible el modelo contenido en esa ley: autorización o consentimiento con posibilidad de revocación que implicará necesidad de indemnizar los perjuicios que se produzcan: probablemente el legislador pensó no en el derecho patrimonial, sino en el derecho fundamental y concibió la autorización como una mera anuencia a la intromisión, anuencia en la invasión de un derecho fundamental, en principio irrenunciable, que debía controlar mediante la revocabilidad; pero, al advertir sobre la marcha la posible utilización económica de dicha anuencia, acudió a la indemnización: recuérdese el «estupor» (*sic*) detectado por Igartua cuando, con penetración más propia de psicólogo que de jurista, indaga acerca de las cavilaciones de los redactores de este precepto³⁶. Lo que se detecta claramente es el desconcierto de dichos redactores ante el problema y la censurable actitud de los parlamentarios que no se molestaron en atenderlo más concienzudamente.

Ante todo me atrevo a aconsejar a todo empresario del periodismo o de la publicidad que no acuda a la fórmula legal, sino a la del contrato, lo que le permitirá gozar, del modo que luego se describirá, de una posición jurídica estable caracterizada por la aplicación de los arts. 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil (con alguna salvedad), pues la concurrencia del sinalagma y la índole del objeto adquirido —un derecho (o facultad) meramente patrimonial, no fundamental— permiten la renuncia a la revocación discrecional que ese contrato conlleva. No obstante, mientras la Ley de 1982 continúe vigente, expondré brevemente en su lugar el régimen por ella impuesto. Ni que decir tiene que lo deseable es la sustitución de esa ley por otra, no sólo a la vista de esta deficiencia, sino también de otras, que también denuncié en 1983.

Antes de abordar el régimen de los negocios dispositivos sobre intimidad e imagen, unas palabras más sobre ese llamado *derecho patrimonial sobre la imagen*, del que, inspirado en el Derecho de los EE.UU., Fernando Igartua ha escrito interesantes páginas³⁷. En su opinión, este derecho, si fuese recibido en el Derecho español, «... seguiría un régimen jurídico distinto a los derechos de la personalidad: sería transmisible *inter vivos* y *mortis causa* y no afectaría a los contratos que lo tuvieran por objeto la facultad de revocación que se recoge en el artículo 2.º, 3, de la Ley 1/1982... Aparte de reducir la facultad de revocación a aquellos casos en los que sea necesario, protegiendo así también los derechos de los cocontratantes, se posibilitaría el recuperar el enriquecimiento

³⁶ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 328. En similares términos, SALVADOR CODERCH, en la misma obra (p. 382, en nota), que habla del «titubeo legal».

³⁷ IGARTUA, *Comentario a la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1986*, cit., pp. 4095 y ss.; y *El mercado de las ideas*, cit., pp. 319 y ss.

injusto ante una intromisión a este derecho»³⁸. Cuatro años más tarde el mismo autor, insistiendo en la creciente importancia del valor económico de la imagen (modelos publicitarios, etc.)³⁹, escribe que el derecho patrimonial de la imagen (*right of publicity*) es «... avanzadilla de un cambio de estatuto jurídico de los bienes de la personalidad»⁴⁰, y que «... Tal derecho, definible como *el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales*, está tomando carta de naturaleza en la doctrina comparada y supone una forma distinta de contemplar las facultades sobre los bienes de la personalidad. Ya sea que nos encontramos ante dos derechos distintos sobre esos bienes (uno de índole patrimonial, otro como derecho de la personalidad) o que se esté ante un derecho similar al derecho de autor (con sus aspectos morales y materiales), lo que está claro es que existen dos situaciones jurídicas bien diferentes sobre aquellos bienes, una más volcada en su protección, otra fundamentada en su explotación»⁴¹. Según Igartua, la Ley de 1982 no contempla esa distinción⁴², distinción que sería útil pues ese derecho patrimonial permitiría la reclamación por enriquecimiento injusto obtenido por utilización indebida de la imagen, no cabría revocación y sí cesión en exclusiva, lo que no cabe en el modelo legal⁴³.

A mi juicio, si bien existen unos derechos (fundamentales) de la personalidad al honor, la intimidad y la propia imagen reconocidos en la ley española, no creo que aún exista en nuestro Ordenamiento un (deseable) derecho patrimonial de la imagen (y de la intimidad, añadido yo). Ahora bien, si cabe, *de iure condito*, en nuestro Derecho celebrar contratos atípicos que versen sobre dichos intereses patrimoniales, aunque aún no quepa calificarlos de derechos subjetivos *stricto sensu*, pudiendo, por la vía de los arts. 1.254 y ss. de nuestro Código Civil, satisfacerse dichos intereses

³⁸ IGARTUA, *Comentario a la Sentencia del TS de 28 de octubre de 1986*, cit., p. 4096.

³⁹ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 321.

⁴⁰ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 322.

⁴¹ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 322-323.

⁴² IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 323.

⁴³ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 323-324. Sobre la conveniencia de la exclusiva y su imposibilidad de cabida en la Ley 1/1982, escribe este autor: «... Hoy en día, considerando el derecho a la imagen como derecho de la personalidad, cuando se realiza un contrato sobre el mismo, puede defenderse que, en rigor, por el carácter de indisponibilidad que es nota de estos derechos, solamente se cede el derecho a oponerse a la actuación que el contrato permite, es decir, se consiente lo que de otra forma sería una intromisión. Y nada impide ceder de nuevo el mismo objeto del contrato anterior a otra persona, pues antes nada se transmitió» (p. 323). Me manifiesto de acuerdo con IGARTUA: la exclusiva es un «salto patrimonializador», más cercano a la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que a la Ley Orgánica 1/1982.

que acertadamente Igartua reputa tan merecedores de tutela. Un hipotético Derecho futuro podría crear un contrato típico sobre estos poderes jurídicos, tal vez en Ley separada de la de los derechos de la personalidad que sustituyese a la de 1982.

Dicho todo lo cual, nos hallamos en condiciones de hablar de tales negocios jurídicos.

V. RÉGIMEN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN

A) Introducción

Voy a exponer el régimen que reputo pertinente de los negocios jurídicos atinentes a la intimidad y a la propia imagen: anticipo que no cabe el honor en estos negocios, por motivos fácilmente adivinables y que luego se expondrán. Trataré casi siempre de intimidad e imagen conjuntamente, haciendo en algún caso las oportunas diferenciaciones: muchas veces, lo que algún autor reputa aplicable a la imagen cabe también referirlo a la intimidad, pues, siendo figuras, como se dijo, distinguibles, tienen muchas características comunes. No trataré de otros derechos de la personalidad tradicionalmente asimilados a éstos, como el nombre o el derecho moral de autor, figuras que difieren demasiado del objeto de nuestro estudio, ni menos aún de otros derechos de la personalidad relativos a la esfera corporal (vida, integridad física o psíquica), aún más alejados de nuestro campo de atención; pero ello no implica que olvidemos algunas soluciones, propuestas a veces para ellos, que puedan servirnos ahora. La indagación del régimen de estos negocios se lleva a cabo preponderadamente atendiendo a principios generales del Derecho, especialmente inferidos de preceptos reguladores de los contratos y de las obligaciones, sin olvidar el Derecho de la persona: de tales principios se derivan —orientándonos con frecuencia por la doctrina— las soluciones o criterios de solución que seguidamente se proponen; tales soluciones o criterios se presentan discretamente sistematizados con el fin de orientar mejor al lector; distingo cuatro modalidades de actos dispositivos: el contrato, que es la fórmula que elijo como paradigmática, aunque no sea la escogida por la Ley 1/1982; el acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial; el acto unilateral, asimismo *inter vivos*, contemplado en la Ley citada; y el acto dispositivo *mortis causa*, esto es, contenido en testamento.

B) El contrato

En el examen del régimen del contrato por el que se dispone de aspectos de estos derechos distingo varios apartados: determinación de la normativa aplicable o utilizable para la obtención, por vía analógica, de soluciones; sujetos; forma; objeto y causa; tiempo de duración de la relación contractual; y ámbito geográfico del contrato.

1.º **NORMATIVA.**—Respecto del procedimiento utilizable en caso de conflicto, a la vista de que, como se dijo, no constituye objeto del presente negocio un derecho fundamental sino un derecho patrimonial (*rectius*, un conjunto de facultades de contenido patrimonial) no cabe, en principio, acudir al procedimiento sumario y preferente contemplado en el art. 53, núm. 2, de la Constitución y regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. No se trata de que el titular de la intimidad o la imagen, al explotarlas económicamente, degrade el derecho fundamental rebajándolo a derecho de rango ordinario, sino que la facultad cedida y los intereses gestionados no merecen, a mi juicio, el mecanismo superprotector de ese procedimiento preferente y menos aún del amparo. Otra cuestión es que, en el transcurso de la vida del contrato, se produzca, incluso como modo de incumplimiento del mismo por extralimitación cualitativa de lo en él permitido, un ataque a la intimidad o a la propia imagen del contratante: ello podrá, además de implicar incumplimiento de obligaciones nacidas *ex contractu* susceptible de ser sancionado con los arts. 1.101 y ss. del Código Civil (esto es cuestionable), generar la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 y la procedencia del procedimiento de la Ley 62/1978. Pero fuera de ese supuesto, el procedimiento para resolver los conflictos nacidos del contrato es el declarativo ordinario que corresponda (arts. 483 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo asimismo posible el arbitraje, salvo en los supuestos en los que ello sea impedido en virtud del art. 2, núm. 1, c, de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Respecto del Derecho sustantivo aplicable, al hallarnos ante un contrato atípico, debemos aplicar las normas de los arts. 1.254 y ss. del Código Civil relativas al contrato en general y las de los arts. 1.088 y ss., relativas a las obligaciones en general; de todas ellas destaco las contenidas en los arts. 1.091, 1.101 y ss., 1.255, 1.256, 1.258, 1.261, 1.264, 1.271, 1.272, 1.275 y 1.281 y ss., todos ellos textos reveladores, como los de los arts. 7, 1.583 ó 1.732 y ss. Fuera del Código Civil, convendrá tener presente el art. 57 del Código de Comercio o algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores o de la Ley de Propiedad Intelectual (respec-

tivamente, Ley 8/1980, de 10 de marzo, y Ley 22/1987, de 11 de noviembre).

El contrato de que se trata se regulará por las cláusulas pactadas, en cuanto no se opongan a las leyes imperativas, a la moral o al orden público (art. 1.255 del Código Civil); obligará a las partes *ex arts.* 1.091, 1.256 y 1.258 del mismo cuerpo legal, aunque, si se pactó una duración muy larga o no se pactó límite de tiempo, se apliquen analógicamente artículos como el 1.583 (éste en cierta medida) o los 1.732 y ss.; su incumplimiento generará la pertinente responsabilidad, cabiendo, en su caso, la ejecución *in natura*⁴⁴; su objeto y su causa deberán ser lícitos; en cuanto a la indagación de la llamada regla negocial, habrá que interpretar sus cláusulas con arreglo a los arts. 1.281 y ss. del Código Civil, integrando el contrato con arreglo a su art. 1.258 y cumpliéndolo según las reglas de la buena fe objetiva. Es cuestionable qué contratos típicos se le asemejan más, lo que cabe plantear con objeto de extraer, vía art. 4, núm. 1, del Código Civil, soluciones inferidas de preceptos que los regulen, habiendo aludido la doctrina al arrendamiento, al mandato o, incluso —saltando a otra zona del Código—, a la constitución de un usufructo⁴⁵, procedimiento que no me parece demasiado fructífero, pues no creo necesario acudir a la subsunción en tipos legales para hacer operar la analogía⁴⁶.

El problema interpretativo es quizá el más complejo en esta materia, dada la riquísima gama de posibilidades que estos contratos contienen: refiriéndose sólo a la imagen, escribía Gitrama hace más de treinta años que el consentimiento «... puede recaer sobre alguno o algunos de tales actos de divulgación de la imagen o sobre todos ellos; por tiempo determinado o indeterminado; por número determinado o indefinido; con exclusiva o sin ella..., de donde fácil resulta colegir la extraordinaria variedad de posibles combinaciones obligacionales... Si se trata de retratos aún no existentes (por ejemplo, prestación de modelo para un pintor o fotógrafo), nos hallaremos en presencia de una convención sobre cosa futura, válida a tenor del artículo 1.271 del Código Civil, en torno a la cual, en cada caso, habrá de interpretarse si faculta o no al autor del retrato para su publicación»⁴⁷. En síntesis, siendo casi infinitas las posibilidades, el problema interpretativo es crucial, siendo imprescindible determinar el alcance del consentimiento⁴⁸.

⁴⁴ Así se deduce de lo dicho por GITRAMA, *ob. cit.*, p. 343.

⁴⁵ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 341.

⁴⁶ Sobre los contratos atípicos, *vid.*, entre otros, JORDANO BAREA, «Los contratos atípicos», *RGLJ*, tomo 195, 1953, pp. 51 y ss.; y CASTRO LUCINI, «Los negocios jurídicos atípicos», *RDNot.*, julio-diciembre 1974, pp. 9 y ss.

⁴⁷ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 341.

⁴⁸ Tema que se suscita, más implícita que explícitamente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1988, comentada por IGARTUA, *CCJC*, tomo

El punto de partida prácticamente unánime es el de la interpretación estricta o restrictiva, no entendiéndolo comprendido en el consentimiento sino lo que claramente se infiera de la declaración y nada más⁴⁹, punto de partida que, en líneas generales, acepto, en cuanto que con él se protege más adecuadamente la esfera personal del disponente, gozando de preferente aplicación el art. 1.283 del Código Civil. Insiste Igartua en ello, advirtiendo que dicha interpretación estricta debe defenderse aunque el consentimiento se enmarque en un contrato y exista remuneración⁵⁰, añadiendo, en otro estudio, que «... cuando el consentimiento se otorga para una utilización comercial, tal interpretación estricta debe ser reforzada»⁵¹; a su juicio, «... Es... muy importante la interpretación de los términos del contrato, tanto por saber qué utilidades permite, como para conocer si cabe la cesión del contrato a un tercero...»⁵². Con referencia a la intimidad, Pablo Salvador, tras declarar inconveniente el consentimiento tácito, escribe: «... Consentir a una forma de comunicación pública no es conferir una *licencia* para llevar a cabo cualquier tipo de ellas»⁵³. «... En principio, el consentimiento expreso tiene el alcance que resulta de *sus propios términos* tal y como, dadas las circunstancias, pudo entenderlos su destinatario...». «... Para que valga, es preciso que el concedente conozca el lenguaje exacto de la publicación, así como que lo entienda». «... Los *motivos* o *intenciones* del destinatario del consentimiento son irrelevantes como sucede, en general, en derecho civil... lo que en todo caso puede hacer el concedente es incorporarlos al acto de cesión (por ejemplo, publicación para finalidades médicas o sociológicas). Mas esto no ampara al destinatario que oculta sus verdaderas intenciones y engaña al agente sobre ellas para obtener el consentimiento; entonces simplemente hay dolo»⁵⁴. Interesante problema de causa que suscita Salvador. Ahora bien, creo que, considerando, en principio, acertadas tales opiniones, no es necesario destacar demasiadas diferencias de este contrato frente a otros respecto a los criterios de

18, núm. 476, pp. 973 y ss.; *vid.* concretamente p. 976, en la que el autor mencionado plantea el problema de si la autorización de una divulgación permite otras posteriores.

⁴⁹ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 341; CASAS VALLES, «Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación (Nota a una sentencia de la AT de Barcelona de 19 de julio de 1988)», *Poder Judicial*, núm. 14, 1989, pp. 131 y ss., *concr.* p. 134; SALVADOR, *El mercado de las ideas*, *cit.*, pp. 380-381; IGARTUA, *El mercado de las ideas*, *cit.*, p. 324, y *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Madrid, 1991, pp. 104 y ss.

⁵⁰ IGARTUA, *El mercado de las ideas*, *cit.*, p. 324.

⁵¹ IGARTUA, *La apropiación...*, *cit.*, p. 104. No obstante, este autor matiza, en esta misma obra, tal aseveración en caso de remuneración pactada (pp. 107 y ss.). Pero vuelve a insistir en el carácter estricto de la interpretación en pp. 112 y 113.

⁵² IGARTUA, *La apropiación...*, *cit.*, p. 112.

⁵³ SALVADOR, *El mercado de las ideas*, *cit.*, p. 380.

⁵⁴ SALVADOR, *El mercado de las ideas*, *cit.*, p. 381.

su interpretación: la existencia y cuantía de la remuneración sí creo que sirven para interpretar el ámbito y el contenido de la cesión; y, como bien apunta Gitrama, el art. 1.258 nos sugiere, en sede de integración, que debemos entender comprendido en la autorización lo que resulte necesario para ejecutar lo expresamente pactado⁵⁵. Es claro que hay extralimitaciones patentes: una persona posa desnuda para una revista médica y se usa la fotografía para una revista frívola; a veces el lugar de exhibición es decisivo para el consentimiento: hay quien accede a aparecer desnudo en una publicación de un país muy lejano, pero no en el suyo: todo ello aconseja que los términos del contrato sean muy claros. Pero no encuentro argumentos para excluir, por ejemplo, en caso de duda, la aplicación de las llamadas normas de interpretación objetiva (arts. 1.286 y ss. del Código Civil), ni de la norma atinente al principio de conservación del negocio (art. 1.284), ni, como se ha dicho, la reguladora de la integración (art. 1.258). Por todo lo cual, es aconsejable determinar en el texto contractual con total claridad el contenido de lo que se pretende publicar (fotografías, datos de la vida privada), la naturaleza del medio, el ámbito geográfico de difusión, la duración temporal y las prestaciones instrumentales o preparatorias (sesiones de toma de fotografías o grabaciones, entrevistas, etc.); asimismo debe determinarse si la persona autorizante permite al otro contratante la cesión del contrato a tercero y en qué condiciones, debiendo entenderse que, en caso de omisión de esta cláusula, no cabe la cesión, dadas las características de estos negocios (de índole patrimonial, pero estrechamente vinculados a la personalidad) y dado que la cesión podría trastocar de hecho los otros elementos pactados (ámbito, finalidad, duración, reutilización, etc.); obviamente debe consignarse si el derecho o facultad se cede en exclusiva, lo que guarda estrecha relación con el ámbito geográfico y el límite temporal; no olvido tampoco los elementos ordinarios de todo contrato (cuantía y modo de la remuneración) ni la posibilidad de cláusulas penales u otras garantías.

No cabe dudar de que la interpretación de estos contratos debe inspirarse muy preferentemente en los principios constitucionales, algunos tan próximos a su ámbito. Tampoco excluyo la utilización de algún precepto de la Ley Orgánica 1/1982, concretamente, entre otros, el contenido en el núm. 1 de su art. 2, que, muy inconvenientemente y en contraste con otros principios —éstos sí defendibles— de la misma Ley, permite que cada persona delimite con sus actos su ámbito reservado: no obstante, este precepto, si se entiende referido a actos del autorizante cronológicamente cer-

⁵⁵ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 342.

canos al contrato, puede servirnos para interpretar algún extremo de éste, en línea con el art. 1.282 del Código Civil.

2.º SUJETOS.—Respecto de las partes contratantes debemos plantearnos los problemas que afectan a la persona que permite la intromisión o la publicación de su imagen y su intimidad y los que se refieren a la persona que pretende utilizarla mediante su divulgación.

Empecemos por el sujeto que presta el consentimiento a la utilización de su imagen o que revela su intimidad. A mi juicio, ningún problema especial se plantea si se trata de una persona física, mayor de edad y dotada de capacidad natural y de obrar. Creo que ningún comentario específico merece la materia relativa a los vicios del consentimiento y a la llamada incapacidad natural —habitual o transitoria—, pues valen los criterios generales del Derecho de la contratación. Nada afecta, por otra parte, al problema que el contratante esté o no casado ni el régimen económico de su matrimonio, no siendo necesario el asentimiento del otro cónyuge para perfeccionar el contrato (salvo que —claro está— dicho negocio afecte a la intimidad o a la imagen del cónyuge); suscito, por otra parte, la posibilidad de que el contrato pudiera constituir violación del art. 67 del Código Civil; problema diverso —que realmente no encuentra su cabida en esta sede del perfeccionamiento— es si, concurriendo régimen de gananciales, las deudas derivadas de este contrato son de responsabilidad directa de los gananciales (arts. 1.365 y concordantes del Código Civil) o sólo indirecta (art. 1.373), dándose, a mi juicio, lo primero si el contrato se inserta en el ejercicio ordinario de la profesión (por ejemplo, modelo); en cuanto a si tales deudas pertenecen al pasivo definitivo de los gananciales, creo que la respuesta es afirmativa *ex art.* 1.362, números 1.º y 4.º, aunque cabe la solución negativa en caso de deuda ajena a tal artículo.

¿*Quid* de los menores? ¿Y del menor emancipado? Ante Derecho hoy derogado, el profesor Gitrama reacciona, refiriéndose al derecho a la propia imagen, con extraordinaria perspicacia: si bien parte de la necesidad de que los padres o tutores representen al menor «... en determinadas actuaciones engarzadas con el derecho a la propia imagen de sus representados..., se ha de tener en cuenta que el menor... posee, sin embargo, una cierta potencialidad jurídica creadora máxime en el área del ejercicio de los derechos de la personalidad..., a cuyo respecto se permite y hasta se necesita su personal decisión. Como en general la misma persona de capacidad restringida puede ejercitar por sí los derechos inherentes a su personalidad, resulta que los padres representantes legales, quizá más que representar, deberán entonces asistir al menor, protegiéndole cuando, pongamos por caso, él dé su consentimiento a la publicación de su retrato, bastando para ello que tal menor tenga, a más del uso de razón, suficiente conocimiento

natural. Es consecuencia de ello que padres o tutores únicamente se hallarán legitimados para impedir que el menor consienta en la publicación de su imagen de modo que razonablemente le vaya a perjudicar. Ellos están obligados a velar por la persona del menor, y, por tanto, han de entenderse facultados para oponerse a aquella nociva divulgación. Del propio modo parece que padres o tutores podrán ejercitar los derechos patrimoniales que puedan inferirse del ejercicio por el menor de su derecho a la imagen... Y actuarán plenamente como representantes legales del menor en el ejercicio de las acciones judiciales que le favorezcan...»⁵⁶. Obsérvese que este autor —si bien inspirado en otros— percibe en 1962 que estos derechos presentan una peculiaridad, derivada de eso que él llama «potencialidad jurídica creadora» del menor: la conveniencia de que el menor, dotado de suficiente conocimiento natural, decida por sí mismo, con eficacia jurídica, sobre algunos aspectos de tales derechos, precisamente los más ligados a su personalidad y los menos ligados a su patrimonio. Quizá la explicación de fondo reside en que, ya incluso antes de nuestra Constitución, nuestros juristas perciben que no siempre ha de darse una relación directa entre la trascendencia del derecho y las exigencias de capacidad para ejercitarlo o defenderlo (recuérdese la escala «actuación por sí mismo, actuación por representante legal, autorización judicial de la actuación de dicho representante»), sino que precisamente las peculiaridades de ciertos derechos de singular valor jurídico aconsejan hacer descender el listón de las exigencias de control de la actuación del menor, al reputar su libertad ingrediente ineludible del desarrollo de su personalidad: precisamente en este espíritu se inspira el Derecho vigente, comprendido en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 y en el art. 162, p.º 2.º, núm. 1.º, del Código Civil, en su versión actual⁵⁷ (preceptos que

⁵⁶ GITRAMA, *ob. cit.*, pp. 345-346.

⁵⁷ Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, «Comentario al art. 162 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, pp. 557 y ss., concr. p. 559, con útiles referencias bibliográficas. Más pormenorizadamente, JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», en el vol. *La tutela de los derechos del menor*, dir. por GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984-1985, pp. 243 y ss., concr. pp. 254 y ss. Según JORDANO, que defiende la tesis de la capacidad general del menor, conmisurada a su propia capacidad de entendimiento y voluntad (p. 261), dentro del régimen de los actos atinentes a los derechos de la personalidad del menor, cabe distinguir el supuesto de que el menor tenga capacidad, el de que no la tenga, pero sí tenga suficiente juicio, y de que carezca incluso de éste, asignando diferente tratamiento jurídico a cada uno de ellos a la vista de los arts. 162, p.º 2.º, núm. 1.º y p.º 3.º, del Código Civil, y 3, núm. 1, de la Ley Orgánica 1/1982. Sin descartar esta clasificación trimembre, mantengo, por el momento, *de iure condito*, la bimembre, que se infiere del art. 3 de la Ley Orgánica aludida; me explico: si el menor tiene la capacidad del núm. 1 del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, actúa él solo; si no la tiene, se aplica el núm. 2 del citado artículo; ahora bien, si, no teniéndola pero teniendo suficiente juicio, conllevase el acto atinente a un derecho de la personalidad la reali-

perfilan el alcance del art. 1.264 del mismo Código). En un breve pero encomiable trabajo sobre el tema, Cándido Conde-Pumpido, en esta misma línea: escribe: «... Resulta así que, a pesar de tratarse de un derecho de la personalidad, inalienable abstractamente considerado y que tiene rango de fundamental y naturaleza extra-patrimonial, se admite que personas sin plena capacidad de obrar e imposibilitadas jurídicamente para disponer de su patrimonio, puedan realizar por sí mismas actos de disposición de algunas de las facultades que configuran el contenido del derecho a la intimidad o a la propia imagen. Entiendo que juega aquí el carácter esencialmente personalísimo de estos derechos, para atribuir a su titular facultades de disposición, al margen de su plena capacidad de obrar, y, más allá aún, de sus propias facultades de disposición en el ámbito de derechos axiológicamente inferiores, como son los patrimoniales»⁵⁸. Ahora bien, indica seguidamente Conde-Pumpido que «... *La novedad* en el sistema de la Ley radica no tanto en el reconocimiento de una capacidad para actos concretos, de personas genéricamente incapaces...»⁵⁹, sino en que en el art. 3 de la Ley de 1982 «... Se transfieren... al Ministerio Fiscal potestades que hasta ahora correspondían al Juez cuando actuaba en sede de jurisdicción voluntaria»⁶⁰. Refiriéndose al supuesto de los menores que pueden actuar por sí mismos, alude al concepto de «madurez», que, para él, es «... un concepto normativo, indefinido, que ha de ser determinado en cada caso según criterios o patrones sociales que fijan las condiciones psicofísicas del menor o incapaz con aptitud para ceder una parcela de su intimidad. Incluso será un concepto cambiante y asumible o no por el mismo sujeto, según sea la importancia del acto o intromisión que se pretende autorizar y la trascendencia de la parcela de intimidad que se

zación de prestaciones personales, debe aplicarse, conjuntamente con el núm. 2 del art. 3 de la Ley Orgánica, el pár. 3.º del art. 162 del Código Civil: ello significa que *también* debe consentir el menor; técnicamente no se trata, a mi juicio, de un tercer supuesto, sino de una variedad del segundo, al incidir en una norma diferente de las destinadas a regular los derechos de la personalidad pero que puede confluir con ellos, la del último párrafo del art. 162 del Código Civil: no es lo mismo ceder noticias privadas sobre un niño o fotografías suyas que comprometerlo en una película como actor o en un pase de modelos. Aclaro que el hecho de que la expresión «suficiente juicio» se halle en párrafos distinto de la expresión «condiciones de inmadurez» nos indica que no son equivalentes. En el mismo volumen que JORDANO FRAGA, *vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados derechos de la personalidad con especial referencia a la imagen», *ob. cit.*, pp. 221 y ss., especialmente, p. 226.

⁵⁸ CONDE-PUMPIDO, «La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen», *RGD*, núm. 475, abril 1984, pp. 659 y ss.; y núm. 476, mayo 1984, pp. 979 y ss. En concreto, abril 1984, p. 660. *Vid.* también HERRERO-TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pp. 222-223.

⁵⁹ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 660.

⁶⁰ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 661.

pretende ceder»⁶¹. Según este autor, corresponde fijar la existencia de esa madurez al representante o, si se otorga escritura pública, también al Notario⁶², aportando un criterio supletorio como guía: «... Entiendo —escribe al respecto Conde-Pumpido— *que los mayores de catorce años en todo caso y los mayores de doce en aquéllos en que la cesión de la imagen no ofrezca especiales rasgos de complejidad, podrán ceder, contratar y consentir por sí mismos sin necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal*»⁶³. Cuando se trata de personas no maduras, el citado autor se detiene en examinar el procedimiento, materia que, por imperativos de brevedad, no desarrollo aquí⁶⁴. Sólo advierto que disiento en parte de sus tesis en lo que concierne a las previsiones del art. 3 de la Ley de 1982⁶⁵: frente a las distinciones que propone Conde-Pumpido, yo sostengo que las irregularidades se sancionan siempre con la anulabilidad, por tratarse de deficiencias estructurales que deben afectar a la validez y por ser la anulabilidad la técnica protectora más eficiente en cuanto activable sólo por la persona protegida y tradicionalmente utilizada por la ley para atender las deficiencias de la capacidad de obrar.

Frente a estas opiniones, debo señalar que Pablo Salvador Corderch defiende que, respecto de los negocios sobre la intimidad de contenido patrimonial, debe aplicarse, en materia de menores, el art. 44 de la Ley de Propiedad Intelectual⁶⁶ con preferencia al art. 3 de la Ley 1/1982.

Mi opinión personal es que, si bien el carácter preferentemente patrimonial de las facultades de las que hablamos nos sugiere el acierto de la tesis de Salvador, a la hora de atender un problema jurídico debemos tener en cuenta no sólo la coherencia lógica y la naturaleza del poder jurídico de cuya transmisión se trata, sino también las posibles consecuencias de una u otra solución: a la vista de ello, opto por la aplicación del art. 3 de la Ley 1/1982 aunque no siempre se trate de la disposición de un derecho fundamental (el que ahora tratamos, como dije, no lo es), pues en estos contratos se halla siempre tan involucrada la personalidad del menor que me parece muy provechosa la intervención del Ministerio Fiscal y, eventualmente, la del Juez: reputemos, pues, dicha intervención necesaria en su caso: incluso cuando se dispone de parcelas de la intimidad por dinero se implica efectivamente una persona mucho más que cuando explota una novela (¡salvo

⁶¹ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 664.

⁶² CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 664.

⁶³ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, p. 666.

⁶⁴ *Vid.* CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, abril, pp. 667 y ss.; y mayo, pp. 979 y ss.

⁶⁵ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, mayo, pp. 983 y ss.

⁶⁶ SALVADOR, *El mercado de las ideas*, cit., p. 382.

que sea autobiográfica!). Obviamente someto este parecer a otro mejor fundado.

Dicho lo cual, parece ocioso el tratamiento de los emancipados y de los incapacitados, que quedan también comprendidos en el citado art. 3 de la Ley 1/1982. En relación con los incapacitados habrá que contar con los arts. 210 y 290 del Código Civil, que nos indican que habrá que atender a la pertinente sentencia a la hora de calificar las situaciones contempladas en el art. 3 aludido ⁶⁷. ¿Puede una persona jurídica disponer de estos poderes jurídicos? La respuesta es netamente negativa, pues ni siquiera cabe concebir que posea intimidad o propia imagen en el sentido que ahora nos ocupa.

Tratemos ahora de la otra parte contractual, esto es, el contratante frente al que se dispone de aspectos de la intimidad o al que se permite explotar la imagen. Como se ha dicho precedentemente, es muy importante consignar con claridad en el texto contractual qué personas físicas o jurídicas quedan facultadas para divulgar o publicar imágenes o noticias, determinando si sólo puede hacerlo la persona que contrata con el disponente u otra u otras que ya se designan en el clausulado. Habrá de consignarse si se pacta con persona a designar o en favor de persona que se designará. Y, por supuesto, si cabe o no cesión de la posición contractual del empresario periodístico o publicitario, en qué condiciones y a qué otras personas. Creo que, en ausencia de pacto, no cabe tal cesión de contrato, incluso si en el momento de que se trate sólo subsisten créditos en favor del mencionado empresario, rigiéndose esta materia, dado su carácter personalista, por criterios ajenos a los arts. 1.205 y 1.526 y ss. del Código Civil. Obviamente cabrá cesión si accede a ella el otro contratante. No cabe pactar transmisión de estos poderes jurídicos a una cantidad indeterminada de destinatarios. Por supuesto, vale el pacto de exclusiva, que es instrumento necesario para preservar el interés económico de la operación ⁶⁸.

3.º FORMA.—Este contrato, en línea con el principio espiritualista consignado en los arts. 1.278 y ss. del Código Civil, no es formal. Ello no significa que sea aconsejable celebrarlo verbalmente, pues sólo el documento escrito permite controlar su contenido y su alcance, a la vista de que, como sabemos, el Ordenamiento contiene tantas exigencias para su validez en materia de sujetos, objeto, tiempo, etc. El problema del consentimiento tácito es más planteable fuera del contrato que dentro de él: frente a mi opinión, publicada en 1983 ⁶⁹, de que el núm. 2 del art. 2

⁶⁷ CONDE-PUMPIDO (*ob. cit.*) se refiere a ellos junto a los menores. Con relación al derecho derogado, *vid.* GTRAMA, *ob. cit.*, pp. 346-347.

⁶⁸ Sobre esta materia, GTRAMA, *ob. cit.*, p. 341; IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., p. 325, y *La apropiación...*, cit., pp. 112-113.

⁶⁹ CLAVERIA, *Reflexiones...*, cit., p. 1254.

de la Ley 1/1982 no permite el consentimiento tácito, la tesis dominante defiende que sí vale, aunque presente inconvenientes ⁷⁰. Hoy creo que, a pesar de la dicción de la Ley 1/1982, cabe, fuera y dentro del contrato, consentimiento tácito, pero afirmo que, sin consentimiento expreso y escrito, las posibilidades de nulidad son enormes, sencillamente por el comentado carácter riguroso del régimen del contenido de estos negocios. *De lege ferenda* yo exigiría la forma escrita *ad substantiam*.

4.º OBJETO Y CAUSA.—Prescindo aquí de la distinción entre objeto y causa del contrato, tratada por mí extensamente en otro lugar ⁷¹. En este apartado sólo aludo a que lo pactado sea acorde con el Ordenamiento, no siendo contrario a las leyes imperativas, la moral y el orden público, debiendo atenernos a los arts. 6, 1.255, 1.271, 1.272 y 1.275 del Código Civil ⁷², artículos que hoy deben ser interpretados especialmente a la luz de la Constitución ⁷³. En esta sede cabe plantear si cabe disponer del honor, lo que niego por oponerse a principios constitucionales (arts. 10 y concordantes de nuestra Ley Fundamental) ⁷⁴; por ello siempre he hablado de la intimidad y de la imagen y sólo he aceptado la expresión en el título de mi estudio como cuestión a dilucidar, pues la Ley 1/1982 deja la cuestión abierta, a mi juicio indebidamente. Asimismo cabe plantear si valen los contratos relativos a la pornografía, debiendo, en principio, defenderse la tesis contraria a su validez, a la vista de los citados artículos del Código Civil y de los también mencionados principios constitucionales, siendo, por tanto, aplicables los arts. 1.305 y 1.306 de aquel cuerpo legal: no obstante, aclaro que estas nulidades producidas porque se disponga del honor o se pacte una prestación calificable de pornográfica se declararán rara vez, pues los criterios a aplicar no serán los propugnados por confesión religiosa alguna, sino los extraídos de patrones sociales, debiendo inspirar la actuación del juzgador el pluralismo ideológico y el principio de igualdad: el problema es peliagudo: si reputamos jurídicamente admisible una violenta escena en la que se exhiben insólitas actividades sexuales a causa

⁷⁰ CASAS VALLES, *Derecho a la imagen...*, cit., p. 134; SALVADOR y OTROS, *Libelo contra la Ley del libelo*, Madrid, 1988, pp. 81 y 108; SALVADOR, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 380-381; IGARTUA, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 325-326. GITRAMA, antes de la Ley de 1982, adopta una postura ultracautelosa (*ob. cit.*, p. 340).

⁷¹ CLAVERÍA, *Comentario a los arts. 1.274 a 1.277 del Código Civil*, cit., *passim*, pero especialmente pp. 542 y ss.

⁷² GITRAMA, *ob. cit.*, p. 342; DE ÁNGEL, *ob. cit.*, pp. 132-133; ESTRADA, *ob. cit.*, p. 84; CLAVERÍA, *Reflexiones...*, cit. p. 1253; y *Comentario a los arts. 1.274 a 1.277 del Código Civil*, cit., pp. 572 y ss.

⁷³ CLAVERÍA, *Comentario a los arts. 1.274 a 1.277 del Código Civil*, cit., pp. 572 y ss.

⁷⁴ ESTRADA, *ob. cit.*, pp. 78, 79, 81, 87 y 88. Actitud dubitativa muestra el respecto CASAS VALLÉS (*Derecho a la imagen...*, cit., p. 133).

de su valor artístico o de la enjundia de su mensaje ideológico, ¿podremos rechazar una escena igualmente aberrante desprovista de tan excelsas cualidades artísticas o intelectuales? Quede ahí un terreno para la reflexión.

Acerca del objeto de la prestación, propongo la utilización, en los contratos, a causa de su mayor rigor técnico, de las expresiones hoy acuñadas en la nueva Ley de Propiedad Intelectual de 1987: divulgación, publicación, reproducción, distribución, comunicación pública, etc. (arts. 4, 18, 19 y 20 de dicha Ley).

Aclaro, por último, en esta sede, que es inadmisibles, al desvelar la propia intimidad, desvelar también la de otras personas sin su consentimiento (contrato en perjuicio de tercero): hecho éste muy frecuente en la hipótesis de libros de memorias en los que conocidos personajes narran sus aventuras sin eludir las menciones de la identidad de quienes les acompañaron en tales vicisitudes: ello permitiría a los afectados el ejercicio de las pertinentes acciones penales o civiles frente a los contratantes.

5.º TIEMPO.—En el documento contractual deberá pactarse el tiempo de vigencia de la cesión, o la duración máxima, el número de días o semanas en los que se exhibirán las fotografías, etcétera. Salvo facultad consignada en el mismo contrato, no valdrá revocación alguna durante el plazo de vigencia del negocio: si el antes disponente de su intimidad o su imagen se niega a seguir colaborando (no quiere posar, ni recibe al periodista para seguir narrándole su vida, etc.), ante la imposibilidad de cumplimiento y de ejecución *in natura*, se le reputará incumplidor con todas sus consecuencias (las del pár. 2.º del art. 1.107 del Código Civil); si ya no se requiere su colaboración (por ejemplo, publicación de un retrato ya hecho), revocado el consentimiento antes del plazo, el otro contratante «... puede simplemente seguir ejercitando su derecho en los términos convenidos y no contentarse con el resarcimiento de daños»⁷⁵. Ahora bien, si no se pactó plazo de duración, sí creo que cabe una denuncia (el *recesso* italiano o la *kündigung* alemana) con preaviso una vez que el empresario periodístico o publicitario haya aprovechado el acto dispositivo con arreglo a unos criterios medios de apreciación, de modo que el contrato produzca algún efecto *ex art.* 1.284 del Código Civil (arg. *ex arts.* 1.732 y ss. del citado Código, aplicados por vía analógica *ex art.* 4, núm. 1, del mismo cuerpo legal; téngase asimismo en cuenta el principio que debemos inducir del art. 1.583, inciso 2.º). Tal vez quepa entonces utilizar también la revocación del art. 2, núm. 3, de la Ley 1/1982. A este supuesto de contrato de duración indefinida o no pactada cabe asimilar el de duración

⁷⁵ GITRAMA, *ob. cit.*, p. 343. En contra, CASAS VALLES, *Derecho a la imagen...*, cit., p. 138. Como dije en 1983, y digo ahora, creo que la fórmula del contrato con duración razonable prefijada excluye la revocabilidad.

desproporcionada, desproporción que, en ausencia de determinación legal, deben detectar los módulos sociales vigentes: yo creo que una duración superior a dos años debe, a estos efectos, reputarse indefinida, cabiendo revocación tras esos dos años (no antes, pues habría ineficacia parcial, no total). Fuera de esos supuestos, no veo motivo alguno para desligar a esta figura del marco general de los arts. 1.091, 1.256 y 1.258 de nuestro Código Civil. Sí creo que cabrá pactar cláusula penal para caso de revocación *ex arts.* 1.152 y ss. del Código mencionado.

La figura del contrato, en cuanto que, entre otras consecuencias, implica irrevocabilidad, muestra su neta superioridad sobre la fórmula de la Ley 1/1982: si hay que proteger al disponente de aspectos de la intimidad o de la propia imagen, protéjasele controlando su capacidad, su libertad y el contenido y el alcance del negocio; pero no desquiciando las previsiones del otro contratante: la revocación con indemnización es, en efecto, una técnica deplorable: el empresario preferirá siempre tener la seguridad de que no habrá revocación y de que se lucrará vendiendo su reportaje a un solvente público de lectores, cosa mucho más segura que esperar que un posiblemente insolvente titular de un derecho le indemnice, indemnización que, al no ser efecto de un incumplimiento doloso, nunca podrá alcanzar la cuantía del pár. 2.º del art. 1.107 del Código Civil. La técnica de la Ley de 1982 es incompatible con el *modus operandi* de una empresa, que actúa ateniéndose a previsiones de ingresos y gastos. Lo que parece estar sucediendo en la práctica es ilustrativo: suelen darse contratos de discutible contenido que pretenden luego revocarse caprichosamente por el personaje popular de turno acogiendo a la Ley vigente, lo que a veces conlleva indemnización. Sin comentarios.

6.º LUGAR.—Me refiero al lugar de ejecución del contrato: no debe el cedente, que espera que sus fotografías aparezcan sólo en un pequeño y alejado ámbito geográfico, verse sorprendido por una difusión gigantesca: recuérdese el art. 1.283 del Código Civil. Por extensión, quien pacta su aparición en una revista científica especializada no debe aparecer en un cartel publicitario en la vía pública.

C) El acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial

Este negocio jurídico, al parecer, no ha sido contemplado directamente en la Ley Orgánica 1/1982, pues en ella se alude a la necesidad de indemnizar los daños provocados por la revocación, lo que no se plantea en la hipótesis de autorización sin finalidad económica. Este negocio produce el efecto de convertir en legítimas intromisiones o publicaciones que no lo serían.

Su régimen sería, en principio, el mismo que acabo de proponer para el contrato, salvo en algunos aspectos: cabe revocación sin límite, cabe indeterminación en los destinatarios de la autorización, cabe ilimitación de tiempo y de ámbito geográfico. Se dispone de aspectos de un derecho fundamental, hallándose ahora en la *privacy*, no en la *publicity*, lo que implica —aquí sí— la utilizabilidad de la protección de la Ley 62/1978 y, en su caso, del amparo. Serían aplicables los arts. 1.281 y ss. del Código Civil. No cabe disponer del honor, ni violar los arts. 6, 1.255, 1.271, 1.272, 1.275 y otros antes citados del Código Civil. Aclaro que me refiero a un negocio jurídico, es decir, a una declaración provista de la intención de producir efectos en el campo del Derecho, no a una actitud de mera condescendencia, de difícil interpretación ⁷⁶.

D) El acto unilateral *inter vivos* de la Ley Orgánica 1/1982

El acto de disposición previsto en la Ley Orgánica 1/1982, como se ha dicho, es confuso y de difícil comprensión: parece concebirse en principio como un acto legitimador de la intromisión para luego devenir cauce de la explotación económica de imagen e intimidad, al contemplarse la indemnizabilidad de los daños y perjuicios causados por la revocación, incluyendo en ellos las expectativas justificadas (núm. 3 del art. 2). Sin insistir ahora en las críticas que merece la construcción legal, señalo en este apartado que vale, respecto de este acto, lo dicho respecto del anterior, si bien la presencia de remuneración, cuando la haya, me hace pensar en que entonces estamos ante la cesión de unas facultades patrimoniales (como sucedía en el contrato, antes tratado) y no ante la disposición de aspectos de un derecho fundamental, con las consecuencias procesales que esto conlleva. Como dije antes comentando textos de Igartua, en rigor no es esto lo que hizo —*rectius*, quiso hacer— la Ley 1/1982, que contempla actos dispositivos (con posible contenido económico) sobre derechos fundamentales: no obstante, hermenéuticamente «hago decir» a la Ley que, al disponer comercialmente, ya no se dispone de derechos fundamentales. Respecto de la revocación (cuya posibilidad no cabe negar, puesto que está en la Ley), creo que no requiere motivación ⁷⁷, pero que cabe aplicarle el art. 7 del Código Civil ⁷⁸, no encontrando argumentos para actitudes especialmente restrictivas ⁷⁹: escójase el contrato y se evitará este régimen de la

⁷⁶ Aludida por GITRAMA en *ob. cit.*, p. 341.

⁷⁷ CASAS VALLÉS, *Derecho a la imagen...*, cit., p. 136.

⁷⁸ CASAS VALLÉS, *Derecho a la imagen...*, cit., p. 139.

⁷⁹ Como, por ejemplo, la de IGARTUA, en *El mercado de las ideas*, cit., p. 328 (con cita de la sentencia del TS de 16 de junio de 1990).

Ley de 1982. Como en el caso del contrato, creo que vale el consentimiento tácito. Y el destinatario del consentimiento no puede ceder su posición a tercero sin anuencia del autorizante.

Aclaro que también es defendible la tesis de que las figuras del acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial y esta que ahora trato [respectivamente apartados C) y D)] se hallan ambas contempladas en la Ley de 1982, que determina la obligación de indemnizar a causa de la revocación como la necesaria consecuencia de que la revocación se dé ante un caso de consentimiento a cambio de remuneración, no dándose, por el contrario, tal indemnizabilidad si no se pactó tal remuneración. Los términos en los que se halla redactada la Ley permiten la duda, pero, subsuimble el caso del apartado C) en la Ley de 1982 o no, recibiría el tratamiento que he propuesto líneas antes. Es más, cabe incluso cesión sin remuneración, pero con la finalidad de que sí se enriquezca el cesionario empresario, lo que asimismo podría generar indemnizabilidad por una revocación: entonces lo que entregaría *donandi causa* el titular de la intimidad o la imagen al destinatario sería un valor económico, que se regiría por los criterios de este apartado D), pues el *right of publicity* puede haber sido donado y no necesariamente vendido o permutado: una cosa es ceder gratuitamente aspectos de mi *privacy* a una entidad para que ella reparta gratuitamente información sobre los daños del alcohol o de la heroína y otra cosa es ceder gratuitamente fotografías de mi boda a la revista que dirige un amigo para que se lucren los accionistas y me lo agradezcan eternamente, lo que constituiría una cesión *donandi causa* (eludo el tema de la naturaleza contractual de la donación) de mi *right of publicity*.

E) El acto *mortis causa*

Por último, es posible disponer en un testamento que, por ejemplo, un heredero o un legatario puedan 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, al haber 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. Esto es, caben muchas posibilidades y modalidades que pueden formar parte del contenido del testamento.

Respecto del régimen jurídico de estas determinaciones, reputo válido, en general, lo dicho en relación con los actos *inter vivos*,

siendo aplicables, en su caso, artículos como el 663, el 688, el 767, el 880 y el 902 del Código Civil. Respecto de la interpretación del testamento, clave de la comprensión del alcance de estas cláusulas, *vid.* el art. 675 (en relación con otros, especialmente el 773) del mismo cuerpo legal. 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 ⁸⁰. El tratamiento de estas determinaciones testamentarias merecería, por sí sólo, un trabajo específico.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo dicho cabe extraer varias conclusiones, pero creo que el lector inteligente ya las tiene presentes. Sólo explícito cuatro: las dos primeras son puntualizaciones; las otras dos parecen deseos.

1.^a Mi concepción respecto de la construcción de los actos dispositivos sobre esferas de la intimidad y la propia imagen efectivamente no coincide con ninguna de las cuatro enunciadas a principio del apartado IV de este estudio: algunos de los actos (los que recaen sobre verdaderos derechos fundamentales) encajan en la segunda; otros (los que recaen sobre intereses patrimoniales), en una variedad de la cuarta: no encajan exactamente en ella porque aún no existe en nuestro Ordenamiento un derecho patrimonial de la imagen o de la intimidad legalmente tipificado.

2.^a En materia de figuras negociales de disposición de aspectos o facetas atinentes a la intimidad y a la imagen, *de iure condito* cabe distinguir, como he expuesto, el contrato, el acto unilateral *inter vivos* sin contenido patrimonial, el acto unilateral *inter vivos* de la Ley de 1982 y el acto *mortis causa*; la primera y la última figuras no se contemplan en la citada Ley; la tercera, obviamente sí; y la segunda, directamente no, pero cabe defender que también quepa en ella, al menos en algún precepto. Ahora bien, la primera y la cuarta recaen sobre facultades que no son derechos fundamentales; la segunda, sobre derechos fundamentales; y la tercera, a mi juicio, recae sobre facultades que no son derechos fundamentales; pero los desconcertados redactores del texto legal la construyeron como figura que sí afectaba a tales derechos, pues

⁸⁰ Sobre el sentido y el alcance de los arts. 4 y ss. de la Ley Orgánica 1/1982, aprovecho el estudio de mi discípula Ana Laura CABEZUELO titulado *Notas sobre la protección de la personalidad de las personas fallecidas*, pendiente de publicación, que amablemente me cede en versión mecanografiada.

—empleemos términos anglosajones para abreviar— no distinguieron *privacy* y *publicity*: haciendo yo una interpretación correctora para evitar efectos absurdos (tratar como derecho fundamental un interés económico), entiendo que, cuando la Ley alude a actos dispositivos de contenido económico, sale de la *privacy* y entra en la *publicity*: recuérdese al prestigioso autor que cree que ésta no resulta contemplada en la Ley y que niega que la Ley se refiera a actos dispositivos sobre aquélla, lo cual no casa con el texto legal, que sí habla de indemnizaciones: parodiando a Don Quijote, normas de esta índole no son inteligibles ni por Aristóteles «... si resucitara para sólo ello».

3.^a Destaco la urgente necesidad de sustituir la Ley 1/1982 por otra Ley Orgánica de mayor claridad, calidad y sencillez y de elaborar además una Ley —quizá no necesariamente orgánica— relativa a los actos de explotación económica de la imagen y la intimidad, creando o no un *right of publicity* español; podría llevarse a término esa tarea cuando se elaborara la Ley —también orgánica— que sustituya a la 62/1978.

4.^a Mientras tanto, sólo me cabe desear a los Jueces españoles que sigan caracterizándose por su sentido común cuando tengan que enfrentarse a este tipo de litigios, actuando sin olvidar los principios constitucionales y jurídico-privados y sin obsesionarse por la aplicación literal de algún que otro precepto legal que probablemente resulte desmentido por otro precepto legal adyacente.