UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

TESIS DOCTORAL

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA POST-MORTEM

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN

Las Palmas de Gran Canaria, 2001

Título de la tesis:

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA POST-MORTEM

Thesis title:

THE RIGHTS OF THE PERSONALITY POST-MORTEM

Abstract

The Rights of the Personality post-mortem
By Lucas Andrés Pérez Martín

This doctoral thesis studies the juridical situation in which the **rights of the personality** afther the death of its holder ar retained in the Spanish juridical system, and also its protection. The **rights of the personality**, as fundamental rights recognised in the Spanish Constitution of *1978*, as essential for the free development of personality and human dignity, did not have a specific regulation until *1982*. Until that time its protection was developed by means or extra-contractual responsability from the article 1902 of the Spanish Civil Code.

Which this legal absence the legislator regulates the protection of the three principle **rights of the personality:** ***Honour, Privacy, Image***, in the L. O. 1/82 of 5th May. Regarding our research article, this regulation is a milestone within Spanish history. It is to be the first law that the Spanish legal system recognises, with the necessary qualified value of L. O. (Organic Law): The protection of the **rights of the personality** after the death of its holder, essentially foreseen in its 4th and 6th articles.

After this norm, the reaction of the judicial system had changed. Without having looked into this post-mortem situation deeply enough a great number of the Spanish authors with brilliant schemes, arranged this protection with the theory that the **rights of the personality** are extinguished after death. Nevertheless, the highest Spanish courts both Constitutional as well as Civil have after initial attempts been able to include the admission of the defence of the **rights of the personality** after its holder´s death, in a decisive development with exemplary conception admitting the survival of the **rights of the personality** after the holder´s death.

In the current research we defend the last thesis. Based on the different aspects of the quoted law L. O. 1/82, its relation with the principles of the Constitution of *1978*, with the juridical nature of the rights and above, all with the jurisdictional protection that the Spanis court grants them, we defend that the **rights of the personality** ***continue existing after the death of its holder***, suffering a small variation in their juridical nature in whicyh the immanent aspect disappears, (*the deceasedd cannot enjoy these rights personally*) but it is still valid with even more intensity than during the holder´s life tyhe social aspect, that is the protected jurisdictionaly.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD POST-MORTEM

Lucas Andrés Pérez Martín
(U.L.P.G.C.)

Quisiera aprovechar estas líneas para expresar mi más profundo agradecimiento a todas aquellas personas que han hecho posible, con su constante apoyo y aliento, la elaboración y finalización de la presente investigación. Esencialmente he de manifestar mi gratitud al profesor Dr. D. Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano, Director de esta Tesis Doctoral, que con su persistente supervisión y consejo posibilitó la culminación de este estudio tal y como se presenta en la actualidad. Así mismo, he de agradecer al resto de los profesores del Área de Derecho civil de esta Facultad la decidida ayuda y los ánimos recibidos durante el largo proceso de estudio desarrollado, así como a la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria su incesante referencia como fundamento de la formación de este doctorando. Por último, y evidentemente no por ello menos importante, he de agradecer profundamente a mi familia, padres, hermanos y esposa, la comprensión y el paciente apoyo demostrado a lo largo de todos estos años de trabajo, lo que posibilitó que el esfuerzo pudiera reavivarse día a día y así, finalmente, que esta Tesis Doctoral viese la luz.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....IX

INTRODUCCIÓN.....1

PARTE PRELIMINAR: ESTUDIO GENERAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....5

1.- PLANTEAMIENTO.....7

2.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA.....9
2.1.- Introducción.....9
2.2.- Derecho antiguo.....10
2.3.- Derecho medieval.....12
2.4.- Precedentes de la época moderna.....14
2.5.- Codificación europea occidental.....16
2.6.- Derecho español contemporáneo.....19

3.- TEORÍAS ACERCA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. DEFINICIONES.....23
3.1.- Denominación empleada.....23
3.2.- Teorías negadoras de su existencia.....24
3.3.- Teorías defensoras de su existencia.....26
3.3.1.- Teorías monistas.....26
3.3.2.- Teorías pluralistas.....28
3.4.- Definiciones.....31

4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....34
4.1.- No se configuran como derechos subjetivos.....35
4.2.- Son derechos subjetivos.....36
4.3.- Teorías intermedias.....39

5.- CARACTERES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....41
5.1.- Esencialidad.....42
5.2.- Inherencia.....45
5.3.- Extrapatrimonialidad.....47
5.3.1.- Irrenunciabilidad.....52
5.3.2.- Indisponibilidad.....53
5.3.2.1.- Consentimiento.....58

5.3.3.- Intransmisibilidad....62
5.3.4.- Inexpropiabilidad e inembargabilidad....63
5.3.5.- Imprescriptibilidad....64
5.4.- Recapitulación en torno a la evolución actual de algunos caracteres de los derechos de la personalidad....65

6.- ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS JURÍDICAS....66
6.1.- Posiciones de la jurisprudencia....67
6.1.1.- Tribunal Constitucional....67
6.1.2.- Tribunal Supremo....70
6.2.- Posturas de la doctrina....74
6.3.- Recapitulación....77

7.- LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO EXTRANJERO. BREVE REFERENCIA....79
7.1.- Italia....80
7.2.- Francia....82
7.3.- Alemania....84
7.4.- Derecho anglosajón....86
7.5.- Otros sistemas jurídicos....88

SEGUNDA PARTE: SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD POST-MORTEM....91

1.-. PLANTEAMIENTO....93

CAPÍTULO PRIMERO; ESTUDIO DE CADA UNO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CONCRETO, CON ESPECIAL ÉNFASIS A SU SITUACIÓN TRAS LA MUERTE DE LA PERSONA....95

1.-. PLANTEAMIENTO....97

2.- CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD....99
2.1.- Derecho español....99
2.2.- Derecho extranjero....103
2.3.- Recapitulación, propuesta personal....105

3.- ESFERA ESPIRITUAL DE LA PERSONA....106
3.1.- Derecho al honor....106
3.1.1.- Introducción....106

3.1.2.- Definición del derecho al honor....107
3.1.2.1.- Definición legal....107
3.1.2.2.- Definición doctrinal....108
3.1.2.3.- Definición jurisprudencial....112
3.1.3.- Situación del derecho al honor tras la muerte de su titular....116
3.2.- Derecho a la imagen....121
3.2.1.- Introducción....121
3.2.2.- Definición del derecho a la imagen....122
3.2.2.1.- Definición legal....122
3.2.2.2.- Definición doctrinal....126
3.2.2.3.- Definición jurisprudencial....130
3.2.3.- Situación del derecho a la imagen tras la muerte de su titular....133
3.3.- Derecho a la intimidad....139
3.3.1.- Introducción....139
3.3.2.- Definición del derecho a la intimidad....140
3.3.2.1.- Definición legal....140
3.3.2.2.- Definición doctrinal....143
3.3.2.3.- Definición jurisprudencial....146
3.3.3.- Situación del derecho a la intimidad tras la muerte de su titular....149
3.4.- Derecho al nombre....157
3.4.1.- Introducción....157
3.4.2.- Definición del derecho al nombre....158
3.4.2.1.- Definición legal....158
3.4.2.2.- Definición doctrinal....160
3.4.3.- Situación del derecho al nombre tras la muerte de su titular....164
3.5.- Derecho al título nobiliario....168
3.5.1.- Introducción....168
3.5.2.- Definición del derecho al título nobiliario....169
3.5.2.1.- Regulación legal....169
3.5.2.2.- Posturas doctrinales....170
3.5.2.3.- Jurisprudencia sobre el derecho al título nobiliario 172
3.5.3.- Situación del derecho al título nobiliario tras la muerte de su titular....175
3.6.- Derecho de autor....178
3.6.1.- Introducción. Cuestión previa....178
3.6.2.- Premisa necesaria; El derecho moral de autor, ¿Derecho de la personalidad o no? 183
3.6.3.- Definición del derecho moral de autor....189
3.6.3.1.- Definición legal....190
3.6.3.2.- Definición doctrinal....194
3.6.3.3.- Definición jurisprudencial....197
3.6.4.- Situación del derecho moral de autor tras la muerte de su titular....198

3.6.4.1.- Legislación....199
3.6.4.2.- Posturas doctrinales....206
3.6.4.3.- Jurisprudencia....211
3.6.5.- Epílogo....212

4.- ESFERA CORPORAL DE LA PERSONA....215
4.1.- Planteamiento....215
4.2.- Primera referencia a los derechos a la vida y a la libertad....217
4.2.1.- Derecho a la vida....217
4.2.2.- Derecho a la libertad....223
4.3.- Derecho a la integridad física....226
4.3.1.- Derecho a la disposición corporal en vida....230
4.3.2.- Derecho a disponer del cadáver....238
4.3.2.1.- Introducción. Regulación del derecho en el Ordenamiento jurídico español....239
4.3.2.2.- Naturaleza jurídica del derecho....244
4.3.2.3.- Principales aspectos conflictivos del derecho....249

CAPÍTULO SEGUNDO; NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD TRAS LA MUERTE DE SU TITULAR (PERSPECTIVA GLOBAL)....257

1.- PLANTEAMIENTO....259

SECCIÓN PRIMERA; Los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular....263

1.- INTRODUCCIÓN....263
1.1.- Justificación de la perspectiva global del estudio y su conexión con el tratamiento previo de cada uno de los derechos....265
1.2.- Regulación jurídica de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular en el derecho español....273

2.- REFLEXIÓN INICIAL; ¿ES LÍCITA O ILÍCITA LA INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE UNA PERSONA FALLECIDA?....288

3.- LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DESAPARECEN TRAS LA MUERTE DE SUTITULAR....302
3.1.- Derecho español....304

3.1.1.- Posturas doctrinales.....305
3.1.1.1.- Los derechos desaparecen por su propia naturaleza Jurídica.....308
3.1.1.2.- Los derechos desaparecen por ser personalísimos...312
3.1.1.3.- Los derechos desaparecen por la redacción del artículo 32 del Código Civil.....314
3.1.1.4.- Los derechos desaparecen por la regulación de la LO. 1/82.....317
3.1.1.5.- Posturas contradictorias.....318
3.1.2.- Situación jurisprudencial.....328
3.1.2.1.- Tribunal Constitucional.....329
3.1.2.2.- Tribunal Supremo.....334
3.1.2.3.- Relación entre la protección del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo.....340
3.1.3.- Fundamentación de la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem en el derecho español.....344
3.1.3.1.- Se defienden los derechos de los familiares.....348
3.1.3.2.- Los familiares defiende el derecho del fallecido.....354
3.2.- Derecho comparado.....358
3.2.1. Derecho italiano.....359
3.2.2.- Derecho francés.....367
3.2.3.- Derecho alemán.....369

4.- POSTURAS INTERMEDIAS.....371
4.1.- Los derechos quedan latentes.....374
4.2.- Tras la muerte hay derechos nuevos.....378
4.2.1.- La memoria como realidad diferente de la personalidad.....382
4.2.1.1.- El concepto de memoria en la LO. 1/82.....384
4.2.1.2.- Concepto jurídico de memoria en relación a la regulación de los derechos de la personalidad post-mortem en la LO. 1/82.....389

5.- LA MUERTE NO EXTINGUE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....398
5.1.- Derecho español.....402
5.1.1.- Posturas doctrinales.....403
5.1.1.1.- Decidida defensa de la existencia de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.....407
5.1.1.2.- Posibilidad de la existencia post-mortem de los derechos de la personalidad.....417
5.1.1.3.- Admisión implícita de la pervivencia de los derechos de la personalidad post-mortem.....421
5.1.1.4.- Posturas contradictorias.....423
5.1.2.- Situación jurisprudencial.....427
5.1.2.1.- Tribunal Constitucional.....429
5.1.2.2.- Tribunal Supremo.....444

5.1.2.3.- Conclusiones en relación a la protección jurisprudencial de los derechos de la personalidad post-mortem....455
5.2.- Derecho comparado....460
5.2.1.- Derecho italiano....462
5.2.2.- Derecho francés....474
5.2.3.- Derecho alemán....479

6.- RECAPITULACIÓN. POSICIÓN PERSONAL....481
6.1.- Constitucionalidad de estos derechos. Principios de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad....483
6.2.- Significado de la importancia de la voluntad del fallecido....487
6.3.- Importancia de los actos previos del fallecido....489
6.4.- Significación de la designación de una Persona Jurídica como legitimada para la defensa de los derechos....491
6.5.- Papel de los familiares en la defensa de los derechos....492
6.6.- Perspectiva global de la regulación de la LO. 1/82....495
6.7.- Relación de la protección con la Naturaleza Jurídica de cada uno de los derechos de la personalidad....499
6.8.- El concepto de memoria....502
6.9.- Artículo 32 del Código Civil y su relación con el aspecto social de los derechos de la personalidad....504
6.10.- Defensa y protección jurisdiccional de los derechos....506
6.11.- Colisión de los derechos de la personalidad de los fallecidos con las libertades de expresión y de información....510
6.12.- Conclusión; Los derechos de la personalidad siguen existiendo tras la muerte de su titular sufriendo una pequeña variación en su naturaleza....511

SECCIÓN SEGUNDA; Aspectos sucesorios de los derechos de la Personalidad tras la muerte de su titular....513

1.- INTRODUCCIÓN....513

2.- TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE DERECHOS NO PATRIMONIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL....515

3.- TRANSMISIBILIDAD POST-MORTEM DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD....520
3.1.- Los derechos de la personalidad son intransmisibles tras la muerte de su titular....521
3.1.1.- La intransmisibilidad de los derechos es absoluta....522

3.1.2.- Los derechos son intransmisibles, pero se da una legitimación especial de los familiares....528
3.1.3.- Los derechos son intransmisibles, pero se da una legitimación de los familiares ope legis....530
3.2.- Los derechos de la personalidad admiten la transmisión tras la muerte de su titular....532
3.2.1.- Se transmite únicamente la acción para defender el derecho....533
3.2.2.- Se transmiten los derechos de la personalidad....537

4.- ALCANCE DE LA TRANSMISIÓN. POSIBILIDAD DE TRANSMISIÓN DE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD....542

5.- POSICIONAMIENTO PERSONAL....552

6.- ASPECTOS SUBJETIVOS DE LA TRANSMISIÓN. LEGITIMADOS POR ELLA....555
6.1.- Sujetos legitimados para actuar....556
6.1.1.- Designado por el fallecido....557
6.1.2.- Familiares del fallecido....561
6.1.2.1.- Legitimación de los familiares del fallecido o de sus herederos; diferentes lecturas y consecuencias....563
6.1.3.- Ministerio Fiscal....565
6.2.- Aspecto temporal de la legitimación....569
6.3.- Fundamentación de la legitimación....571
6.4.- Naturaleza jurídica de la legitimación....573

CAPÍTULO TERCERO; FORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD TRAS LA MUERTE DE SU TITULAR....577

1.-. PLANTEAMIENTO....579

2.- CONFLICTOS ENTRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD POST-MORTEM Y LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y DE EXPRESIÓN....581
2.1.- Diferencias entre libertad de información y de expresión....582
2.1.1.- Definición y caracteres de la libertad de información....587
2.1.2.- Definición y caracteres de la libertad de expresión....591

2.2.- Criterios de resolución de los conflictos entre las libertades de información y de expresión y los derechos de la personalidad post-mortem....594
2.2.1.- Especialidades de la libertad de información....605
2.2.2.- Especialidades de la libertad de expresión....608
2.3.- Posibles vulneraciones....610
2.3.1.- Derecho al honor....612
2.3.2.- Derecho a la imagen....620
2.3.1.- Derecho a la intimidad....623

3.- SISTEMAS DE PROTECCIÓN....627
3.1.- Procedimientos judiciales....629
3.2.- Medidas cautelares....631
3.3.- Medidas contemporáneas....633
3.4.- Medidas resarcitorias....634
3.4.1.- Responsabilidad económica; indemnización....635
3.4.1.1.- Responsabilidad de la indemnización....636
3.4.1.2.- Criterios de cuantificación....637
3.4.1.3.- Posibilidad de modificación en Casación....641
3.4.1.4.- Naturaleza de la indemnización....642
3.4.2.- Publicación de la Sentencia y destrucción de los negativos y copias....643
3.5.- Irrevocabilidad de ciertos efectos de la vulneración de los derechos de la personalidad post-mortem....643

CONCLUSIONES....645

BIBLIOGRAFÍA....655

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA CITADA RELATIVA CONCRETAMENTE A LA SITUACIÓN POST-MORTEM DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD....671

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil.
AD	Actualidad y Derecho.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADH	Anuario de Derechos Humanos.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
BDP	Bibliotheque de droit privé.
BGB	Código Civil alemán.
Cdo	Considerando.
Cass	Corte de Casación del tribunal Supremo Italiano.
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos.
CG	Corriere giuridico.
CP	Código Penal.
DC	Digesto Commerciale.
DDP	Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile.
DFDP	Il diritto di famiglia ed delle persone.
DiA	Il Diritto di autore.
DinfInf	Diritto informazione e informatica.
DPC	Derecho Privado y Constitución.
ED	Enciclopedia di diritto.
FI	Foro italiano.
FJ	Fundamento jurídico.
GiCi	Giustizia Civile.
GU	Gazzetta Ufficiale.
HLR	Harvard Law Review.
LL	La Ley.
LO	Ley Orgánica.
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPI	Ley de Propiedad Intelectual.
LRC	Ley del Registro Civil.
NDI	Novissimo Digesto Italiano.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
NGCC	Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NT	Nuevo Tiempo.
MJ	Ministerio de Justicia.
PJ	Poder Judicial.
RaDC	Rassegna di Diritto Civile.
RAP	Revista de Administración Pública.
RCDIP	Reveu critique de droit international privé.
RDN	Revista de Derecho Notarial.

RDP	Revista de Derecho Privado.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RiCDP	Rivista Critica di Diritto Privato.
RiDC	Rivista di Diritto Civile.
RiDCo	Rivista di Diritto Commerciale.
RiDI	Rivista di diritto industrial.
RiTDPC	Rivista trimestrale di diritto e procuraduria civile.
RJA	Revista Jurídica de Asturias.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RRC	Reglamento de la Ley del Registro Civil
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil.
RTDPC	Rivista trimestrale di Diritto e Procedimento Civile.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
VN	Vita Notariale.

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es la situación jurídica en la que quedan los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona titular de los mismos, así como su posterior protección y defensa. A nuestro modo de ver éste es un tema que en la actualidad se plantea sumamente interesante para su estudio doctrinal, debido a la evolución que ha sufrido en los últimos tiempos, y a su actual importancia, tanto desde una perspectiva estrictamente jurídica, como desde la más amplia de nuestra realidad social.

Su importancia social la constatamos día a día, ya que nos encontramos en una sociedad eminentemente mediática en la que los medios de comunicación –lo que muchos han definido ya como el cuarto poder- han adquirido una innegable trascendencia en el ejercicio de la formación de una opinión pública libre e informada, labor reconocida por nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para el desarrollo de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Todo ello, potenciado con la existencia de infinidad de medios de comunicación conocidos como "del corazón", ha provocado la aparición de gran cantidad de informaciones, opiniones y juicios de valor relacionados con personas con y sin relevancia pública tanto en el transcurso de su vida como, especialmente trascendental para este estudio, tras su fallecimiento, que afectan o pueden afectar a sus derechos de la personalidad.

Esta realidad impulsó al legislador a regular dicha situación, y en concreto la absoluta laguna que existía en nuestro ordenamiento jurídico cuando las informaciones afectaban a personas que ya habían fallecido. Esta regulación se produjo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. En ella se dedican los artículos cuatro a seis a regular la protección *post-mortem* de los derechos de la personalidad. Este articulado será estudiado con profundidad en la presente tesis doctoral.

A raíz de la citada Ley Orgánica se ha producido un cierto desarrollo jurisprudencial del objeto central de nuestro estudio (iniciado con la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988 de 2 de diciembre), que no siempre ha sido homogéneo, y que estudiaremos con detenimiento. Así mismo, tras la novedosa regulación y el estudio de la jurisprudencia, también algún sector de la doctrina ha llevado a cabo un replanteamiento de la postura dominante hasta ese momento, aunque la concreta discusión doctrinal sobre esta situación no ha alcanzado hoy en día una gran profundidad. Todas estas novedades, especialmente las jurisprudenciales, la inquietud que provocan, así como la relectura doctrinal que se da entre los estudiosos de la ciencia del Derecho, nos evidencian la importancia jurídica actual del tema, a la que antes hacíamos referencia.

Esta tesis abarca el estudio de los derechos de la personalidad post-mortem desde una perspectiva global, tratando en conjunto todos los derechos que en nuestro sistema jurídico se consideran como tales, aunque inicialmente también se estudien ciertos matices que pueden diferenciar unos de los otros en su situación *post-mortem*. Esto se debe a que tanto la atención doctrinal como la jurisprudencial sobre este tema son realmente recientes, encontrándose la discusión en el momento actual en un estado ciertamente embrionario. Por ello creemos que la perspectiva adecuada es tratar la naturaleza jurídica de estos derechos en su conjunto, sin perjuicio de que en un momento futuro pueda convenir estudios centrados en la situación de cada derecho en particular.

Así mismo, una vez concretamos la naturaleza jurídica de los derechos, hemos considerado necesario y enriquecedor tratar en un capítulo final una materia que puede parecer adjetiva o procesal, como es la de las formas y el contenido de la protección de los mismos. Hemos creído indispensable abrir este pequeño capítulo ya que, sin él, sin concretar cómo llevar a cabo la protección de los derechos una vez que hemos estudiado su naturaleza, el presente trabajo quedaría de alguna manera incompleto.

En definitiva nos encontramos, a nuestro entender, ante un objeto de estudio absolutamente apasionante que ha de conocer una evolución que en la actualidad podemos considerar cierta aunque indeterminada. Y ello gracias a que, ante una exigencia social de protección de los derechos de la personalidad de los que han convivido con nosotros pero nos dejaron, ante el principio moral indiscutible, como recoge la Exposición de Motivos de la LO. 1/82, de que; "*la memoria de aquél* [del fallecido] *constituye una prolongación de esta última* [de la personalidad] ***que debe***

también ser tutelada por el Derecho,...", se produjo una reacción legislativa encaminada a la protección práctica de estos derechos tras el fallecimiento, pero en lo relativo a su configuración teórica, la situación de su naturaleza jurídica suscita algunas lagunas y aspectos oscuros.

La regulación resulta práctica porque permite la defensa de estos derechos y evita la impunidad de las intromisiones a los mismos, pero incompleta porque la Ley –tampoco la doctrina- no ha entrado a estudiar con profundidad, a nuestro modesto entender, el fondo del asunto, la naturaleza jurídica en la que quedan estos derechos tras el fallecimiento. Se producen así necesarias e insalvables contradicciones en algunos textos, tanto legales, jurisprudenciales, como doctrinales, que afirman que los mismos derechos que se declaran inexistentes y desaparecidos (y por lo tanto ya no sería necesario defenderlos) son los que se protegen por la regulación.

En intentar aclarar estas contradicciones y en analizar todos los perfiles de la naturaleza jurídica y de la evolución que han sufrido y que pueden experimentar en el futuro los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona centraremos nuestros esfuerzos en la presente tesis doctoral. Es por ello por lo que consideramos que la misma se presenta como de gran actualidad tanto jurídica como social, y muy novedosa en el estudio de la perspectiva doctrinal y jurisprudencial.

PARTE PRELIMINAR;

ESTUDIO GENERAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

1.- PLANTEAMIENTO.

En esta parte preliminar llevaremos a cabo el estudio de los derechos de la personalidad desde una perspectiva global, general, sin centrarnos en su situación post-mortem. Nuestra intención es la de realizar una aproximación que creemos necesaria para situar el contexto en el que se encuentra el tema de la tesis, y así poder estudiar con mayor fundamento y claridad el contenido posterior de la misma, el por qué de su situación actual y su posible evolución.

Sin ánimos de ser exhaustivos en el tratamiento de esta parte, meramente introductoria, expondremos las teorías dominantes y los puntos de conflicto que en la actualidad se da en la teoría general de los derechos de la personalidad. Algún epígrafe en concreto, como el de los caracteres de estos derechos, por ejemplo, nos ocupará algo más, ya que la evolución que ha sufrido alguno de ellos puede afectar a la situación de los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona.

En este ánimo empezaremos haciendo una breve reseña histórica en la que analizaremos cuándo se produce la aparición en el derecho europeo en general y en el español en particular de los derechos de la personalidad tal y como los conocemos hoy en día y el por qué de la misma, así como su evolución hasta nuestros días. No buscamos en absoluto ser profundos en este epígrafe, sino aportar, muy por encima, las notas principales de su desarrollo precedente.

Seguiremos reflejando las distintas teorías que han negado y defendido la existencia de estos derechos y dentro de estas últimas la diferenciación existente entre monistas y pluralistas, éstas mayoritarias en la casi totalidad de la doctrina patria, aunque no así en todo el derecho comparado. Posteriormente, en el mismo epígrafe, reflejaremos las numerosas y variadas definiciones que ha dado la doctrina española y comparada de unos derechos que, por otro lado, son muy difíciles de acotar en la intención de expresar el concreto significado del término, ya que están muy ligados a la concepción personal que cada uno tiene de la naturaleza humana.

La naturaleza jurídica de estos derechos también será tratada, en concreto las diferencias de criterio que en la actualidad existen entre quienes opinan que estamos ante derechos subjetivos o quienes lo niegan, para posteriormente apuntar qué fundamentación aportamos para suscribir una opinión u otra, y de qué manera puede esto afectar a la situación de los mismos tras la muerte de su titular.

El siguiente epígrafe del que consta la presente parte introductoria, el de los caracteres de estos derechos, ha experimentado una gran evolución en nuestra

legislación y jurisprudencia, lo que ha provocado un cambio en la concepción de los derechos de la personalidad, así como un replanteamiento por parte de la doctrina sobre su visión de ellos. La toma de postura sobre estos caracteres sí que tendrá posteriormente una concreta influencia en el tema central de la tesis, en su situación post-mortem, que estudiaremos en su segunda parte, por lo que este tema será tratado con cierta atención.

Por último acabaremos esta primera parte con una escueta referencia al reconocimiento o no de estos derechos a las personas jurídicas y al estudio del derecho extranjero, y los diferentes matices con los que en los distintos ordenamientos se aprecia y recoge la existencia de los derechos de la personalidad.

Reiteramos que la presente parte tiene un carácter meramente introductorio y por lo tanto no exhaustivo, ya que no forma parte del tema central del estudio. No obstante, a nuestro entender, es fundamental y necesaria a la hora de centrar determinados conceptos y partir con una clara y muy definida comprensión de la situación actual de los derechos de la personalidad en general, para poder así entrar posteriormente, con las mayores garantías, en los variados aspectos que el estudio de la situación de los mismos tras la muerte de su titular nos ofrece.

2.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA.

2.1.- Introducción.

Podemos afirmar que la teoría de los derechos de la personalidad, tal y como nos aparece configurada en la actualidad, surge en un momento relativamente reciente en la evolución del derecho histórico, tanto español como comparado. La motivación para el surgimiento de la misma se puede situar en el momento en el que ya el ciudadano se siente seguro frente al Estado y desplaza su atención de la protección frente a éste a la de sus relaciones privadas[1].

Esto provoca que en dicho momento histórico, que podríamos situar a principios del siglo XIX en el movimiento codificador, una vez consolidados los efectos de la revolución francesa y de las declaraciones de derechos públicos de finales del XVIII, con lo que se aseguraban los derechos del ciudadano frente al Estado se produzca una mayor preocupación por recoger en textos legales, su situación respecto al resto de los ciudadanos, y con ello proteger los "derechos de la personalidad".[2]

Pero esta realidad no nos debe llevar a pensar que con anterioridad no se protegieran instituciones similares a las que posteriormente representaron estos derechos, y que su existencia se considere únicamente como un logro de los dos últimos siglos. Con ciertas instituciones históricas, que a continuación estudiaremos de forma muy somera, se proporcionó protección a valores cercanos a los que protegen hoy los derechos de la personalidad, por lo que los debemos considerar

[1] Sobre esta opinión mayoritaria Vid. DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La protección de la personalidad en el derecho privado*, RDN. 1974, enero-marzo, pág. 25, o también; ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, 1985, pág. 133.

[2] Ello no obstante que en derecho comparado hayan surgido algunas voces, aunque mínimas, que consideran que estos derechos surgieron con anterioridad. Así, PUGLIESE, G., *Il diritto alla «riservatezza» nell quadro dei diritti della personalità*, RiDC. 1963 Parte I, pag 605, en la que recoge que «Los derechos de la personalidad no son una creación reciente», y recoge que instituciones como la actio iniuriarum (que estudiaremos a continuación); «sirvieron para penar determinadas violaciones de la personalidad, constituidas, a su vez, no solamente por las ofensas al honor y a la reputación, sino también, y en primer lugar, por atentados a la integridad física y por impedimentos de la libertad». Así mismo, este autor también reconoce como perteneciente a la teoría de los derechos de la personalidad al tratado *"De iure civili"* de DONELLO, escrito en 1762. Reiteramos que es una opinión muy minoritaria, aunque deba ser aquí recogida.

como las precursoras de la posterior necesidad de regulación de los derechos, o como sus antecedentes 'filosóficos'.[3]

Es por ello por lo que analizaremos brevemente las referidas instituciones, aclarando previamente la finalidad meramente introductoria de esta reseña histórica, que tiene la simple intención de situar y comprender mejor los epígrafes posteriores a través de una rápida mirada a la evolución que han presentado los derechos de la personalidad, sin buscar en su elaboración un análisis profundo de la misma.

En este desarrollo histórico se ha producido un progresivo y paulatino reconocimiento de la protección de valores similares a los de estos derechos, desarrollándose una evolución más o menos lineal en el mismo que ha conducido a la teoría de los derechos de la personalidad que conocemos hoy en día.

2.2.- Derecho antiguo.

En cuanto a la aparición del primer antecedente de estos derechos, alguna parte de la doctrina la sitúa en la cultura griega[4], pero en la misma no encontramos ninguna corriente ni institución concreta que nos haga llegar a tal conclusión[5]. Es por ello por lo que la corriente mayoritaria[6], y nosotros con ella, cree que para encontrar el citado precedente hemos de acudir al derecho romano. En el mismo aparece una figura clave para el surgimiento de la protección de valores que hoy llamaríamos

---

[3] Al respecto la opinión de DE CASTRO, F., en *Los llamados derechos de la personalidad*, ADC., 1959, IV, octubre-diciembre, pág. 1239, es clarificadora; «La consideración de que los derechos de la personalidad son una conquista jurídica del último siglo no puede aceptarse en el sentido de que antes no se conociese la protección jurídica de los valores y de las facultades de la personalidad. Más bien pudiera acusarse a la ciencia moderna de haber olvidado conquistas ya logradas por los antiguos autores...»

[4] Así, por ejemplo, DE COSSÍO, A., *Evolución del concepto de la personalidad y sus repercusiones en el derecho privado*, RDP., diciembre 1942, pág. 750; o también DÍEZ DÍAZ, J., *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*, Madrid, 1963, pág. 53.

[5] Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derechos subjetivos*, NEJ., T. VII, pág. 102, que en su estudio sobre éstos –recordemos que los derechos de la personalidad se consideran por la doctrina mayoritaria como derechos subjetivos (ver epígrafe 5 de esta parte preliminar sobre la Naturaleza Jurídica)-, recoge que «Dentro del ordenamiento ético jurídico de la ciudad helénica no se habla de derechos subjetivos ni en su forma de derechos innatos, ni siquiera en la más restringida de derechos concebidos por el Estado».

[6] Cfr., entre otros, a; TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1995, pág. 501 a 506; FUENTESECA, P., *Historia del derecho romano*, Madrid, 1987, pág. 82 y ss; o también CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. I, Vol. II, Madrid, 1982, pág. 355.

intrínsecos a la persona[7], buscando evitar en todo momento las intromisiones contra éstos. Ésta es la *"actio iniuriarum aestimatoria"*, o como la cita habitualmente la doctrina, la *'actio iniuriarum'*, aplicada a los procesos ciudadanos al menos desde los años 86-81 a.C.[8]

A través de la misma se busca penar, caso por caso, las injurias, sean físicas o morales, dependiendo la gravedad de las mismas y de sus circunstancias, los ataques a la dignidad del ofendido por el escándalo producido. Se castiga, por tanto, el insulto verbal, la honorabilidad de mujeres y menores o los atentados que causaban infamia. El plazo para ejercitar la acción, que se establecía como acción privada, era de un año[9].

Como vemos, ésta sí que se puede considerar la primera institución que protege los derechos de la personalidad, o al menos intereses similares a los mismos, y que guarda ciertas similitudes con figuras jurídicas vigentes en nuestro derecho actual[10]. Pero no podemos olvidar que no se corresponde con la filosofía de ninguna de las figuras que admitimos en nuestro derecho, entre otras cosas porque el sistema romano, en el reconocimiento de los derechos inherentes a las personas, parte de una concepción de desigualdad entre los hombres evidente ya que cada uno se sitúa según el 'status' en el que está encuadrado, siendo diferentes los derechos de los que disfruta un hombre "libre", un "ciudadano", un "pater familias" o un "esclavo"[11].

---

[7] Sin perjuicio que algunos autores; Vid. DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1240, aprecien, en propias palabras del citado, que además de la existencia de esta figura que a continuación citaremos, en el derecho romano; «hay textos en los que un civilista moderno pensaría encontrarse ante la regulación de unos derechos sobre la vida y el cuerpo, sobre el honor, sobre la libertad y hasta respecto al no sufrir injustificadamente dolor».

[8] Vid. TORRENT, ob. cit. nota 6, pág. 503.

[9] Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Madrid, 1958, págs. 430 a 432; TORRENT, ob. cit. nota 6, pág. 503 y 504.

[10] El artículo 208 del CP. español establece que; "Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

[11] Vid. IGLESIAS, J., *Estudios. Historia de Roma – Derecho romano – Derecho moderno*, Madrid, 1985, pág. 127; TORRENT, ob. cit. nota 6, págs. 71 a 74; PÉREZ PRENDES, J. M., *Lecciones de historia del derecho español*, Madrid, 1993, pág. 64.

2.3.- Derecho medieval.

Llegados a la referencia sobre la Edad Media, en este periodo histórico podemos afirmar que sigue produciéndose la evolución antes citada en la protección de valores 'personales' gracias a concretas instituciones jurídicas.[12]

Centrándonos en nuestro derecho, estas instituciones, muy aisladas y concretas por supuesto, cuya finalidad principal es la defensa de un valor muy ligado a la cultura feudal patria como es el del *honor*[13], se concretan en la pervivencia de las injurias en la línea seguida por la "actio iniuriarum"[14]. Éstas fueron reconocidas en los sucesivos fueros y disposiciones emanadas por el poder real en nuestro país, como el "Liber Iudiciorum", dictado por Recesvinto en 654; el Fuero de Cuenca, concedido por Alfonso VIII en 1189; el Fuero Juzgo, traducción del Liber Iudiciorum del siglo XIII; el Fuero Real, redactado entre 1252 y 1255; o el Código de las 7 Partidas, de probable realización según todas las fuentes[15] en el reinado de Fernando IV, entre 1295 y 1312.

En este último texto, de gran importancia en la herencia jurídica española, se regulan dos figuras muy significativas dentro de la evolución de la defensa de los derechos de la personalidad. La primera es la *acción de jactancia*[16], instrumento de protección muy novedoso y avanzado para la época, de gran virtualidad que tenía la finalidad de «*'provocar'* al autor de la afirmación para que entablase la acción judicial encaminada a declarar la veracidad de lo afirmado o para que, en caso

---

[12] Así opinan GARCÍA-GALLO, A., *Manual de historia del derecho español I, el origen y la evolución del derecho*, Madrid, 1984, págs. 166 y 167; y también PÉREZ PRENDES, ob. cit. nota 11, pág. 343.

[13] Siempre encardinado dentro de los caracteres de dicho sistema feudal, es decir, únicamente el honor de los señores, no el de los siervos. Para un estudio en profundidad sobre las diferencias entre estamentos y situaciones sociales en la edad media, GARCÍA-GALLO, ob. cit. nota 12, págs. 582 a 601.

[14] Como vemos el desarrollo histórico de las diferentes instituciones similares a los derechos de la personalidad, éstas se centran en el derecho que hoy conocemos como "del honor" dentro de las clasificaciones admitidas en nuestro sistema jurídico en la actualidad –serán tratadas en el inicio de la segunda parte de la presente tesis doctoral-. La diferenciación con el resto de los derechos se produciría en las últimas etapas históricas que estudiamos, a partir de la codificación. Así mismo, también es de destacar que la evolución es lineal, surge de la actio iniuriarum, y va desarrollando sus principios a través de la evolución de los tiempos.

[15] Cfr. GARCÍA-GALLO, ob. cit. nota 12, pág. 398; ESCUDERO, J., *Curso de historia del derecho*, Madrid, 1995, pág. 452, discusión ésta fuera de nuestro objetivo y finalidad, por lo que únicamente la dejamos indicada.

[16] Ley XLVI, Título II, Partida III.

contrario, guardase *'perpetuo silencio'*». Con esta segunda alternativa el demandante conseguía que cesara la actitud de la otra parte y, en consecuencia, que se reconociese implícitamente su razón[17].

La virtualidad de esta figura se refleja en que, surgida en los inicios del siglo XIV como fecha más tardía, el hecho de si en la actualidad sigue vigente o no no es un tema exento de controversia[18].

La segunda institución contenida en las 7 Partidas es de gran importancia para el tema central de nuestro estudio, ya que contiene el primer reconocimiento a unos familiares de una persona fallecida de la capacidad jurídica para poder accionar a favor de *la protección del derecho de **su familiar ya fallecido***. El texto literal de la misma con respecto a la transmisibilidad de la acción establece que:

> «El heredero del que en vida hubiese demandado la satisfacción de la injuria puede continuar el pleito ya contestado hasta sentencia, *pero no demandar, si el difunto no lo hubiere hecho*; *salvo si recibiere la injuria en la enfermedad de que muera.* Tampoco puede ser demandado el heredero del injuriante muerto antes de contestar el pleito; pero muriendo después, será obligado a la misma satisfacción que daría el difunto».[19]

Como veremos en el capítulo dedicado concretamente a la legitimación activa de los familiares para actuar con respecto a la defensa de los derechos de la personalidad de un fallecido, los requisitos que la LO. 1/82 de 5 de mayo establece para ello en nuestro sistema jurídico son exactamente los mismos que los recogidos en la Ley de las 7 Partidas en el siglo XIII, en lo referente a la imposibilidad de actuar si no lo hizo el desaparecido, salvo que la injuria le sorprendiese enfermo y por ello no hubiese podido actuar[20].

---

[17] Sobre su importancia, Vid. DE ANGEL, ob. cit. nota 1, págs. 68 y 69, que estima que debemos considerar la figura como; «un medio muy característico de defensa de los derechos del individuo ya que no persigue una reparación directa, sino sólo la implícita que resulta del 'perpetuo silencio' impuesto al demandado».

[18] Así, a pesar de no haber sido recogida en ningún texto posterior, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado en todo momento su vigencia en numerosas Sentencias, algunas con cierta lejanía, como la de 27 de septiembre de 1912, otras mucho más cercanas como la de 20 de mayo de 1980. Esto no obstante, podemos considerar dudosa su virtualidad y vigencia actual, opinión sostenida, entre otros, por; DE ANGEL, ob. cit. nota 1, pág. 69 o también BELLÓN MOLINA, F., *El derecho al honor y su tutela procesal civil*, Tesis Doctoral inédita, defendida en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1996, págs. 34 a 36.

[19] Ley XXIII, Título IX, Partida VII.

Por otro lado en el derecho continental también se establecen en la Edad Media concretos reconocimientos a los ciudadanos de derechos que podríamos llamar "públicos", como en la Carta Magna que los nobles ingleses 'arrancaron' en 1215 al Rey Juan *Sin Tierra*.

Como hemos visto en la Edad Media algo se avanza en el reconocimiento de estos derechos[21]. Además, durante los siglos siguientes[22] se produce y fomenta una mayor comprensión de la necesidad de protegerlos, gracias al estudio que se realiza en las grandes Universidades de la *Summa Theologica* de Santo Tomás (1265-72), en concreto de sus disposiciones relativas a la vida, el honor, la fama, de su lesión y del deber de restitución[23], y a que la Iglesia asume las teorías que la misma contiene y se compromete a difundirla.[24]

2.4.- Precedentes de la época moderna.

Surgen finalmente en el siglo XVII diversas corrientes que contribuyen a la *'opinio iuris'* de la necesidad de la efectiva protección de estos derechos. Una de ellas, aunque no la más importante es la Escuela de Derecho Natural de dicho siglo, que en su concepción filosófica los considera como naturales o innatos, otorgándoles perfiles muy parecidos a los que les reconocemos en nuestro sistema jurídico[25].

---

[20] El hecho de que este precepto de las 7 Partidas, del siglo XIII, coincida casi exactamente con el fondo del artículo 6 de la LO. 1/82 nos parece extremadamente significativo, y de un interés intelectual innegable. Los efectos que este artículo tiene en nuestro derecho reflexionaremos con profundidad en el segundo capítulo de la segunda parte de esta tesis doctoral.

[21] Y hemos comprobado cómo aparece la primera mención a la defensa de un derecho de la personalidad de un fallecido por sus familiares, lo que tiene especial trascendencia respecto al tema central de este estudio.

[22] Que podemos situar a finales de la Edad Media, en la época renacentista, abarcando el periodo que comprende desde el siglo XIII al XVI.

[23] *S. Th. 2,2 58 y ss.* Según DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1241, -y es una opinión que compartimos-; «La doctrina así formada, difundidas en copias manuscritas de los apuntes de clase, se irá consolidando hasta formar la *communis opinio*» (de la época para la regulación de estos derechos).

[24] Vid. GARCÍA-GALLO, ob. cit. nota 12, pág. 151, o también; CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 356.

[25] Como se puede apreciar, por ejemplo en la esencia filosófica contenida en GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, 1625, 2, 17, 2, 1 (trad. Esp. De; J. TORRUBIANO, Madrid, 1925).

Pero es en los inicios del siglo XVII cuando aparece, según la doctrina mayoritaria[26], el «atisbo por los antiguos doctores de la moderna teoría de los derechos de la personalidad»[27]. Se trata de la figura de la *Potestas in se ipsum*, del español Baltasar Gómez de Amezcúa[28], que a pesar de provenir de la escuela agustiniana, distinta de la de Santo Tomás, realiza junto a éste una contribución decisiva a la concepción de la necesidad de protección de los derechos 'personales', en lo que constituye la primera afirmación de un "derecho sobre sí mismo"[29].

Ésta se produce no desde la perspectiva negativa con la que se podría haber considerado hasta el momento; a saber; «No es lícito hacer nada fuera de lo expresamente permitido por el Derecho», sino desde una concepción positiva, la de; «En principio, todo le está permitido al hombre, respecto a sí mimo, excepto lo que expresamente conste prohibido por el Derecho». Por ello –según AMEZCÚA- se está en disposición de abarcar diferentes manifestaciones, «lo que corresponde a los hombres sobre sí mismos, en cuanto Dios les concedió el libre albedrío»[30]. Este poder, por lo tanto, le concedía al hombre diferentes potestades, que no necesariamente debían constituir un elenco cerrado[31].

Es ésta una concepción no apropiada para su vigencia en nuestro sistema jurídico, y ha provocado voces autorizadas que lo han reflejado con contundencia[32].

---

[26] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 356; DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1248; DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, pág. 34; DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 4, pág. 35; e incluso en la doctrina comparada, en FERRI, G., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, RiDCo., 1994 I. , pág. 143.

[27] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 356.

[28] GÓMEZ DE AMEZCÚA, B., *Tractatus de potestate in se ipsum*, 2ª Ed., Mediolani, 1609.

[29] Vid. DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1248.

[30] Vid. GÓMEZ DE AMEZCÚA, ob. cit. nota 28, I pág. 12.

[31] Así, se le podía reconocer, repetimos, sin considerar una enumeración exhaustiva y cerrada, «ser dueño de todo lo referente a la vida menos matarse; dominio de uso sobre el cuerpo y en general dominio de disponer de sí, con las excepciones marcadas por la ley divina, canónica o civil». Vid. GÓMEZ DE AMEZCÚA, ob. cit. nota 28, I pág. 35.

[32] Así, DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, págs. 35 y 36, opina que «Se trata de una construcción de teología moral, propia de su época, en la que queda desdibujada la cuestión referente a la naturaleza de la potestad *in se ipsum*; bien sea un derecho, bien varios, bien una o varias facultades». Más contundente se nos presenta DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1249, «La teoría de AMEZCÚA tiene una falta fundamental, que si explicable e inocua, dado su punto de partida (teología moral), será gravísima al pasar a la doctrina civil (técnica): la confusión entre el derecho subjetivo y las facultades. Se puede decir que un hombre es dueño de sí mismo y de sus acciones, para significar la propia

Pero a nuestro juicio, aunque consideremos acertadas estas opiniones críticas con la teoría, no debemos dejar de admitir que la misma se nos presenta como un punto de inflexión importantísimo en el desarrollo histórico de estos derechos en el sentido de sentar la base –con relación a su fundamento- de su aparición y regulación posterior en el proceso codificador, ya que se constituye como la primera configuración de una verdadera potestad sobre la persona.

Con el transcurso del tiempo, hasta el siglo XIX se produce la difusión de diferentes teorías que defienden los bienes de la persona, ahora ya situados dentro de una concepción igualitaria de los hombres[33]. Pero será la Revolución Francesa la que marque el paso decisivo para asentar la concepción de los derechos de la personalidad como los conocemos hoy en día, iguales para todos los hombres. No obstante a raíz de la misma no podemos considerar que se nos presentan unos derechos protegidos únicamente por el derecho privado, ya que comienza en dicho momento una tensión que siempre ha existido entre su protección por el derecho público o por el privado[34].

2.5.- Codificación europea occidental.

Los Códigos civiles europeos del siglo XIX no recogen expresamente en sus textos la regulación de los derechos de la personalidad, por varias razones. La primera se sitúa en este ya citado conflicto entre derecho público y privado, y toda vez que las Constituciones de estos países ya recogían la Declaración de Derechos de 1789, ello provocó que los civilistas no los regularan[35]. La segunda razón es que

libertad y responsabilidad, a respetar por todos; mas tal poder (facultades) tiene una naturaleza distinta del derecho (dominativo) real, de crédito o de familia».

[33] Vid. DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1244, señalando dentro de esta corriente a autores como el ya citado en la nota 25 GROCIO, que a principios del XVIII recoge como bienes o cosas que pueden sufrir un daño a la vida, el cuerpo, la libertad, el honor y el patrimonio.

[34] Se debe a que el primer reconocimiento de estos derechos se produce en la *Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano* por la Asamblea Nacional Francesa en agosto de 1789 y a que posteriormente también se han dado declaraciones políticas en las que se recogían, como la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* por la ONU., en 1948. Sin embargo, a pesar de esta inicial naturaleza pública y a que –como veremos a continuación- los Códigos civiles del derecho occidental no los recogieron hasta el presente siglo, en la actualidad se admite que estos derechos vienen situados dentro de la sistemática del Derecho Civil. Así, entre otros, Vid. ROGEL VIDE, C., ob. cit. nota 1, págs. 97 a 193, que estudia la diferencia entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de la personalidad.

todos ellos surgen a raíz e influenciados por el 'Code Napoleón', de 1804, de marcado carácter patrimonialista. Todo ello provocó que durante dicho siglo no se concibiese la protección de estos derechos por los civilistas salvo en determinadas excepciones.

Una de éstas es el Código Civil austríaco de 1810[36], pero la que hemos de considerar más significativa es la del portugués de 1867, que recoge la idea de los derechos originarios, definiendo como tales el derecho de existencia, el de libertad, de asociación, de apropiación y de defensa –arts. 359 a 367-.[37]

Ya en el siglo actual la tendencia de los Códigos Civiles europeos cambia, y paulatinamente se produce un reconocimiento –parcial eso sí-, de los derechos de la personalidad.

Así, en el B.G.B. alemán[38] se recoge algún tipo de protección, pero sólo en algunos parágrafos muy concretos. Según el 823, p. 1, "Está obligado a indemnizar los daños causados el que lesiona a otro antijurídica y culposamente en su vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro derecho". En el 12 se regula la protección al nombre y en el 22 ciertos aspectos de la imagen. Como vemos no es una protección que podamos considerar en absoluto completa[39].

El Código suizo (1912) presenta una novedad, y es que dedica una sección –muy escasa, ciertamente- a "la protección de la personalidad" –arts 27 a 30-, en los que se protege la capacidad de derecho y de obrar a la libertad, la protección de las relaciones personales y el nombre.

---

[35] Vid. DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1246.

[36] Que expuso una fundamentación clara de la existencia de los derechos, aunque no los recogiese en toda su amplitud. Estableció que todo hombre tiene los derechos innatos que se fundan en la sola razón, por la cual ha de considerarse como persona.

[37] Incluso este Código portugués llega a fijar las características de los mismos como «inalienables y únicamente pueden ser limitados por ley formal expresa», estableciendo que «la violación produce un deber de reparar la ofensa».

[38] Como ocurre con otros Códigos, algunos autores lo datan en 1896, según el año de su elaboración final; Vid. MARÍN PÉREZ, P., *Derecho civil, T I. Derechos de la personalidad*, Madrid, 1985 pág. 105, y otros, la mayoría, en 1990, fecha de su entrada en vigor; Vid. entre otros a DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1246.

[39] Sobre esta opinión Vid. LARENZ, K., *El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana*, RDP.,1978 pág. 639. Según el autor la protección que ofrecen estos parágrafos es muy limitada. Con respecto a la imagen, por ejemplo, nos dice que «La 'protección' de la imagen se refiere solamente a la exposición simbólica directa del aspecto corporal de la persona...». Con respecto a otros, que «Tampoco existe protección alguna contra la publicación de informes y exposiciones de la 'vida privada y familiar'...».

El italiano (1942) dedica algunas disposiciones a la integridad del propio cuerpo -art. 5-, del derecho al nombre y al pseudónimo –arts. 6 a 9- y del de propia imagen –art. 10-[40].

También el Código griego (1946) considera en general el "derecho sobre la propia persona" como derecho frente a la injuria –arts. 57, 59-, sobre el nombre –arts. 58, 59- y sobre los 'productos del espíritu' –art. 60-.

Pero como vemos, estas regulaciones son muy parciales e incompletas. Sin duda el Código Civil más completo de los que podamos analizar en lo relativo a la regulación de estos derechos es el portugués de 1966[41], ya que les dedica toda la Sección IIª del Título IIº del libro Iº -arts. 70 a 81-, protegiendo el nombre –72 y 73-, el seudónimo –74-, la reserva sobre misivas confidenciales –75, 76 y 78-, la imagen –79- o la intimidad de la vida privada –80-. También ofrece protección contra la vulneración de estos derechos y previene la indemnización por los perjuicios causados a las legítimas expectativas de la otra parte.

Pero a pesar de este último ejemplo, como vemos, ninguno de estos códigos llevan a cabo la regulación de un sistema que contenga todos los aspectos de la naturaleza jurídica ni todos los de la protección de los diferentes derechos de la personalidad. No obstante sí suponen la positivización de algunos de los mismos, lo que provocó un inicial e importante reconocimiento legal.

En la mayoría de los sistemas jurídicos europeos la posterior configuración de los límites de los mismos, su enumeración, su naturaleza jurídica y sobre todo su protección, se ha desarrollado, además de por los diferentes estudios doctrinales que los analizaron, por la vía jurisprudencial[42]. Ésta se ha configurado como una forma

[40] Lo que a juicio de, MARÍN, ob. cit. nota 38, pág. 104, se presenta como «de sentido muy plausible».

[41] La explicación de que esto sea así es clara. Por un lado ya contaba con el precedente del Código de 1867 en el que como vimos anteriormente recogía la noción de estos derechos, y protegía algunos, en un momento histórico en el que casi ningún texto legal comparado recogía la regulación de los mismos. Por otro lado, al ser un texto realizado en un momento histórico posterior a los citados anteriormente se nutre del desarrollo jurisprudencial producido del que hablaremos a continuación, y se apoyó en la corriente doctrinal y legal europea que admitía en su inmensa mayoría la existencia y la necesidad de legislar y proteger estos derechos.

[42] De hecho, con relación al derecho alemán, por ejemplo, mucha doctrina le resta valor a la regulación del código, estimando que «El llamado "derecho de la personalidad" es por completo una creación de la Jurisprudencia en la República Federal». Vid. WEYERS, HANS-LEO, *Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1981/82*, ADC. 1984, I, pág. 165.

mucho más adaptable a la evolución de la concepción, tanto jurídica como social de los derechos de la personalidad, y así ha provocado su última evolución. Los aspectos esenciales que pueden diferenciar a los principales sistemas comparados serán estudiados en el epígrafe 8 de esta parte preliminar.

2.6.- Derecho español contemporáneo.

En lo que respecta a la regulación de nuestro país en el siglo pasado, el proyecto de Código Civil de 1821[43] que no vería la luz es el único que recogía la regulación de algunos derechos[44], pero dicho proyecto nunca dejó de ser un primer borrador. Posteriormente el Proyecto de Código de García Goyena de 1851, verdadero punto de partida de la codificación española[45], en su libro primero, de la Persona y la Familia, no contiene referencia alguna a los derechos de la personalidad.

Finalmente, el Código entrado en vigor en 1889, basado en el proyecto de 1851, no contiene en su articulado ninguna referencia a la protección de los mismos[46]. Por lo tanto, nuestro derecho no es una excepción en relación a los europeos occidentales, y el asentamiento de estos derechos se produce tras una tímida reacción doctrinal, pero sobre todo gracias a la evolución jurisprudencial que se produjo, lo que estudiaremos brevemente a continuación de forma cronológica.

La primera, breve, pero muy interesante referencia a la existencia de estos derechos en nuestra doctrina la encontramos en 1880, en una obra de FERNÁNDEZ ELÍAS[47], que recoge que «Sabido es que el hombre como individuo tiene ciertos

---

[43] Sobre la frustrada primera intención de llevar a cabo el mandato de la Constitución de 1812 de dotar a nuestro sistema jurídico de un Código Civil, Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1988, pág. 538; o también, ESCUDERO, ob. cit. nota 15, pág. 897.

[44] En su artículo 40 se regulaba; «la libertad o propiedad personal», que comprendía; «el derecho de conservar la existencia física y moral». El artículo 49 protegía; «la seguridad individual de su persona y de su honor». Finalmente en el 51; «el derecho de igualdad legal».

[45] Sobre el citado proyecto, la autoría compartida del mismo, su atribución a GARCÍA GOYENA, características y contenido, se pueden consultar las obras citadas en la nota 43. Para una monografía más centrada en este tema, por ejemplo, BARÓ PAZOS, J., *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993.

[46] El por qué de este hecho fue tratado en el inicio del apartado 2.5, al que nos remitimos.

[47] En su obra *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1880, págs. 281 y ss.

derechos necesarios e inherentes a su naturaleza [...] derechos absolutos. [...] Como derivaciones de la 'personalidad', podemos señalar también el derecho a la 'existencia', el de 'propia defensa' y el de 'propiedad'».

Pero el autor al que podemos considerar como «primer civilista contemporáneo que muestra preocupación por el tema de los bienes o derechos de la personalidad en nuestro país»[48] es VALVERDE[49], que ya a principios de siglo estima que «La persona puede ser violada en su cuerpo, en su honor, y por tanto, puede ser sujeto pasivo de derechos particulares». Pero hay otra afirmación del autor que con relación al tema central de nuestra tesis nos interesa aún más;

> «Se adquieren con la persona, y suelen extinguirse con la muerte, aunque algunos **se extienden a más que la duración de la vida**; entre éstas se encuentran las disposiciones relativas al cadáver».

Para nosotros ésta es la primera referencia[50] que existe en nuestro derecho reciente sobre la situación de los derechos de la personalidad post-mortem, y el primer precedente de una toma de posición sobre su naturaleza jurídica[51].

Tras esta importante referencia, en 1911, SÁNCHEZ ROMÁN, se limita a apuntar la cuestión al referirse a la «Noción de la capacidad jurídica, capacidad de obrar, capacidad civil y personalidad»[52].

Llegamos a este momento histórico en el que, junto con la doctrina mayoritaria[53], apreciamos un verdadero punto de inflexión en el estudio del

---

[48] Sobre esta opinión; Vid. DE ANGEL, ob. cit. nota 1, pág. 127; y también ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 139.

[49] En su *Tratado de Derecho civil español*, Madrid-Valladolid, 1909.

[50] Si exceptuamos el remoto precedente del Código de las 7 Partidas, que no consideramos por no guardar una relación ni continuación con ésta.

[51] Como vemos se deja entrever una vía novedosa, que podríamos calificar de casi "revolucionaria" hasta hoy en día, mucho más en 1909. VALVERDE no considera imposible la supervivencia post-mortem de estos derechos. Es el primer autor que lo cita. No obstante la doctrina, con posterioridad, no ha seguido esta línea de estudio ya que, a nuestro juicio, movida por la en apariencia claridad de la desaparición de los mismos y por el artículo 32 de nuestro Código; «La personalidad civil se extingue con la muerte de la persona», no ha dedicado grandes esfuerzos a profundizar demasiado en el estudio de su naturaleza jurídica. Es por ello por lo que nos parece de interés analizarlo detenidamente en nuestro trabajo. La discusión sobre esta naturaleza jurídica ocupa el tema central de este estudio, y será tratado más adelante. Será en la sección primera del capítulo segundo de la segunda parte de la presente tesis doctoral.

[52] Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil. T II, Parte general*, Madrid, 1911, pág. 112 y ss.

desarrollo histórico de estos derechos en nuestro país, y es el que se produce con la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912[54], que supone el reconocimiento de su existencia y su protección a través de ella y de la sucesiva jurisprudencia que seguirán de ahí en adelante sus planteamientos. A partir de ella evolucionarán las diferentes formas de concebir estos derechos pero, y a pesar de no venir recogidos en el Código, ya se considerarán plenamente asentados en nuestro sistema jurídico.

Debido a la importancia de la Sentencia recogemos y sistematizamos algunos de sus fundamentos principales[55], que centrarán la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular en las sucesivas resoluciones[56] y que también serán un referente ineludible para los autores que entren en el estudio del tema. Algunos de estos extremos serán tratados en la presente tesis doctoral.

> 1°.- «La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada».
>
> 2°.- «El hecho controvertido en autos constituye una total y absoluta expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida».
>
> 3°.- «Inhabilitando por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación como El Liberal, que hacen la rectificación imposible».

---

[53] Así; Vid. DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, pág. 136; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 140; DE CASTRO, ob. cit. nota 3, págs. 126 y ss.; o también otros como; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Breves notas para una teoría de los derechos subjetivos fundamentales*, LL., 1983, pág. 985 y ss.; ROMERO COLOMA, A., *Los bienes y derechos de la* personalidad, Madrid, 1985, pág. 109; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J., *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, 1996, pág. 18; BELLÓN, ob. cit. nota 18, págs. 38 y ss.

[54] Traemos aquí una somera descripción de los hechos. El 21 de septiembre de 1910 el periódico *El Liberal*, de Murcia, publica, bajo el título de 'Fraile, raptor y suicida' la noticia relativa a la fuga de un religioso de un convento junto a una interna con la que había tenido, según el periódico, descendencia meses atrás, y el suicidio del mismo tras encontrarse posteriormente con un tío de la joven. Tres días más tarde el rotativo publica la rectificación de la noticia admitiendo su falsedad. El padre de la joven, Alcalde-Presidente de Totana demandó al periódico solicitando indemnización de 150.000 pesetas por el daño infligido al honor de su hija. La acción fue estimada por el Supremo. Para un estudio más detallado de los mismos Cfr., por ejemplo, CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53., pág. 18.

[55] Hay que tener en cuenta el momento histórico en el que se produjo y lo 'revolucionario' de su posicionamiento para el mismo. Tan revolucionados los acertados fundamentos que hoy en día, casi un siglo después los mismos siguen siendo, a groso modo, los que recogen las resoluciones contemporáneas del Alto Tribunal.

[56] A juicio de DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1270, estos fundamentos; «constituyen el fundamento de nuestra doctrina jurídica».

> 4º.- «...una indemnización pecuniaria, que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven».
>
> 5º.- «El valor de tales perjuicios no descansa en la prueba que haya e practicarse en la litis. sino en el reconocimiento prudente prestado a la reclamación en los escritos fundamentales de la discusión».
>
> 6º.- «La solidaridad de la Sociedad Editorial de España, evidente por sus estatutos».

Tras la publicación de la Sentencia aparecen cada vez más habitualmente autores que tratan de los derechos de la personalidad, como CLEMENTE DE DIEGO[57], que ya va desarrollando una concepción de los mismos más en consonancia con los perfiles que les conocemos hoy en día, con los caracteres de «originarios, absolutos, intransmisibles y personalísimos»[58].

Tras estos pasos, y llegados ya a la segunda mitad de nuestro siglo, se ha de considerar que la teoría de los derechos de la personalidad se encuentra plenamente admitida y asentada en nuestro Derecho. Pueden haber temas de discordia en la misma, lo que alimenta la discusión científica, y que serán tratados justo a continuación, pero que ya no podemos considerarlos dentro de la evolución en el periodo histórico, sino situado en un momento actual. Es por ello por lo que estos posibles cambios que se puedan dar en los mismos en el derecho actual serán estudiados en los próximos epígrafes y no dentro de esta reseña histórica[59].

---

[57] Cfr. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, T II. *Parte General*, Madrid, 1923.

[58] Vid. CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit. nota 57, págs. 30 y 31.

[59] También quiero hacer constar que al contener la teoría de los derechos de la personalidad varios derechos con perfiles claramente diferenciados –véanse en el siguiente epígrafe las diferentes teorías que los consideran como varios derechos autónomos o uno sólo que los abarca todos, o las clasificaciones existentes en la segunda parte-, se podría llevar a cabo el estudio de la evolución de cada uno de ellos. Éste quedaría claramente fuera de la finalidad de la presente reseña, que busca analizar brevemente, sin profundizar en ella, cuál fue la evolución que sufrieron estos derechos en su conjunto en su devenir histórico, para con ello comprender aún mejor a continuación el por qué de la existencia de diferentes aspectos en discusión y de otros más pacíficamente admitidos.

3.- TEORÍAS ACERCA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. DEFINICIONES.

3.1.- Denominación empleada.

Antes de iniciar el estudio de las diferentes posturas que la doctrina ha defendido sobre estos derechos hemos de hacer una breve aclaración acerca de la terminología que hemos utilizado y que emplearemos de aquí en adelante, y el por qué de la misma.

Sobre estos derechos –o bienes, facultades, etc.- en sus aspectos generales no ha sido poca la literatura surgida, y con ella muchas y muy variadas las denominaciones empleadas. Las mismas han sido recogidas por CASTÁN[60], DE CASTRO[61], ROGEL[62] y muchos otros[63]. Sin entrar a analizar aquí las bondades y los defectos de los que a nuestro entender goza cada una de ellas, su autoría u otros aspectos, lo que quedaría fuera de nuestro objeto, hemos decidido adoptar la denominación aceptada en la actualidad por la corriente doctrinal mayoritaria[64], la de *"Derechos de la personalidad"*.

Y lo hemos hecho no sólo por ser la terminología generalizada, sino por ser también, a nuestro entender, la más acertada por varias razones. Por un lado, en

---

[60] Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos de la personalidad*, RGLJ., nº 1-2, julio-agosto, 1952, pág. 14, en la que recoge las de «derechos de la personalidad», «derechos a la personalidad», «derechos esenciales o fundamentales», «derechos sobre la propia persona», «derechos individuales», «derechos personales o de estado» o «derechos personalísimos».

[61] Vid. DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1254, que aporta los términos de «bienes», «atributos», «cualidades», «intereses» y «facultades personales».

[62] Vid. ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 24, que en la línea de CASTÁN, señala los de «derechos de estado», «derechos personales», «derechos individuales» y «derechos de la propia persona».

[63] Para consultar trabajos que estudien con más detenimiento las diferentes denominaciones empleadas por la doctrina, sus autores y sus aspectos positivos y negativos, se pueden consultar a BELTRÁN DE HEREDIA, J., *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (su discurso de entrada), Madrid, 29 de marzo de 1976, págs. 12 y ss.; MADRIDEJOS SARASOLA, J., *Los derechos personalísimos*, RDP., 1962, págs. 270 y ss; o también DÍEZ DÍAZ, J., *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?*, RGLJ., 1963, T.I, págs. 858 y ss.

[64] Así, entre otros muchos; DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1973, pág. 119; CASTÁN, ob. cit. nota 60, pág. 14; DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, pág. 11; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 25; DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 63, pág. 878; o también en el derecho comparado, DE CUPIS, *I diritti della personalità*, vol. I, Milán, 1959 (2ª ed. 1982), pág. 13.

cuanto al primer término, porque con sus actuales perfiles de protección y ejercicio es evidente que nos encontramos ante derechos, y no meras facultades o bienes. Por otra parte, en relación al segundo, porque es el más adecuado en nuestro sistema jurídico. En él es recogido normalmente por nuestra legislación –el artículo 10 de la Constitución habla del «libre desarrollo de la *personalidad*»; el 29 y 32 del Código Civil también lo hace de *«personalidad»* y no otro término; y la Ley Orgánica 1/82 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen también recoge en su exposición de motivos el término *«derechos de la personalidad»* -. También la Jurisprudencia, aunque no se decante por la preferencia entre un término u otro, emplea usualmente la denominación *«derechos de la personalidad»* [65], razones suficientes para que ésta sea la terminología que empleamos.

3.2.- Teorías negadoras de su existencia.

Con respecto a las teorías de la doctrina que niegan la existencia de los derechos de la personalidad, hemos de señalar que las mismas se circunscriben a un momento histórico inicial en el desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial de los mismos, en el que su estudio se encontraban en un estado embrionario –es decir, de finales del siglo pasado a la primera mitad del actual–. Sin embargo, en la actualidad dicha postura se puede considerar como abandonada, siendo casi unánime en la doctrina europea la admisión de su existencia[66].

Por ello, por el carácter minoritario de esta postura y por su poca trascendencia en el objeto de nuestro trabajo, en este epígrafe nos limitaremos a citar

[65] Así, y sólo citaremos unos pocos de las numerosas resoluciones que emplean el término, lo podemos apreciar en varias Sentencias. Del Tribunal Constitucional, en las STC.; 107/88 de 8 de junio; 231/88 de 2 de diciembre; 172/90 de 12 de noviembre; o 117/94 de 25 de abril. En las del Tribunal Supremo lo podemos apreciar en las de; 29-3-88 (RJ. 1988\2480); 9-5-88 (RJ. 1988\4049).

[66] Como defensores de esta postura de admisión de la existencia de los derechos en nuestro país podemos considerar a los autores recogidos en la nota 64, y también a; LACRUZ BERDEJO, J., *Instituciones de derecho civil,* T I, Vol. II, Barcelona, 1974, pág. 110; ALBADALEJO, M., *Derecho civil,* T I, Vol. II, Barcelona, 1989, pág. 48. En cuanto al derecho comparado, podemos citar, por ejemplo, del derecho italiano, además de DE CUPIS, ob. cit. nota 64, a ALPA, G. y BESSONE, M., *Atipicità dell'illecito, il diritti della personalità e danno morale*, Milano, 1993, pág. 4. En derecho alemán -veremos que como teoría monista-, LARENZ, K., *Derecho Civil, parte general* (traducción y notas de Izquierdo y Macías-Picavea), Madrid, 1978, pág. 156; en el derecho francés a KAISER, P., *Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratiques*, RTDC., 1971, pág. 454.

a los autores que han defendido esta opinión, para después señalar brevemente los argumentos que emplean para ello.

Estas posturas surgen en la doctrina alemana, motivada por los términos de su código civil, con autores como SAVIGNY[67], THON[68], ENECCERUS[69] o VON THUR[70]. No obstante, también en otros países, como en Italia con RAVA[71], en Argentina con ORGAZ[72] o en Portugal[73] encontramos algunos autores que niegan o dudan de la existencia de los derechos de la personalidad.

En cuanto a nuestro país, han seguido esta postura DE CASTRO[74], BERCOVITZ, F. y RODRÍGUEZ-CANO[75] y, más actualmente, MALUQUER DE MOTES[76]. Para el primero «se tratará de un tipo de bienes no materiales (...) que podrían, pues, ser designados, mejor que una vaga referencia a la esfera moral y a lo subjetivo del dolor, como *bienes de la personalidad*». Los segundos defienden que «Resulta difícil considerarlos como derechos. (...) Las enumeraciones realizadas por la doctrina no tienen otro valor que el de tipificar aquellos aspectos inherentes a la persona que han adquirido mayor relevancia práctica...». Como vemos, no defienden que al respecto no exista ningún ámbito jurídico necesario de protección, sino que se les niega su carácter de derechos, considerándolos sólo bienes o facultades. Por último, para MALUQUER son bienes por «la carencia de legitimación para disponer de ellos».

---

[67] En SAVIGNY, *System*, T. I, apart. 53.

[68] Vid. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, ed. 1951, (traducción al italiano por LEVI), pág. 152.

[69] En ENECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, T. I, Vol. I, pág. 307.

[70] Vid. VON THUR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, ed. 1946, vol. I, págs. 187 y ss.

[71] Vid. RAVA, *I diritti sulla propia persona*, Torino, 1895.

[72] En ORGAZ, A., *Derecho civil argentino. Personas individuales*, Buenos Aires, 1946, pág. 128.

[73] Vid. CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito civil (parte general)*, Coimbra, 1932, T. I, pág. 64.

[74] Cfr. DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1262.

[75] Vid. BERCOVITZ, F. y RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 199.

[76] Cfr. MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, 1993, pág. 30.

Los argumentos seguidos por esta corriente doctrinal[77] pueden ser recogidos brevemente en los siguientes términos;

a) Si estos bienes se admiten como derechos se produciría una confusión entre objeto y sujeto, lo que sería inaceptable, ya que la persona pasaría de esta forma a ser objeto de sí misma – SAVIGNY, DE CASTRO, BERCOVITZ-.

b) No es necesario crear unos derechos subjetivos al respecto, para la protección basta una de tipo penal exclusivamente –ENECCERUS-.

c) La construcción no responde a auténticas realidades, constituyéndose como una ficción inadmisible –BERCOVITZ-.

d) La vida, la integridad física o moral, el nombre, etc., no constituyen derechos de la persona –como si fueran algo separado y distinto de ella, algo que la persona "tiene" y que podría no tener-, sino que son la persona misma. Son bienes personales, no derechos subjetivos propios –ORGAZ-[78].

Como veremos en los epígrafes siguientes estos argumentos encontrarán oportuna respuesta en los defensores de la existencia de estos derechos.

3.3.- Teorías defensoras de su existencia.

3.3.1.- Teorías monistas.

Desarrollaremos el estudio de las posturas defensoras de los derechos de la personalidad separando las teorías pluralistas de las monistas, debido a las particularidades de cada una de ellas. Las segundas, que postulan la existencia de un único derecho general de la personalidad, aunque admitan diversas manifestaciones del mismo, surgen y tienen su mayor predicamento y éxito en la actualidad en el derecho alemán.

Ya desde antes de la publicación del BGB la postura monista estuvo muy en boga, y fue la tesis prevalente durante la elaboración de su texto[79]. Pero la inclusión en el mismo, a última hora[80], principalmente del parágrafo 823, que recoge la

[77] Los autores citados a continuación defienden sus teorías en las obras recogidas en las notas precedentes. Nos remitimos a ellas, con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias.

[78] Para profundizar en el estudio de estos argumentos, se puede consultar; DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 63, págs. 858 a 866; o ROGEL, ob. cit. nota 1, págs. 27 a 30.

[79] Vid. GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, T I, Leipzig, 1895, págs. 265 y 703.

obligación de indemnizar a otro por los daños causados en su vida, cuerpo, salud, libertad, y también del 12, protege el nombre, y del 22, la propia imagen, provocó que esta postura fuera abandonada temporalmente[81], ante la evidencia de un código que admitía varios derechos.

Sin embargo, la misma fue retomada en la doctrina alemana con fuerza tras la Segunda Guerra Mundial y los horrores que se produjeron en ella, que motivó que se apreciara como insuficiente la protección otorgada a estos derechos[82]. La teoría se manifiesta, según LARENZ[83], en un *«derecho general de la personalidad»*, que «ha de entenderse por el derecho al respeto, a la no lesión de la persona en todas sus manifestaciones inmediatas dignas de protección y en la esfera privada e íntima, sustraída a la curiosidad y a la inoportunidad de otros, sin que con ello se dé ya una delimitación terminante y segura». «Los límites del derecho general de la personalidad resultan del mismo derecho de todas las demás personas»[84].

Esta opinión, dominante en el derecho alemán, no ha sido mayoritariamente acogida por los sistemas jurídicos europeos contemporáneos[85]. No obstante, podemos encontrar en el derecho italiano una pequeña parte de la doctrina[86] que sí la defiende.

---

[80] Sobre el momento de la inclusión de dicho parágrafo, Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, ADC. T. IV, 1986, págs. 1060 y ss.

[81] Vid. VON THUR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, T I, 1910, § 6, pág. 149.

[82] Sobre la motivación que provocó la reacción de la doctrina alemana ante los excesos cometidos por el nazismo y su absoluto desprecio por la dignidad humana y los derechos de la personalidad, que llevó a los autores a proponer un derecho general de la personalidad que abarcase *cualquier* aspecto, *regulado o no*, de los mismos (es decir, se propone una regulación poco concreta, con la finalidad de proteger aún más, cualquier daño a la dignidad humana), se puede consultar; LARENZ, ob. cit. nota 66, pág. 160, e incluso en la doctrina italiana a PUGLIESE, ob. cit. nota 2, pág. 606.

[83] Vid. LARENZ, ob. cit. nota 66, págs. 161 y ss.

[84] Como vemos, para este autor y los defensores de esta postura, al existir un único derecho en el que se puede comprender la lesión a cualquier manifestación de la persona, sin entrar a determinar a priori cuáles son éstas, se logra una protección más completa y amplia frente a posibles vulneraciones. Posteriormente recogeremos las críticas de vaguedad que sufre esta teoría, cuya intención es ciertamente loable, aunque se le critique su amplitud.

[85] De hecho en Francia no encontramos respaldo alguno y en España, como se desprende de las notas 64 y 66, y como veremos a continuación, es minoritario.

[86] Respalda este carácter minoritario, además de los pocos autores que aquí recogemos, el comentario de PUGLIESE, ob. cit. nota 2, pág. 607: «Hace unos años GIAMPICCOLO ha intentado importar aquella idea (la monista) a Italia; pero no creemos que este intento pueda tener éxito».

Así, en un inicio, GIAMPICCOLO[87] es meridianamente claro en su defensa, estimando que «No existen derechos de la personalidad; existe el derecho de la personalidad; un derecho único, con contenido indefinido y variado que no se identifica con la suma de sus múltiples facetas singularmente protegidas por normas particulares». Más cercano a nosotros FERRI[88] opina que «honor, reputación, intimidad, identidad personal no constituye objetos autónomos de tutela por el ordenamiento jurídico, sino separadas manifestaciones de un único y unitario bien, la misma persona. (...) Es decir que se debe hablar de un único derecho de la persona o de un derecho general de la personalidad»[89].

En nuestra doctrina esta postura es minoritaria[90], y se puede concentrar casi únicamente en la opinión de LÓPEZ JACOISTE[91], que al respecto defiende que «Por eso ha de propugnarse una concepción de raíz monista como propia de los llamados derechos de la personalidad. Implican una razón jurídica única y constante, cual es el despliegue de la subjetividad de la persona, aún cuando aparezcan diversificados en haz múltiple de manifestaciones concretas».

3.3.2.- Teorías pluralistas.

Como ya hemos reflejado, en nuestro derecho la teoría que defiende la existencia de varios derechos de la personalidad autónomos, cada uno con sus perfiles aunque conectados entre sí es la mayoritaria[92], y la que, modestamente,

[87] GIAMPICCOLO, G., *La tutela giuridica della persona umana e il c. d. Diritto alla riservatezza*, RTDPC., 1958 I, págs. 465 y 466.

[88] FERRI, ob. cit. nota 26, págs. 138 y 139.

[89] Alguna lejana Sentencia de Cassazione italiana ha recogido minoritariamente esta postura, como las de 20 de abril de 1963 (GiCi., 1963, I, 1280) o la de 29 de octubre de 1963 (GiCi., 1963, I, 2520).

[90] Al respecto, Vid. autores contenidos en las notas 64 y 66 que defienden la postura pluralista. Para consultar críticas a la misma en nuestra doctrina sobre su confusión entre capacidad jurídica y de obrar, o sobre su imprecisión y yuxtaposición de figuras, Cfr.; BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 62, pág. 63; o ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 33.

[91] LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. nota 80, pág. 1072.

[92] Al respecto, podemos citar; CASTÁN, ob. cit. nota 60, págs. 14 y ss.; DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1995, 8ª ed pág. 336; DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, pág. 42.; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 43; DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 63, pág. 883; ALBADALEJO, ob. cit. nota 66, págs. 48 y ss; CLAVERÍA GONSALBEZ, L., *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad* en Estudios en homenaje al profesor Beltrán de Heredia, Salamanca, 1984, págs. 101 y ss. Incluso DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1258, que como vimos no

creemos más acertada. Ya a mediados de siglo CASTÁN[93] opina que; «hay que reconocer que el derecho a la vida, a la integridad física, al honor y la identidad personal, etc., penetran en el círculo del deber jurídico que pesa sobre todos (...). No puede negarse la posibilidad técnica de que sean objetivados por el Derecho, separándolos y destacándolos de la personalidad, determinados atributos suyos, que sean así elevados a bienes jurídicos y consiguientemente a objetos de derecho, protegidos con una específica acción civil.»[94]

Una acertada argumentación del carácter plural de estos derechos la encontramos en BELTRÁN DE HEREDIA[95], cuando señala que; «El criterio dominante en la actualidad no es otro que el de la aceptación pura y simple de unos auténticos derechos de la personalidad, conectados con ésta, de la que traen causa y nombre, pero con carácter autónomo, sin que aquélla en sí misma puedan dar lugar a una titularidad jurídica propia, en cuanto que no es ni significa otra cosa que la posibilidad de ser persona en el mundo del Derecho. (...) El objeto, a su vez, de estos derechos de la personalidad, no es ya la propia persona, sino las cualidades, partes, bienes, intereses, atributos de la misma, que adquieren propia autonomía como consecuencia de la protección autónoma y separada del derecho». Esta argumentación de la citada opinión es seguida plenamente también, entre otros, por ROGEL VIDÉ[96].

El ordenamiento jurídico español también admite, 'de facto', la postura pluralista. Así, la ley 62/78 de 26 de diciembre reconoce la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona desde un punto de vista plural[97]. También, y la consideramos más definitiva, la LO. 1/82 diferencia, aunque lo haga con una técnica poco acertada, entre derecho al honor, a la imagen y a la intimidad

---

los considera derechos, recoge que «Es un hecho, del que hay que partir, que la doctrina moderna ha aceptado los llamados 'derechos de la personalidad'».

[93] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 60, pág. 21.

[94] De la importancia de esta postura ya se hacía eco en 1967 DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 63 pág. 883; «Esta teoría debe convertirse en centro de atención para los juristas a fin de completarla y mejorarla (..) con la finalidad de llenar un vacío jurídico».

[95] BELTRÁN DE HEREDA, ob. cit. nota 63, págs. 53, 72 y 73.

[96] ROGEL VIDÉ, ob. cit. nota 1, págs. 36 y 37.

[97] El Real Decreto 342/79 de 20 de febrero, en su artículo único incorpora a dicha protección, entre otros, a «los *"derechos"* al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

personal y familiar, y en su artículo 7 separa las intromisiones que sufre cada uno de los derechos.

Por último, también de la simple lectura de la Jurisprudencia observamos que ésta lleva a cabo una generalizada diferenciación entre un derecho y otro, considerando sus caracteres diferenciados, lo que nos hace concluir que se decanta por esta postura pluralista[98].

En lo relativo al derecho comparado, una vez que hemos conocido la tendencia monista de la doctrina germana, hemos de señalar que tanto en Italia como en Francia se sigue mayoritariamente esta postura pluralista. En la doctrina italiana es DE CUPIS[99] quien inicia la decidida y común aceptación de la misma; «Diré que, en el ordenamiento jurídico-positivo, existe la personalidad jurídica, y existen también *los derechos de la personalidad*, pero no existe *el derecho de la personalidad*». En esta línea se mueven los autores, que en unos casos, como GARUTTI-MACIOCE[100] opinan que; «en relación a las diversas posiciones asumidas por la doctrina en relación al reconocimiento de un único derecho de la personalidad o bien de una pluralidad de tales derechos, *nos parece debemos reconocer el mayor fundamento de la concepción pluralista*», y en otros, como BESSONE[101], consideran ya cerrado el debate, «El debate doctrinal relativo (...) a la individualización o no de los singulares derechos de la personalidad (...) *está superada*»[102].

---

[98] Así, y citando solamente alguna resolución, a modo de ejemplo, la STC. 170/87 de 30 de octubre habla de «los derechos a la intimidad y a la propia imagen –FJ. 4°-, o la 117/94 de 25 de abril recoge que «el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor e intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad» -FJ. 3°-. Del mismo tenor es toda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que estudiaremos y citaremos con profusión durante toda la presente tesis doctoral.

[99] Lo que podríamos ver en; DE CUPIS, ob. cit. nota 64 con la simple apreciación de su título, y que recoge explícitamente, y a ese texto nos remitimos. También lo observamos en; DE CUPIS, *La persona umana nel diritto privato*, Foro italico, 1956 IV Cfr., pág. 80.

[100] GARUTTI-MACIOCE, *Il danno da lesione dei diritti della pesonalità. Profili generali*, RaDC., 1984, I, pág. 45.

[101] BESSONE, ob. cit. nota 97, pág. 125.

[102] Un estudio que contrapone interesantemente las teorías monistas y pluralistas surgidas en el derecho italiano se da en VERCELONE, P., *Diritti della personalidad*, Novissimo Digesto Italiano XII, Torino, 1965, págs. 1083 y ss, pero al no ser éste el objeto de nuestro estudio, solamente lo dejaremos citado.

En cuanto a los autores franceses, éstos han adoptado esta postura, incluso desde principios de siglo con PERREAU[103], al otorgarle al individuo «todos los derechos necesarios para asegurar su respeto como entidad especial», y reconociéndole una pluralidad de ellos. Esta postura no ha sido abandonada con posterioridad, siendo admitidos con perfiles de auténticos derechos tanto el nombre, la imagen, el honor, la privacidad o el derecho de autor[104]. Esta línea la podemos comprobar en autores contemporáneos, como BLONDEL[105], KAISER[106] o TERCIER[107].

3.4.- Definiciones.

Creemos que es precisamente ahora, cuando ya hemos conocido cuáles son las posturas que existen acerca de la existencia o inexistencia de estos derechos, sus fundamentos y cómo se configuran, cuando podemos exponer las definiciones que se han propuesto sobre los mismos y comprender el por qué de su existencia y su verdadero significado[108].

No obstante antes queremos hacer mención a la dificultad que han encontrado quienes han intentado definir los derechos de la personalidad, ya que es un concepto que se ve muy afectado por la especial vinculación con él que al respecto sufre quien acomete tal tarea, al estar su objeto muy cercano al propio 'ser' de la persona, su existencia y su concepción como tal, además de por ser un término muy poco concreto o concretable. Esto ha provocado que, como veremos, algunos autores hayan optado no por realizar una definición estricta, sino que la han elaborado a

---

[103] PERREAU, M., *Droits de la personnalité*, RTDC, 1909, pág. 503.

[104] Sobre la importancia práctica que puede tener para el estudio de nuestro tema la aceptación del derecho de autor como de la personalidad o no, y su situación en nuestro derecho, llevamos a cabo un amplio estudio en el primer capítulo de la segunda parte de este trabajo, epígrafe 3.6, al que nos remitimos.

[105] Vid. BLONDEL, J., *La transmission a cause de mort des Droits extrapatrimonial et de droits patrimoniaux a caracter personel*, Paris, 1969, págs. 56 y ss.

[106] Cfr. KAISER, ob. cit. nota 66, pág. 454.

[107] TERCIER, *Le noveau droit de la personnalité*, 1984, págs. 47 y ss.

[108] Un interesante estudio (al que su lejanía en el tiempo le otorga aún más valor) sobre los diferentes fundamentos sociales, filosóficos y jurídicos de estos derechos, lo podemos encontrar en DE COSSÍO, A., *El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los 'estados' en el derecho civil actual*, RDP, Dic. 1942, págs. 1 y ss.

través de la descripción de las características o de la finalidad que para ellos tienen estos derechos[109].

Obviando los esbozos iniciales producidos en nuestro derecho histórico que mencionamos en el epígrafe anterior, que no suponían verdaderas definiciones de estos derechos, comenzaremos, aunque se trate de derecho comparado, aportando una definición que ha sido guía de nuestros autores[110], como es la de DE CUPIS[111], que los define como; «Aquellos que tienen por objeto los modos de ser, que constituyen las facetas de la persona. (...) Garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad. (Y) actúan respecto de la personalidad de una manera tan esencial que constituyen el mínimum necesario e imprescindible de la misma». Otra definición importante para nuestro derecho es la de GIERKE[112], que los considera como «aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales, de la persona».

Centrándonos en las definiciones que ha aportado nuestra doctrina en concreto, que como hemos reflejado sufren un gran influjo de estas dos anteriores, citaremos las más significativas por el orden cronológico de su aparición. Primeramente DÍEZ DÍAZ[113] aporta una definición al hilo de las mismas; «aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones psíquicas o físicas, de la persona misma». DÍEZ PICAZO[114] elabora, a nuestro juicio, una de las más completas existentes en la actualidad, cuando los designa como; «una amplia y heterogénea serie de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, o, dicho de otro modo, que aseguran al individuo el respeto a su personalidad física y moral».

---

[109] Este hecho lo podemos apreciar, por ejemplo, en la circunstancia de que no podamos encontrar en la Jurisprudencia española ninguna definición de estos derechos, que ha resuelto los casos que se le presentaban y no ha entrado en esta difícil tarea.

[110] Así todos los autores citados en este epígrafe lo recogen de una u otra manera en los textos que hemos recogido.

[111] Cfr. DE CUPIS, ob. cit. nota 64, págs. 13 y ss.

[112] Vid. GIERKE, ob. cit. nota 79, pág. 702. Dejamos aquí indicados estas definiciones por haber tenido (especialmente la italiana) gran influencia en nuestros tratadistas, lo que podremos observar con claridad justo a continuación.

[113] Vid. DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 4, pág. 56.

[114] Cfr. DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 64, pág. 119.

Para BELTRÁN DE HEREDIA[115]; «se trata de unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable relativos no a bienes exteriores, en los que aquélla se proyecta al actuar, sino personales, en cuanto forma parte de nosotros mismos, teniendo, consiguientemente, un contenido ideal inmaterializado». Por último, según ALBADALEJO[116] estamos ante; «diferentes poderes, independientes entre sí, concedidos al sujeto en orden a los diversos bienes –vida, libertad, honor, etc.- personales que tienen propia individualidad».

Con respecto a las definiciones a las que hacíamos referencia con anterioridad, llevadas a cabo no desde un punto de vista descriptivo puro, sino explicativo de sus características, para CASTÁN[117]; «son aquellas facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad». LACRUZ[118] las recoge como aquellos que; «protegen la persona misma y su contorno, sin necesidad de objetivar la una o el otro. (Se configuran) en cuanto parte de la subjetividad total; para ser persona más íntegramente».

En cuanto al derecho comparado, ya hemos traído a este apartado las definiciones más significativas. Sin olvidar que ya recogimos la definición de la doctrina monista mayoritaria en Alemania y la definición doctrinal italiana, por último recogemos, en la línea explicativa antes mentada, la definición en el derecho francés de TERCIER[119], que estima que; «los derechos de la personalidad designen conjunto de derechos consagrados por el derecho privado para proteger la personalidad». Y define personalidad como; «el conjunto de bienes inherentes a cada persona, bienes que le pertenecen desde su nacimiento a su muerte de por sí como cualidades personales síquicas o morales».

Aportadas las definiciones existentes en el derecho español y comparado, acotado, de alguna manera, el término general –derechos de la personalidad- de la realidad concreta –derechos de la personalidad post-mortem- que estudiamos en el presente estudio, analizaremos a continuación su naturaleza jurídica.

---

[115] Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 62, pág. 22.

[116] Vid. ALBADALEJO, M., ob. cit. nota 66, pág. 49.

[117] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 359.

[118] Cfr. LACRUZ BERDEJO, ob. cit. nota 66, pág. 110.

[119] Vid. TERCIER, ob. cit. nota 107, págs. 47 y 48.

4.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

En el presente epígrafe queremos llevar a cabo únicamente una aproximación a cuál es la discusión que centra el análisis de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, para, posteriormente, tras tomar partido acerca de la misma, analizar cómo la postura adoptada puede afectar a la situación de estos derechos tras la muerte de su titular. Este último aspecto, el fundamental para el objeto de nuestro estudio, lo dejaremos indicado para estudiarlo con profundidad en los capítulos correspondientes en la segunda parte del presente trabajo.

La citada discusión se centra, como admite unánimemente la doctrina[120], en si los derechos de la personalidad se pueden considerar o no como derechos subjetivos. Éste será el punto en el que centraremos el presente apartado, dejando de lado, por ser irrelevante para esta tesis, la fundamentación "filosófica" inicial de la existencia de los derechos de la personalidad[121].

Para situar adecuadamente la discusión antes citada, apuntaremos brevemente aquí algunas de las definiciones que la doctrina ha aportado sobre qué podemos considerar como derecho subjetivo. Así, para el profesor DE CASTRO[122] es; «el poder jurídico que el Derecho objetivo entrega o concede a la persona», o en otras palabras suyas; «es mi derecho, lo que me corresponde cuando actúo según el poder que la ley me ha concedido». Para DÍEZ PICAZO[123] el concepto; «califica determinadas situaciones en las que la persona se encuentra y en la que le es reconocido por la norma jurídica un ámbito de libre actuación con la secuela de una serie de posibilidades de actuación *(agere licere)* junto con una correspondiente protección o tutela para su defensa»[124].

---

[120] Cfr., al respecto; CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 363; DE CASTRO, ob. cit. nota 3, pág. 1255; CLAVERÍA, ob. cit. nota 92, pág. 108; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de derecho civil*, T I, 5ª ed., Madrid, 1996, pág. 223; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1989, pág. 41; ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *La protección civil de derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: derecho aplicable*, Salamanca, 1996.

[121] Es decir, su justificación, fuente, razón de existir, importancia, etc. Dos estudios que tratan detenidamente estos fundamentos metajurídicos los podemos encontrar en; DE COSSÍO, ob. cit. nota 108; o MADRIDEJOS, ob. cit. nota 63.

[122] Vid. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, 1991 (contiene los publicados por el autor en 1949 y 1952), pág. 10.

[123] Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 92, pág. 413.

Por una cuestión de método analizaremos en primer lugar los autores y las teorías que niegan que los derechos de la personalidad sean derechos subjetivos, para posteriormente analizar los autores que lo defienden. Lo haremos así porque en estos últimos no sólo defienden que estos derechos gozan de todas las características que la doctrina le ofrece a los derechos subjetivos, sino que reafirman esta defensa a través de la contestación y negación de los argumentos aportados por los primeros, con lo que el estudio de éstos en primer lugar nos aclarará la comprensión posterior de los segundos.

4.1.- No se configuran como derechos subjetivos.

El presente apartado ha de estar conectado necesariamente con lo referente a las teorías que vimos en el anterior epígrafe que negaban la existencia de los derechos de la personalidad[125]. Por lo tanto, en derecho comparado, los mismos autores que negaban su existencia son lo que inician la toma de postura de la negación de su condición de derechos subjetivos. Así, para centrar su argumentación, VON THUR[126] manifiesta que; «sería erróneo concebir estos intereses como derechos subjetivos por el hecho de hallarse protegidos jurídicamente, pues le faltan las características que señalan la existencia de un derecho subjetivo; la posibilidad de decidir sobre el nacimiento y la extinción del derecho, su transmisibilidad y renunciabilidad».

En cuanto a nuestro derecho, y siempre conectado con el citado epígrafe anterior, la argumentación más completa sobre la; «inadecuación de aplicarle el concepto de derecho subjetivo» a los derechos de la personalidad es la de DE CASTRO[127]. Elabora tres razonamientos para ello, a saber; El objeto es la persona, no pueden ser cualidades o modos de ser de ésta, ya que; «El todo no puede tener

---

[124] Otras definiciones de derecho subjetivo en autores que hayan estudiado directamente si los derechos de la personalidad lo son o no, y que serán recogidos a continuación, se pueden consultar en; CASTÁN, ob. cit. nota 5, págs. 104 y ss, ALBADALEJO, ob. cit. nota 6, pág. 12; o LASARTE, ob. cit. nota 120, pág. 145.

[125] Así, nos remitimos (y damos por citado), con el fin de evitar dobles exposiciones de las mismas posturas, a lo ya recogido sobre autores y fundamentación en el citado epígrafe, a partir de la página 24 y siguiente y de las notas 67 a 78.

[126] Vid. VON THUR, ob. cit. nota 70. Págs. 187 y ss.

[127] En el estudio que ya ha sido estudiado con profundidad aquí; DE CASTRO, ob. cit. nota 3, págs. 1255 a 1260.

como objeto a una de sus partes (...) sino que es un todo compuesto de partes»; Si el objeto es una parte, no la persona, «se vaciaría de contenido la personalidad, negando su significado sustantivo». Por último; «El derecho subjetivo es un poder sobre algo atribuido a una persona, y por lo tanto, separable», mientras que los valores que protegen los derechos de la personalidad –como hemos visto para él, bienes- son inseparables de la persona como tal.

Además de traer aquí a colación a los autores citados junto al profesor DE CASTRO en el citado epígrafe anterior, recogemos también la opinión de HERNÁNDEZ GIL[128] que en concreto se ocupa del por qué de su falta de carácter de derechos subjetivos; «en la configuración del derecho subjetivo son indispensables dos elementos con papeles distintos: el objeto que encarna el poder y el objeto donde aquél se proyecta. El objeto en los derechos subjetivos no puede identificarse intelectual ni jurídicamente con el sujeto».

4.2.- Son derechos subjetivos.

A pesar de los argumentos que acabamos de observar, la postura que defiende que los derechos de la personalidad sí se han de considerar como derechos subjetivos, es mayoritaria en nuestra doctrina patria[129], así como en la extranjera[130].

Al respecto. CASTÁN[131] lleva a cabo la defensa de esta postura independientemente de cuál sea la concepción del derecho subjetivo de la que se parta, así, para el mismo, por un lado; «Si el concepto del derecho subjetivo presupone un poder al que el ordenamiento jurídico conceda una cierta autonomía,

---

[128] Además de los autores ya antes recogidos, Vid. HERNÁNDEZ GIL, A., *En torno al discurso de recepción 'Construcción jurídica de los derechos de la personalidad'* (Contestación al discurso de D. José BELTRÁN DE HEREDIA), Madrid, 1976, págs. 123 y ss.

[129] Así, defienden esta postura; CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 353; LASARTE, ob. cit. nota 120, pág. 224; CLAVERÍA, ob. cit. nota 92, pág. 108; OLIVEROS, ob. cit. nota 3, pág. 12; ESLAVA, ob. cit. nota 120, pág. 35; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 71, o; DE LA VALGOMA, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, ADH., 1983 II, pág. 655.

[130] En este momento nos centraremos en la doctrina española, ya que es su postura la que nos interesa con relación a su situación post-mortem, siendo la línea mayoritaria en el derecho comparado occidental similar. Al respecto nos podemos remitir a los autores citados en el epígrafe de posturas que admiten desde un punto de vista pluralista la existencia de estos derechos. Citamos, por ejemplo, un estudio interesante de esta teoría de admisión de su carácter de derecho subjetivo, el de; VERCELONE, ob. cit. nota 102, págs. 1083 y ss.

[131] Cfr. CASTÁN, ob. cit. nota 6, págs. 365 y ss.

no puede negarse la posibilidad técnica de que sean objetivados por el Derecho, separándolos y destacándolos de la personalidad, determinados atributos suyos». Por otro lado; «Si el derecho subjetivo presupone siempre un deber jurídico que haga posible una pretensión o exigencia, hay que reconocer que el derecho a la vida, etc., *penetran en el círculo del deber jurídico que pesa sobre todos, en el sentido de que no han de ser ilegítimamente lesionados*». La cursiva es nuestra, ya que esta concepción de los derechos de la personalidad dentro de la sistemática de los derechos subjetivos como un deber que pesa sobre los demás en el sentido de no ser lesionados, afectará, como analizaremos en su momento, a la situación de los mismos tras la muerte de la persona, y a si éstos desaparecen o no.

Como ya reflejamos con anterioridad, los autores citados han reafirmado esta teoría rebatiendo uno a uno los criterios en los que se apoyaban los autores que negaban la condición de subjetivos a estos derechos. Un estudio interesante y muy clarificador, citado por algunos autores posteriores[132], es el de CLAVERÍA[133], que analiza uno a uno los argumentos principales de los citados autores (entre sus posiciones intercalaremos otras opiniones interesantes relativas a los mismos argumentos);

a) No son derechos subjetivos porque no están tipificados; hoy en día esta afirmación ya no tiene sentido, ya que estos derechos sí están tipificados[134], pero CLAVERÍA va más allá, para su consideración como tal «es necesario el reconocimiento del Ordenamiento jurídico positivo, pero pienso que basta su mención y el establecimiento de medidas protectoras generales, sin que sea imprescindible una descripción pormenorizada de poderes concretos, de su objeto, etc.».

---

[132] Así, por ejemplo; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, págs. 71 y ss. estudia y se apoya en todos sus argumentos, al igual que; ESLAVA, ob. cit. nota 120, pág. 58; o DE LA VALGOMA, ob. cit. nota 129, pág. 655.

[133] Que analiza estos aspectos en varias obras. La primera es la de CLAVERÍA, ob. cit. nota 92, págs. 108 y ss, que a pesar de estar publicada en los Estudios en homenaje al profesor Beltrán de Heredia en 1984, fue entregado y escrito por el autor en 1981. Posteriormente, en 1983, vuelve sobre estos razonamientos y los revisa en CLAVERÍA, *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO 1/82 de 5 de mayo*, ADC., 1983, T IV, págs. 1243 a 1261. Éste último texto será el que utilizaremos como referencia.

[134] Recordemos la Ley 62/78, ya citada anteriormente, o la Ley Orgánica 1/82, o la regulación existente en nuestro código sobre derecho al nombre, títulos nobiliarios, propiedad intelectual, etc., que regulan todas las características y formas de protección de estos derechos. Toda esta legislación será estudiada posteriormente.

b) No son derechos subjetivos porque carecen de objeto; para este autor, «el objeto será el hombre mismo, no en cuanto 'persona', sino en cuanto 'hombre objetivado'». Al respecto otras visiones doctrinales[135] matizan esta última afirmación, corrigiéndola, estableciendo que el objeto lo forman los diversos atributos, cualidades o manifestaciones de la personalidad, opinión con la que coincido más plenamente.

c) No son derechos subjetivos porque no existen poderes jurídicos efectivos antes o al margen de la violación de los intereses protegidos por ellos. Para el autor «si sólo existe verdadero 'derecho subjetivo' cuando el Ordenamiento jurídico satisface el interés de los particulares mediante la técnica consistente en atribuirles un poder concreto, compuesto por un conjunto de facultades, reales o potenciales, cuyo ejercicio se deja a su libre decisión, estos 'bienes' son efectivamente derechos subjetivos»[136].

d) Una opinión no tratada por CLAVERÍA, pero que niegan su condición de derechos subjetivos es la ya citada de ENNECERUS[137], respecto a que basta la protección penal de estos derechos, con lo que no serían derechos subjetivos. LASARTE[138], acertadamente rebate que; «La falsedad del argumento en este caso radica en creer que todas las conductas atentatorias contra los derechos de la personalidad tienen alcance y significación penal (esto es, delictiva), cuando lo cierto es que –ya en las mismas fechas (de la formulación de esta postura, primer tercio del siglo XX)- la jurisprudencia civil española había acreditado que la lesión de los derechos de la personalidad, como cualquier otro derecho subjetivo debería dar lugar a la correspondiente indemnización, aunque la conducta del responsable constituyera simplemente un acto ilícito de naturaleza civil».

---

[135] Esta matización podemos considerar que es comúnmente aceptada. La podemos apreciar, por ejemplo, en CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 363; ALBADALEJO, ob. cit. nota 66, pág. 49; OLIVEROS, ob. cit. nota 3, pág. 12; ESTRADA, ob. cit. nota 120, pág. 43.

[136] Al respecto no quiero dejar pasar este comentario para dejar indicada una interesante cuestión que será estudiada con detenimiento posteriormente. Con relación a la legislación actual de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, la LO. 1/82, determinados aspectos regulados en la misma no dejan fuera de toda duda cuáles son las facultades que se les otorgan a los familiares del fallecido, si son únicamente protectoras o si se abre la puerta a considerar que también tienen facultades dispositivas. Esta importante cuestión para el tema central de la presente tesis será tratada exhaustivamente en la segunda parte de la misma.

[137] Consultar nota 69 y la página 26.

[138] Vid. LASARTE, ob. cit. nota 120, pág. 224.

Recapitulando sobre la importancia de este epígrafe en el objeto concreto de este estudio, la situación post-mortem de los derechos de la personalidad, hemos visto cómo se acepta ampliamente su condición de derechos subjetivos. Pero derechos subjetivos desde la doble perspectiva de su concepto; 1º: una facultad otorgada a la persona 2º: *que conlleva una obligación a los terceros de no vulnerar el derecho en cuestión.* Esta segunda perspectiva, el hecho de que obliguen la inactividad de terceros, sí afecta claramente a la situación en la que quedan estos derechos tras la muerte de su titular. La pervivencia de esta obligación de los terceros a no violarlos aporta un nuevo argumento a la discusión de su pervivencia o desaparición, que estudiaremos detenidamente en los capítulos centrales del presente trabajo, que tratan esta situación.

4.3.- Teorías intermedias.

Por último, este estudio no quedaría completo si no recogiésemos en él algunas teorías que quedan a medio camino entre las dos posturas que hemos estudiado, que no afirman sin matizaciones que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos, pero que tampoco les niegan sin más este carácter.

En esta situación se sitúa claramente ROGEL VIDÉ[139], que, al analizar si estos bienes de la personalidad se pueden considerar derechos o no, opina que; «Creo también que, respecto de algunos de estos bienes, puede hablarse de verdaderos derechos subjetivos, si bien de características especiales. Respecto de otros, en cambio, no cabe hablar de derechos subjetivos perfectos, sino, cuando más, de derechos 'reflejos', 'difusos', 'limitados', sin que esto, entiéndase bien, redunde en una menor protección de los bienes en cuestión».

Por último, tampoco ALBADALEJO[140] se pronuncia claramente a la hora de conceder éste carácter o no a estos derechos[141], cuando opina que; «No voy a entrar en la polémica (de si don derechos subjetivos o no). Sólo interesa señalar que, en abstracto, y partiendo del concepto he acogido de derecho subjetivo, no cabe negar que es posible la existencia de derechos de la personalidad, consistentes en diferentes

[139] Vid. ROGEL VIDÉ, ob. cit. nota 1, págs. 41 y ss.

[140] Cfr. ALBADALEJO, ob. cit. nota 66, pág. 49.

[141] Lo que ha llevado a ESTRADA ALONSO, ob. cit. nota 58 pág. 43 a situarlo dentro de la corriente doctrinal que le niega el carácter de subjetivo a los derechos de la personalidad. Creo, quizás más oportuno considerarlo como intermedio entre unas posturas y otras.

poderes, independientes entre sí, concedidos al sujeto en orden a los diversos bienes personales que tienen propia individualidad».

5.- CARACTERES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. EVOLUCIÓN DE ALGUNO DE ELLOS QUE AFECTA A SU SITUACIÓN POST-MORTEM.

Este tema que nos disponemos a estudiar tras analizar la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, el de sus caracteres, es muy importante para centrar adecuadamente ante qué realidades jurídicas nos encontramos. La segunda parte del enunciado de este epígrafe es especialmente trascendente para su situación post-mortem. Nos referimos a la evolución que han sufrido los caracteres de los mismos gracias a la diferente visión que de ellos se va imponiendo, motivada por la situación social que vivimos hoy en día, que provocó una reacción del legislador en la LO. 1/82 y que ha motivado también un progresivo cambio en la jurisprudencia y en la doctrina desde la primera caracterización de estos derechos.

Es por ello por lo que estudiaremos separadamente cada uno de estos caracteres, dedicándole a alguno de ellos (los que afectan a su situación post-mortem) una mayor atención. Con la finalidad de abordar sistematizadamente este análisis podríamos utilizar cualquiera de las enumeraciones que ha utilizado la doctrina, dado que sobre los caracteres a estudiar no una gran discusión. Por ejemplo, CASTÁN[142], en 1957, recogía que eran; «*originarios* o *innatos*, *privados*, *absolutos* o *de exclusión*, *personales* o *extrapatrimoniales*, *irrenunciables* e *imprescriptibles*».

Nosotros emplearemos otra clasificación por considerarla más acertada en su elaboración para nuestro derecho actual[143], por recogerlos todos y la relación que se establece entre ellos. Ésta es la de BELRÁN DE HEREDIA[144], que tras su formulación ha sido recogida y alabada por numerosos autores[145]. La misma divide los caracteres en tres esenciales, derivándose de cada uno de ellos ciertas notas o subcaracteres. Esta clasificación es la siguiente;

1°.- Su ***esencialidad***, que provoca que sean *innatos* u *originarios*.

---

[142] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 6, págs. 367 y ss.

[143] Opinión también de; O'CALLAGHAN, X., en *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, pág. 175, que la califica de «*perfecta*».

[144] Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, págs. 89 y ss.

[145] Así, ha sido citada por; LETE DEL RÍO, J., *Derecho de la personalidad*, Madrid, 1986, págs. 192 y 193; HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, Intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990; OLIVEROS, ob. cit. nota 3, págs. 17 y ss.; ROGEL, ob. cit. nota 1, págs. 44 y ss.; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 143, págs. 175 y ss.; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, págs. 57 y ss.

2º.- Su ***inherencia***, de la que se derivan tres notas o subcaracteres, como son que se consideren derechos *individuales*, *privados* y *absolutos*.

3º- Su ***extrapatrimonialidad***, que conlleva importantes subcaracteres; que sean derechos *indisponibles*, de lo que se deriva *intransmisibles*, *irrenunciables*, *inexpropiables* e *inembargables* e *imprescriptibles*.

Pero como ya hemos comentado algunos de estos caracteres han entrado en crisis (según ciertas opiniones que ahora analizaremos, no definitivamente; a mi modo de ver, quizás sí). A continuación, y siguiendo la sistematización de BELTRÁN DE HEREDIA los analizaremos uno a uno. Por su influencia en la situación post-mortem de los derechos de la personalidad, llevaremos a cabo este tratamiento con algo más de detenimiento que en los anteriores epígrafes.

5.1.- Esencialidad.

Como parece evidente, y ha admitido siempre la doctrina[146], esta característica es la principal de los derechos de la personalidad. Para el profesor CASTÁN[147] el resto de los caracteres que él les confiere son «consecuencia de la nota fundamental de derechos esenciales del individuo que ostentan los mismos». Como el mismo profesor BELTRAN DE HEREDIA[148] explica, los derechos de la personalidad son **esenciales** porque; «Sin ellos quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada del valor real, inactuada en su plenitud. En otras palabras, constituyen la esencia de la misma, en el sentido estricto del término». Es decir, que los disfruta toda persona por el hecho de serlo. Por ello mismo, en palabras de O'CALLAGHAN[149]; «el ordenamiento no los atribuye, sino que se limita a reconocerlos, por el mero hecho del nacimiento».

Esta circunstancia, que podríamos llamar también *necesariedad*, es decir, que los derechos son absolutamente "imprescindibles" para que la persona se considere como tal, completamente reconocida y plenamente respetada, viene perfectamente

[146] Como podemos ver, entre otros, en; DE ANGEL, ob. cit. nota 1, pág. 51; DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 4 pág. 57; CLAVERÍA, ob. cit. nota 92, pág. 113; CASTÁN, ob. cit. nota 60, pág. 21; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 45; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 143, pág. 175; LASARTE, ob. cit. nota 120, pág. 221.

[147] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 365.

[148] Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, págs. 89 y ss.

[149] Vid. O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 143, pág. 176.

expresada por el maestro DE CUPIS[150], cuando nos indica que; «existen ciertos derechos sin los cuales la personalidad no pasaría de ser una aptitud completamente insatisfecha, privada de cualquier valor concreto; derechos sin los cuales todos los demás derechos subjetivos perderían todo interés para el individuo: hasta el punto de llegar a decirse que, si aquellos no existieran, la persona ya no sería tal». Éstos son, esencialmente, los derechos de la personalidad.

Algunos autores centran y desarrollan aún más su explicación de esencialidad en las notas de **innatos**[151] u **originarios.** Así, las mismas se plasman en que, según ROGEL[152]; «no precisan de ningún mecanismo especial –adquisición, transmisión- que determine la conexión de la titularidad en cuanto que nacen y se extinguen con la persona»[153].

Así podríamos configurar, desde varios puntos de vista, este carácter de la esencialidad. Pero creo que debemos matizarlo con vistas a comprenderlo bien, diferenciando entre unos derechos y otros[154]. Aclaramos que este matiz no quiere decir que neguemos el citado carácter. A nuestro entender los derechos de la personalidad son efectivamente esenciales, necesarios para el desarrollo de cada persona, y todos somos titulares de los mismos por el simple hecho de nacer. Pero creemos que, respecto a alguno de estos derechos, toda persona es titular de ellos "en abstracto", tienen capacidad para disfrutarlos, pero por el simple hecho de nacer no los desarrolla, no los ejercita, al menos todos no. Algunos de estos derechos no son disfrutados por la persona hasta que no lleva a cabo (voluntariamente, aclaramos, sin que el ordenamiento jurídico tenga que influir en ello), una determinada acción. Nos referimos, entre otros, al derecho a la imagen; hasta que no se produce la captación de la misma no se plasma el derecho del que toda persona es titular "en expectativa".

---

[150] Cfr. DE CUPIS, ob. cit. nota 64, pág. 13.

[151] Sobre la importancia de esta caracterización concreta, que durante siglos jugó un papel muy importante frente al poder absolutista, se puede consultar a; LASARTE, ob. cit. nota 120, pág. 221; o DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, pág. 51.

[152] Vid. ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 45. En la misma línea podemos encontrar otra definición de CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 367.

[153] A la cuestión de si se extinguen o no tras la muerte, evidentemente le dedicaremos la parte central y fundamental de la presente tesis doctoral.

[154] No queremos caer nosotros en el mismo error que se le ha criticado con reiteración a la LO 1/82, y que se aprecia con la simple lectura superficial de su articulado, el de tratar por igual a los tres derechos que regula, sin especificar las diferencias que sin duda existen entre unos y otros, lo que le hubiera dado una mayor claridad a la citada regulación.

disfruta, y como ya vimos antes, sólo hace falta nacer para que todo ser humano pueda considerarse como titular de los mismos[164].

También directamente derivada de este carácter es su condición de **individuales**. En palabras de O'CALLAGHAN[165]; «Son reconocidos concreta y específicamente a favor de cada persona *individualmente* considerada, asegurando su interés individual. Lo que se tutela es la *individualización* en una persona determinada, distinta en cada caso».[166]

También encontramos encuadrada dentro de la inherencia su consideración como **privados**, ya que; «aseguran a cada individuo el goce de su propio ser, físico y espiritual»[167] como dicen unos o; «privativo y personal»[168] según otros. Esta condición sí la tienen estos derechos, pero la misma se ha de compaginar con la indudable concreción de que ciertos aspectos de estos derechos están reconocidos, y con ello protegidos, por el derecho público, por lo que en relación a dichas situaciones también se les puede considerar como tales[169].

Por último, dentro de este carácter, nos queda por comentar su caracterización por la doctrina como derechos **absolutos**, ya que «confieren un poder inmediato y directo sobre el bien de que se trate y son oponibles frente a todos»[170]. Admitimos la concepción "ab initio", en relación a su oponibilidad, pero no por su contenido, porque, al respecto, nuestro sistema jurídico, y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo que estudiaremos en el presente trabajo, no admiten la existencia de derechos ilimitados. Así, como se recoge generalizadamente[171], estos

---

[164] A mi entender lo será siempre, con la prevención desarrollada en el epígrafe anterior.

[165] Vid. O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 143, pág. 176.

[166] En términos similares, por ejemplo; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 47; o CONCEPCIÓN., ob. cit. nota 53, pág. 58.

[167] Según CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 368, o también; DÍEZ, ob. cit. nota 4, pág. 57.

[168] Como recogen, O'CALLAGHEN, ob. cit. nota 143, pág. 176; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 47; o CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 58.

[169] Esta contraposición sobre derechos públicos y privados la cité junto a su motivación en la breve reseña histórica anterior, en su epígrafe 2.5. Al respecto, recogen esta doble consideración; CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 368; DÍEZ, ob. cit. nota 4, pág. 57; y CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 58.

[170] Vid. CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 58.

[171] Sobre esta opinión; CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 368; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 47; o CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 58.

derechos de la personalidad están limitados por el orden público, y por la colisión que pueda producirse entre éstos y los derechos de los demás, con lo que este carácter se ha de considerar con esta insalvable y lógica limitación[172].

5.3.- Extrapatrimonialidad.

Uno de los caracteres de los derechos de la personalidad más interesante para nosotros, y que más literatura jurídica ha provocado, es el de la **extrapatrimonialidad**. Derivado del carácter personal –o personalísimo- de estos derechos, que ya vimos antes, y recalcando su contraposición con los derechos que eran objeto del comercio jurídico, la generalidad de la doctrina, especialmente la clásica[173], ha recogido sin dudas esta circunstancia.

Y se caracterizan como tales porque su aparición, ligada a valores íntimos de la persona, se produce en unos derechos; «que representan un interés del mismo tipo, extraño a lo patrimonial, fuera del comercio de los hombres y no valuable en dinero»[174]. Y también, relativo a su justificación, porque; «son de orden espiritual moral o afectivo»[175].

Esta realidad es absolutamente indiscutible en el nacimiento de la teoría de la existencia de estos derechos. Recordemos de la reseña histórica antes desarrollada que los precedentes de estos derechos siempre estuvieron ligados a la protección de un valor patrio tan "elevado" y poco patrimonial como fue el honor, del que se consideraba una ignominia valorarlo en dinero.

A la vez que se reconocía esta circunstancia, la misma doctrina también admitía que este carácter era totalmente compatible con la existencia de

---

[172] Sobre la postura que ha tomado esta jurisprudencia relativa a la colisión entre derechos reconocidos constitucionalmente, como los de la LO. 1/82 y los de las libertades de expresión y de información abriremos un pequeño epígrafe en el capítulo tercero de la segunda parte de este estudio. Es de destacar respecto a estos dos primeros caracteres (esencialidad e inherencia) que hemos visto cómo algunos de ellos han entrado en crisis, y la concepción sobre los mismos ha evolucionado en los últimos tiempos.

[173] Así, citando a autores que han expuesto esta opinión en diferentes momentos históricos; CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 368; DÍEZ, ob. cit. nota 4, pág. 57; BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, pág. 101; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 48; DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, pág. 51; CLAVERÍA, ob. cit. nota 92, pág. 112; ALBADALEJO, ob. cit. nota 66, pág. 51; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 58; LASARTE, ob. cit. nota 120, pág. 221.

[174] Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, pág. 101.

[175] Cfr. DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, pág. 51.

indemnización que la jurisprudencia había admitido tras la citada Sentencia de 6 de diciembre de 1912[176], como compensación por los daños sufridos por estos derechos. Como recogía CASTÁN[177], y fue opinión generalizada; «Son derechos *personales* o, más propiamente, *extrapatrimoniales*; lo que no obsta para que su lesión pueda dar lugar a consecuencias patrimoniales, por la vía del resarcimiento del daño, encaminada a garantizar el equivalente de aquellos bienes personales que constituyen el objeto de los derechos de la personalidad». Como vimos era una de las medidas que se recogían por nuestros tribunales para, de alguna manera, compensar el daño sufrido[178].

Esta línea podemos decir que era también la normalmente admitida en el derecho comparado de mediados de siglo. Por ello no entraremos a analizar con detenimiento dicho derecho[179].

Pero ante esta primaria admisión absoluta e indubitada del carácter extrapatrimonial de los derechos de la personalidad se observan varias circunstancias que hoy en día nos hacen replantear la evolución de esta caracterización. La primera es la social, y recordemos que el fin esencial del derecho es regular la vida de las sociedades en las que se desenvuelve. No requiere demostración el hecho de que nos encontramos en la actualidad en una sociedad mediática y de la información. En la misma es muy usual el uso por parte de algunos ciudadanos de sus derechos de la personalidad de una manera comercial. No hablamos del tradicional y muy antiguo ya uso de la imagen de las personas desde principios de siglo; fotografía, cine, televisión (evidente uso patrimonial de un derecho de la personalidad, la imagen). Este fenómeno se ha multiplicado con progresión geométrica a raíz de la aparición de medios de comunicación que informan sobre la vida social (mal llamada 'del corazón', quizás sería mejor 'de la cartera'). En este tipo de informaciones es práctica habitual comerciar no sólo con la imagen, sino con la intimidad –los ejemplos son múltiples- e incluso con el honor, a pesar de toda la repugnancia que

[176] Ver nota 54 en el segundo epígrafe de esta parte preliminar.

[177] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 368.

[178] Al respecto se puede consultar el breve capítulo procesal abierto al final del presente estudio, sobre las medidas cautelares, contemporáneas o resarcitorias que se pueden tomar para proteger los derechos de la personalidad post-mortem, en especial todo lo relativo a la reparación por medio de la indemnización pecuniaria, epígrafe 3.4.1 del citado capítulo.

[179] Así, en derecho italiano, por ejemplo; SANTINI, G., *Onore*, NDI. XI, 1957.; DE CUPIS, ob. cit. nota 64, págs. 53 y ss. En cuanto al derecho francés, con revelador título; NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, París, 1939.

esto pueda provocar a cualquier persona con un mínimo de decoro. Estimo que una hipotética intención del legislador de limitar de forma contundente esta realidad tendría, por mucho que nos pese, muy poca viabilidad.

La segunda realidad que matiza este carácter es la legal. La LO. 1/82 no aclara la situación, y parece más bien fomentar y amparar esta práctica social. En su artículo 1.3 no se recoge la extrapatrimonialidad cuando indica que los caracteres de los derechos que regula son; «irrenunciable, inalienable e imprescriptible». Posteriormente, en el 2.3 regula la posibilidad de prestar consentimiento[180] para que alguien permita a otro entrar en el ámbito protegido por esta Ley. Dicho consentimiento, parece claro, podrá ser prestado –en muchos casos siempre lo será- a cambio de contraprestación económica. Así mismo, su artículo 7.6 considera intromisión; «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines *publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*» (se sobreentiende que sin su consentimiento, ya que con él sería lícito).

Por último, la realidad jurisprudencial parece indicar que todo se mueve en esta misma dirección de la progresiva patrimonialización de estos derechos. La misma, al respecto, sólo se ha pronunciado en relación al derecho a la imagen[181], pero al respecto ha sido muy determinante. En la Sentencia de 9 de mayo de 1988[182], por ejemplo, se ha recogido con una claridad aplastante la posibilidad de negociar con carácter patrimonial con el derecho a la imagen;

> «El presente procedimiento se deriva de un contrato previo suscrito entre (...) para la comercialización y explotación de la imagen de los futbolistas (...) debiendo abonar en contraprestación la cantidad mínima de 7.000.000 Ptas. y porcentajes (...); durante la temporada 1981/92, la sociedad hoy demandada comercializó legítimamente en virtud de este contrato los

[180] Cuyas características, significado e importancia de cara a la naturaleza jurídica y caracteres de estos derechos, tanto en nuestra doctrina como en la comparada y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, estudiaremos en el siguiente subcarácter de la indisponibilidad, por ser el más adecuado para ello, epígrafe 5.3.2.1.

[181] Esto se produce porque es el que con mayor asiduidad se le plantea, por ser el más habitual. Este hecho lo podemos comprobar, por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9-5-88 (RJ: 1988\4049) o la de 26-1-90 (RJ. 1990\26).

[182] Los antecedentes de hecho son los siguientes; Los futbolistas profesionales españoles, a través de su 'sindicato' o representantes, la AFE, firmó con una sociedad de cromos "Cromo-crom, S.A." un contrato por el que le cedía en exclusividad, *a cambio de precio*, el derecho a comercializar y explotar unos cromos con la imagen de los mismos durante la temporada 1981/82. La AFE demandó a la empresa porque continuó, sin mediar acuerdo al respecto, con la comercialización en temporadas sucesivas. La demanda prosperó por la violación del derecho a la imagen de los demandantes, y los sucesivos recursos interpuestos por la empresa fueron desestimados.

> cromos y álbumes y una vez transcurrida dicha temporada continuó distribuyendo, sin contrato y desoyendo todas las peticiones de la AFE en el sentido de que cesase en su actividad». FJ. 1°.
>
> «la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento, tiene un carácter público que acrecienta el interés económico de la difusión, hasta tal punto que la legislación contempla expresamente su explotación...». FJ. 3°.

Una vez dejada clara la opinión de la jurisprudencia, para la que es perfectamente admisible la comercialización de este derecho a la imagen (no se ha pronunciado sobre este tema en los demás derechos), veremos cómo la doctrina española también ha llevado a cabo una pequeña reacción al respecto. Así, ROGEL[183] les aprecia; «un substrato pecuniario». O'CALLAGHAN[184] recuerda; «la posibilidad de lucro a costa de la propia imagen».

La realidad social a la que antes nos referíamos y sus consecuencias, la recoge claramente LASARTE[185] en una acertada exposición centrada en este tema; «La referida nota de extrapatrimonialidad de los derechos de la personalidad, indiscutible en términos técnicos, encuentra en la práctica un talón de Aquiles sumamente conocido: el hecho de que muchas personas (aunque, por fortuna, no la mayoría) "cedan" algunos de sus derechos de la personalidad a cambio de una contraprestación cualquiera (normalmente, jugosa cantidad de dinero). Tal realidad, innegable, cuestiona seriamente la vivencia efectiva de la característica estudiada, pues, además, socialmente no se encuentra generalizada la idea de que comerciar con la intimidad o la propia imagen, por ejemplo, atente contra el orden público, como parece suponer el propio sistema jurídico».

Otros autores patrios son más claros, y se decantan por la admisión sin más planteamientos de la patrimonialización de estos derechos[186], en especial del derecho

---

[183] Vid. ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 48.

[184] Cfr. O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 143, pág. 177.

[185] Cfr. LASARTE, ob. cit. nota 120, pág. 223.

[186] En la línea de la doctrina italiana actual más avanzada y asentada, que se puede consultar en; VERCELLONE, P., *Diritti della personalità e "Rights of publicity"*, RTDPC., 1995, págs. 1163 y ss; SERVELLO, G., *Considerazioni in tema di diritti della personalità*, CG., 1993 I, págs. 96 y ss; GATTI, S., *Il "diritto" alla utilizzazione economica della propia popolarità*, RiDCo.,1988 I, pág. 356; «La comercialización de la notoriedad se realiza a través de la utilización del nombre o de la imagen, cuyo valor patrimonial es tanto más elevado cuanto mayor es la notoriedad».

a la imagen. YSAS SOLANES[187] recoge que «estos derechos en parte son comercializables y pueden tener un importante contenido patrimonial, por ej., la imagen». Más claro aún, y en la línea arriba apuntada, CARRILLO[188] argumenta que «Sin embargo, en una sociedad industrializada, donde, por poner un ejemplo entre otros muchos, el fenómeno de la publicidad absorbe importantes partidas en los presupuestos de las empresas, la imagen no sólo expresa valores morales sino que también –y en muchas ocasiones- es canal por el que circulan importantes intereses patrimoniales».[189]

Recapitulando (y destacando otro de los momentos en los que los caracteres de estos derechos han evolucionado en aspectos en los que pueden afectar a su situación post-mortem), a nuestro entender la patrimonialización de estos derechos es en la actualidad evidente, y en algunos casos nuestro ordenamiento lo admite. El derecho a la imagen o el de autor son los paradigmas de ello. Desde mi punto de vista, también le sucede, lo que no indica que por ello sea positivo, al derecho a la intimidad y al del nombre. Por último, socialmente lo mismo le observamos en el derecho al honor. Es mi opinión que si los tribunales se tuviesen que pronunciar claramente (ya que implícitamente ya ha dado) sobre la posibilidad de patrimonialización de este derecho –no de renunciabilidad- con la legislación actual, lo admitiría plenamente. Así pues, por todo lo referido, creo que este carácter de extrapatrimonialidad de los derechos de la personalidad está hoy en día claramente en crisis, y se ha de evolucionar hacia la concepción de éstos como parcialmente patrimoniales.

---

[187] Vid. YSAS SOLANES, M, *Protección a la memoria del fallecido en la LO. 1/82*, Publicado en la obra homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Vol. VI., Madrid, 1990, pág. 803.

[188] Cfr. CARRILLO, M., *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental*, RJA., nº 18, 1994, pág. 19.

[189] Con respecto a estos dos autores, en las obras citadas recogen una analogía entre nuestro derecho a la imagen y los derechos reconocidos en el derecho estadounidense del "Right of publicity" y del "Right of privacy", el primero con único carácter patrimonial y el segundo moral. Esta analogía, similar a lo que se recoge en la Ley de Propiedad Intelectual española, será estudiada en el próximo epígrafe del derecho comparado. Es una analogía que nuestro sistema en principio no recoge en la actualidad. Otro estudio muy interesante, que estudia las dudas que en la actualidad surgen respecto a la extrapatrimonialidad lo encontramos en; LÓPEZ DÍAZ, E., *El Derecho al honor y el derecho a la intimidad; Jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1996, págs. 254 a 256, en el que expresamente admite que; «Y es que se dan razones prácticas suficientes para este replanteamiento doctrinal...».

5.3.1.- Irrenunciabilidad.

Para sistematizar de la manera más adecuada este trabajo, y modificando en parte la clasificación de los caracteres de BELTRÁN DE HEREDIA, antes de la indisponibilidad estudiaremos la **irrenunciabilidad**, ya que la primera se deberá estudiar en relación a lo entendido por la segunda. Y esto es así porque en un principio no coincidimos con la opinión doctrinal[190] que estima que la irrenunciabilidad se produce por la indisponibilidad. Más bien al contrario, creemos más clarificador afrontar la cuestión desde el punto de vista de qué carácter abarca al otro, y creemos que la irrenunciabilidad es más amplia y recoge en su conceptualización a la indisponibilidad.

Como muy acertadamente recoge, precisamente BELTRÁN DE HEREDIA[191]; «la renuncia es el acto jurídico que extingue el derecho por voluntad abdicativa, no traslativa, de su titular. En este sentido puede afirmarse que es el máximo acto de disposición». Por ello considero que la irrenunciabilidad es más amplia (y por ello la abarca) en la indisponibilidad. Ejemplificando, toda renuncia supone una disposición, pero no toda disposición obliga a una renuncia absoluta del derecho, como veremos en el estudio de este trascendental carácter.

No obstante lo cual, estoy junto a la doctrina mayoritaria[192] en el reconocimiento de que los derechos de la personalidad son absolutamente irrenunciables, ya que, debido a su inherencia a la persona y a su necesidad para que ésta se desarrolle como tal y con dignidad, un sistema jurídico que constitucionaliza la dignidad humana no puede permitir que sus ciudadanos renuncien a este tipo de bienes necesarios, al menos en su totalidad, aunque en determinados sistemas jurídicos la opinión no sea idéntica[193].

---

[190] Seguida por no pocos autores; BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, pág. 106; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 50; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 61. LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 145, págs. 192 y 193; HERRERO TEJEDOR, ob. cit. nota 145; OLIVEROS, ob. cit. nota 3, págs. 17 y ss.; y O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 143, págs. 175 y ss.

[191] Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, pág. 106.

[192] Como se puede desprender de; CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 368; DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 4 pág. 57;DE ANGEL, ob. cit. nota 1, pág. 52. Así como, evidentemente, de todos los autores de la nota 190, que damos por reproducidos.

[193] Al respecto, ciertas opiniones doctrinales comparadas, concretamente en Italia han evolucionado hasta considerar que se puede renunciar al derecho, ya que el hombre tendrá derecho al honor «dependiendo del comportamiento que el mismo tiene, ya que cometiendo determinados actos –indignos suponemos- se renuncia a una parte de la propia reputación»; Así, ZENO-ZENCOVICHI,

5.3.2.- Indisponibilidad.

Llegamos ahora al interesantísimo estudio de la **indisponibilidad**. Este carácter, que podemos definir como lo hace el profesor BELTRÁN DE HEREDIA como imposibilidad de «disposición sobre los mismos, entendida como facultad o poder de realizar un acto cualquiera que decida el destino del derecho, haciendo dejación de su titularidad»[194], nunca ha dejado de ser motivo de cuestionamiento en los juristas, en especial en lo relativo a su aplicabilidad o no a los derechos de la personalidad.

Y este fenómeno lo podemos observar no sólo tras la publicación de la LO 1/82, que fue muy importante al respecto (lo que analizaremos a continuación), sino también con anterioridad. Motivada quizás por la realidad social antes citada, en la que era habitual (hoy en día lo es más), comerciar y disponer de determinadas facetas de los derechos de la personalidad, en particular de la imagen y algo de la intimidad, estudios anteriores a la promulgación de la LO. que trataban con profusión los caracteres de estos derechos, que han sido analizados aquí, como los de los profesores DE ÁNGEL[195], DÍEZ DÍAZ[196] o incluso CASTÁN[197], no recogían la indisponibilidad como uno de ellos.

Incluso, en 1981, cuando ya se procedía al trámite parlamentario de la Ley Orgánica que iba a definir el marco legal en el que se desarrollaría el reconocimiento y la protección de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, con lo que ya se vislumbraba la posibilidad de que algo se regulase en relación a la indisponibilidad, aunque no se tuviese el texto final[198], el profesor

---

Onore e reputazione, DDP., XIII, 1995, pág. 93; o VERCELONE, ob. cit. nota 102, pág. 1087. Esta opinión no ha tenido eco alguno en nuestro Derecho.

[194] Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, pág. 102.

[195] Cfr. DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, págs. 51 y 52.

[196] Que en su obra, DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 4, pág. 57 opina que «Aunque cierto sector de la doctrina les califica de indispensables, mejor es hablar de irrenunciables, porque si bien no cabe la facultad de despreciarlos o destruirlos, ello no obsta para que de alguna manera puedan ser objeto de convenciones encaminadas a una cesión de los mismos más o menos relativa. En este sentido, la que es indisponible o inalienable es la personalidad misma, pero no los derechos específicos que se pueden emanar de ella».

[197] Significativo es el caso del profesor CASTÁN. En un primer estudio de estos derechos, en 1952; CASTÁN, ob. cit. nota 60, pág. 22, los califica como; «intransmisibles y no susceptibles de disposición por el titular». En un estudio posterior de 1957; CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 368, ya sólo los caracteriza como; «irrenunciables e imprescriptibles», de lo que hemos de deducir, necesariamente, que ha visto necesario el replanteamiento de este carácter.

CLAVERÍA[199], en un estudio previo a la publicación de la misma avanzaba que; «Cabe una disponibilidad parcial, eventual y concreta de estos bienes de la personalidad, que no excluya la plena titularidad del derecho en el futuro».

Así las cosas, en la LO 1/82, en su reconocimiento de caracteres, se les otorga a los derechos el de irrenunciabilidad, pero no el de indisponibilidad (art. 1.3). Pero la misma va más allá, y da a los ciudadanos posibilidad de disponer de algunos aspectos del derecho a través de la validez del otorgamiento del consentimiento a un tercero para que éste pueda llevar a cabo una acción que sin él se consideraría como una intromisión en los ámbitos de los derechos que la propia Ley protege. El consentimiento, que es el instrumento a través del cual se le otorga el carácter de disponible a estos derechos será estudiado con cierto detenimiento justo a continuación.

La explicación del legislador de la naturaleza jurídica del consentimiento y de lo que supone para estos derechos nos la aporta en la Exposición de Motivos; «posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran».[200]

Con este explícito reconocimiento legal se produjo una progresiva admisión en la doctrina de la disponibilidad de estos derechos. Unos autores lo llevaron a cabo a través del reconocimiento de la posibilidad de una disponibilidad parcial de determinados aspectos de estos derechos, sin concretar qué aspectos en qué derechos. Así, en un orden cronológico en la elaboración de sus estudios, encontramos a ALBÁCAR[201], ROGEL[202], ESTRADA[203], CONCEPCIÓN[204] o ESLAVA[205].

---

[198] El Señor CABANILLAS, en la presentación del Proyecto de ley a las cortes anunciaba que «la protección civil que se dispensa al honor, a la intimidad y a la imagen deja un amplio margen de nuevo a la autonomía de la voluntad, (...) no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido de aquellos derechos, cuando el titular hubiese otorgado su consentimiento». Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Nº 206. 1981, pág. 12299.

[199] Vid. CLAVERÍA, ob. cit. nota 92, pág. 113.

[200] De ahí se desprende mi toma de postura anterior con relación a que la irrenunciabilidad abarca a la disponibilidad, y que ésta es una parte del todo que supone la primera.

[201] Vid. ALBÁCAR LÓPEZ, J., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, LL, 1984, PÁG. 1210; «Existen otros derechos fundamentales en los que la disponibilidad que se atribuye a su titular alcanza un grado tal que (..). Bastará a estos efectos recordar el derecho a la intimidad...»

[202] Vid. ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 49.

Otro sector doctrinal ha ido más allá. Así, CARRASCO PERERA[206] opina que (respecto al derecho a la imagen al menos); «no existe ninguna razón que prohiba ceder por contrato un derecho de imagen». Más allá va CLAVERÍA[207], que amplía la posibilidad de disponer, mediante contrato o simple autorización; «tanto del derecho a la imagen como de la intimidad».

En relación a nuestra jurisprudencia, la misma ha estudiado generalmente la posibilidad de disposición del derecho a la imagen, por ser el que más habitualmente provoca estos acuerdos o consentimientos. Ya en la definición de imagen (que estudiaremos con profundidad posteriormente, en el epígrafe 3.2 del primer capítulo de la segunda parte), deja clara la posibilidad de disposición;

> «la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa (...). En sentido jurídico habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad»

Así mismo, en numerosas sentencias[208], que también citaremos a continuación, cuando tratemos del consentimiento y sus características, se ha decantado por la admisión sin dudas de ningún tipo de la disponibilidad de estos derechos, a través del citado consentimiento, con los únicos condicionamientos de forma que le exige la Ley para su validez.

---

[203] Cfr. ESTRADA ALONSO, E., *El derecho a la imagen en la LO. 1/82 de 5 de mayo*, AC, nº 25, Junio 1990, pág. 353; Respecto a la imagen; «el titular puede consentir ciertas intromisiones (..) sin que por ello suponga una renuncia total y definitiva de su derecho a la imagen».

[204] Cfr. CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 57.

[205] Vid. ESLAVA, ob. cit. nota 120, pág. 60; «La extrapatrimonialidad no es obstáculo para que, excepcionalmente, respecto a determinados aspectos del honor, la intimidad, o la propia imagen quepan ciertos aspectos de disposición».

[206] Cfr. CARRASCO PERERA, A., (Director), *Derecho Civil I.*, (Tecnos), 1996, pág. 93.

[207] En un delicioso e interesantísimo trabajo que analizaremos con más detenimiento en el estudio del consentimiento; CLAVERÍA GONZÁLBEZ, L., *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*, ADC. III, 1994, págs. 31 y ss.

[208] Como podemos citar las del Tribunal Supremo de 9-5-88 (RJ: 1988\4049); de 7-3-90 (RJ. 1990\1677); de 2-3-91 (RJ. 1991\1710); de 1-7-92 (RJ. 1992\6499); o la de 21-12-94 (RJ. 1994\9775). Como comentamos, las analizaremos en el estudio dedicado al consentimiento.

Al respecto podemos recordar el texto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1988 (en la nota 181), que completamos con otras. Así, la de 2 de marzo de 1991 (RJ. 1991\1710)[209], recoge que;

> «Ello no es ataque a su imagen dado que consintió se le tomara de manera voluntaria y libre y después no revocó el permiso concedido.» FJ. 3°.

También la Sentencia de 1 de julio de 1992 (RJ. 1992\6499)[210] nos aclara que, en la terminología de la ley, sí se admite la disposición. Así;

> «...los diferentes aspectos o manifestaciones del mismo (se refiere a los derechos al honor, intimidad e imagen, aunque, imitando el error de la ley los trata como uno solo), que pueden ser objeto de disposición». FJ. 4°.

A nuestro entender esto no podría ser de ninguna otra manera, ya que al ser la función de los tribunales aplicar la legislación existente, y ser esta clara, como vimos, en la admisión del consentimiento, la jurisprudencia ha admitido, con las prevenciones legales existentes, la disponibilidad de estos derechos.

Por lo que respecta al derecho comparado, tanto la doctrina, la legislación o la jurisprudencia de los países de nuestro entorno occidental han admitido desde hace bastante tiempo la posibilidad de disposición de determinados derechos de la personalidad (como poco, siempre el de la imagen). Ya a mediados del siglo pasado encontramos el primer precedente de ello en la sentencia del Tribunal Civil del Sena de 16 de Junio de 1858, cuando, a propósito del retrato de la actriz Rachel, con una fama indiscutible en su tiempo, se estableció el derecho de las personas públicas a decidir sobre la publicación de su imagen o no. A partir de este citado precedente, y

---

[209] Los hechos que la provocan son los siguientes; Doña G.B.M. declara en el diario "La verdad, Editorial Católica, S.A." que la muerte de su hijo, cirujano fallecido el 24 de junio de 1986, se pudo deber a un homicidio. Para el artículo consiente en que se obtenga una fotografía de su imagen. Tras la autopsia un médico compañero del fallecido presente en la misma, declaró que no tenían sentido las acusaciones, que podían deberse al trastorno mental que a la denunciante le produjo el fallecimiento de su hijo. Para esta segunda noticia se repitió la fotografía obtenida con anterioridad. La denunciante demandó al diario por la publicación de la imagen en la segunda ocasión. Fue desestimada por el consentimiento prestado con anterioridad.

[210] Sus hechos son los siguientes; Don J.P.C., consejero delegado de una empresa dedicada al negocio de la comercialización de bebidas, tras empeorar sus relaciones con el presidente de la misma, fue despedido el 1 de agosto de 1985 entre una agria polémica e insultos. Tras interponer una querella se llegó a un acuerdo laboral que a la vez elogiaba el trabajo por él realizado en la empresa, junto a una conciliación con trascendencia pública por todos aceptada. Tras esto, y tras demandar a su antiguo jefe por haberle desprestigiado social y profesionalmente, esta pretensión es desestimada hasta la casación por el consentimiento prestado en el acuerdo.

hasta nuestros días, la aceptación de la disponibilidad de un derecho como la imagen en Bélgica, Alemania, el derecho anglosajón, Austria o Italia[211] fue un hecho[212].

Como he expuesto, junto con la patrimonialidad, el carácter de los derechos de la personalidad que podemos considerar claramente que se encuentra hoy en día en crisis y que es necesario replantear es el de la indisponibilidad. A mi entender, estos derechos son plenamente disponibles, entendiendo como tal la facultad del titular de determinar el destino que en un contexto concreto, en tiempo y en forma, le da a su derecho –si quiere la protección legal del mismo o no-, sin que por ello renuncie a su titularidad ni a su protección en otro determinado momento posterior (es decir, que puede disponer de él, pero no hasta tal punto que renuncie a la citada titularidad del mismo). El análisis de si en este momento estamos ante una renuncia o una disposición deberá ser apreciado por la jurisprudencia.

No obstante, no cometeremos el mismo error achacable a la LO 1/82, el de tratar a todos los derechos sin matizar sus diferencias, lo que haremos con brevedad. Para mí no queda duda de la disponibilidad del derecho a la imagen, y no considero problemática la del derecho a la intimidad, ya que la misma puede quedar aireada por su titular sin que al sistema jurídico le afecte –y la ley lo permite-. Por otro lado, más dudosa ha sido históricamente la del honor, pero creo que la disponibilidad parcial del mismo está permitida en nuestro ordenamiento, y además se practica con bastante asiduidad, y como veremos (ver en el siguiente epígrafe 5.3.2.1, nota 223). permitida por la jurisprudencia. Mientras no se lleve a cabo una renuncia indeterminada creo que la citada disponibilidad no es problemática en nuestro derecho, a pesar de la constitucionalización de la dignidad, que afecta a la renuncia, no a la disposición.

Todo ello entendiendo que, según la ley (art. 2.2), la protección de los derechos que regula se determinará atendiendo; «a las leyes, usos sociales y al *ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*». Es decir, quien se sitúa a la luz pública porque comercia con sus derechos, y dispone de ellos habitualmente, consiente en que su ámbito de protección de los mismos sea menor. Piénsese en el derecho a la intimidad. Si divulgo mi vida privada e íntima habitualmente, el mismo será menor, porque evidentemente habrá

[211] Para un estudio del principio de disponibilidad en el derecho italiano actual; ZENO-ZENCOVICH, ob. cit. nota 193, págs. 93 y ss.

[212] No entraremos a relatar cómo se produjo dicha aceptación, por no tener mayor trascendencia ni utilidad en este lugar. No obstante, un estudio interesante y muy completo sobre la disponibilidad del derecho a la imagen en todo el derecho europeo lo podemos encontrar en; FERRARA, L., *Il diritto sulla propia immagine*, Roma, 1942, al que nos remitimos para un mayor estudio del tema.

menos aspectos de mi vida que queden reservados para mí únicamente, habrá menor margen de intimidad, ya que yo mismo he desvelado algunos aspectos de la misma, que pasan por ello a ser de dominio público.

5.3.2.1.- El consentimiento.

Esta disposición de la que hemos tratado se produce a través del **consentimiento**. Por lo tanto, para comprenderla adecuadamente debemos estudiar sus características y naturaleza jurídica. El mismo ha sido regulado en el artículo 2 de la LO 1/82;

> 2.2; «No se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando (...) el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso...»
>
> 2.3; «El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrá de indemnizarse, en su caso, con los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

Posteriormente, el artículo 45 de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada mediante real decreto legislativo 1/1996 de 12 de abril establece la obligación de formalización escrita de la cesión de los derechos de explotación de las obras artísticas o literarias dentro de la regulación del derecho de autor.

Como hemos visto, lo que la ley previene en el caso de los derechos al honor, intimidad e imagen es que el consentimiento sea "expreso". Por esto mismo, consideramos que el mismo, con relación a los derechos de la LO 1/82, no ha de ser escrito, al igual que gran parte de la doctrina[213] y a la jurisprudencia[214], ya que la regulación no lo obliga para ellos, aunque sí lo hace en la LPI. No obstante, creemos

---

[213] Al respecto la misma ha estudiado cuál es la manera de llevar a cabo el consentimiento, y ha opinado que podrá deducirse de manera implícita de los actos del afectado y titular de estos derechos, que si no se opone en ningún momento a la posible intromisión en éstos, y se deduce de sus propios actos esta avenencia –piénsese en la clara demostración de voluntad de posar-, el consentimiento no escrito se habrá de tener como acorde a la ley; Vid. CLAVERÍA, ob. cit. nota 207, págs. 50 y ss; CASAS VALLÉS, R., *Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación*, PJ., nº 14, Junio 1989, pág. 133; CARRILLO, M., ob. cit. nota 188, pág. 23.

[214] De la misma se puede deducir, sin que creamos necesario ni oportuno entrar a estudiarlas con detenimiento, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 1-7-92 (RJ. 1992\6499); y la de 17-7-93 (1993\780). En esta última se lee «en el presente caso no hubo autorización... ni siquiera tácita o actos, por parte de la actora, de los que quepa deducir su voluntad de revelar su imagen tal y como fue captada». La STS. de 27-6-96 (RJ. 1996\4792) -FJ 2º- establece expresamente que el consentimiento no ha de ser escrito, aunque sí se ha de tener constancia del mismo.

que sí debe considerarse "inequívoco"[215], y conviene formalizarlo por escrito, con la finalidad de evitar problemas de prueba. Sin embargo sí que podemos deducir de la naturaleza de estos derechos, y de la práctica que ha demostrado la jurisprudencia, que la interpretación de los términos de los acuerdos (si está formalizado por escrito), y de los actos propios (si no lo está), con respecto a este consentimiento de intromisión, deberá ser llevado a cabo de manera restrictiva[216] y limitada. Esta misma opinión ha sido desarrollada por la doctrina que ha estudiado el consentimiento con detenimiento[217].

En cuanto a la naturaleza de esta disposición, la ley nada establece al respecto, con lo que hemos de entender que se abren infinidad de posibilidades para quienes lleguen a un acuerdo sobre la disposición del derecho (de tiempo o formas para ello), con tal de que la misma no suponga una renuncia del mismo, que como ya opinamos antes, no está permitido por nuestro ordenamiento jurídico. Será por tanto, misión de la jurisprudencia analizar cuándo se produce la misma, pero 'ab initio' se puede establecer que la disposición ha de ser limitada en el tiempo, aunque el periodo sea largo, y ha de expresar claramente qué intromisiones al derecho se permiten[218]. Por todo lo referido, en acertadas palabras de CLAVERÍA, la Ley «protege al mismo tiempo demasiado y demasiado poco»[219].

---

[215] Como recoge acertadamente CASAS VALLES, ob. cit. nota 213, pág. 134.

[216] Sobre esta característica se pueden consultar las Sentencias del Alto Tribunal de 29-3-88 (RJ. 1988\2480); de 7-3-90 (RJ. 1990\1677); de 2-3-91 (RJ. 1990\1710); y de 21-12-94 (RJ. 1994\9775), y en cuanto a sus límites, la STC 117/94, o la STS de 16-6-90 (RJ. 1990\4762), que establecen los requisitos para el consentimiento, su evocación, etc.

[217] Vid. CASAS VALLES, ob. cit. nota 213, pág. 134; CLAVERÍA, ob. cit. nota 207, pág. 56; MONTÓN GARCÍA, M., *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión*, LL., 1995-I, pág. 885.

[218] Por ejemplo, se podría especificar que durante un tiempo determinado se puedan publicar tal o cual imagen o tales o cuales noticias en determinadas circunstancias. Pero no podrá ser por un periodo indefinido, y si no se especifica tiempo alguno, se habrá de estar únicamente a una disposición concreta.

[219] Vid. CLAVERÍA, ob. cit. nota 207, pág. 44. En lo que hemos de considerar como un excelente estudio sobre la disponibilidad de estos derechos, hace esta curiosa y original aportación. Cree que protege demasiado por dar posibilidad a la revocación del consentimiento en cualquier momento, perjudicando derechos de terceros (la analizaremos seguidamente), y demasiado poco porque no limita la posibilidad de consentir, con lo que estos derechos se pueden ver muy dañados por tamaña autonomía de la voluntad.

Una discusión ciertamente interesante que ha dejado abierta la LO 1/82 ha sido la de a qué derechos afecta la posibilidad del consentimiento[220]. Al respecto, la mayoría de la doctrina española opina, admitiendo claramente la disposición de los derechos a la imagen y a la intimidad, que el consentimiento no puede afectar al derecho al honor, debido a la constitucionalidad de la protección de la dignidad[221]. No obstante, en la actualidad, y movidos por la legislación, la realidad social actual, y la jurisprudencia, que trataremos a continuación, esta tendencia doctrinal se va modificando, abriendo algo más la concepción de la posibilidad de disposición del derecho al honor[222].

Efectivamente, al hilo de las acertadas palabras de CLAVERÍA abajo recogidas, estimo que por varias razones hemos de admitir que el consentimiento se puede otorgar para intromisiones, concretas eso sí, del derecho al honor. Por un lado la LO. 1/82, las admite, ya que se admite el consentimiento para la disposición de cualquiera de los derechos de los que trata. Por otro lado, de los usos que la misma ley ha provocado, que como veremos ahora no han anulado la jurisprudencia, se ha producido la "oferta" al público de noticias que cualquiera puede considerar que vulneran el derecho al honor. Sin ir más lejos, como cita el profesor CLAVERÍA, la pornografía entra claramente en la concepción que parte de la sociedad tiene en relación a la afectación de este derecho. Dichas disposiciones se admiten, por tanto, en la sociedad, en la legislación y en la jurisprudencia. Por todo ello, a mi entender,

[220] Esto es así porque, como hemos dejado señalado, en todo el texto de la misma se lleva a cabo un tratamiento de los derechos en su conjunto, sin diferenciar entre unos y otros, cuando en algunos de ellos es evidente que se tendría que haber producido la citada diferenciación. Como en el tema del consentimiento la tónica de su tratamiento es la misma, los autores, de una manera lógica, han visto un error en la ley, y no intención de regularlo de manera conjunta.

[221] Dejamos aquí citada esta opinión sobre el derecho al honor, que como reflejamos es mayoritaria; CLAVERÍA, ob. cit. nota 207, pág. 63; ALBÁCAR, ob. cit. nota 14, pág. 1210; ESTRADA, ob. cit. nota 120,pág. 80; HERRERO TEJEDOR, ob. cit. nota 145, págs. 80 y ss, CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 206, pág. 93.

[222] Así, CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., en *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1995, pág. 42, que como estudia el tema desde la perspectiva jurisprudencial, admite esta disposición. Por otro lado, el profesor CLAVERÍA, ob. cit. nota 207, pág. 63, aunque estima que; «en esta sede cabe plantear si cabe disponer del honor, lo que niego por oponerse a principios constitucionales», también admite que; «aclaro que estas nulidades producidas porque se disponga del honor (..) 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».

la misma es válida en nuestro ordenamiento siempre que no se renuncie al derecho, y que se dé el consentimiento con los requisitos legales antes recogidos.

Las dudas que pudiésemos tener sobre la virtualidad de esta disposición o no del derecho al honor tras la promulgación de la LO. nos las quita la jurisprudencia. Para observarlo, junto a las sentencias antes citadas, estudiaremos otra centrada en este derecho en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7-3-90 (RJ. 1990\1677)[223], cuya textual recepción de esta posibilidad de disposición recogemos;

> «También procede la desestimación del siguiente motivo (...), en que se denuncia la infracción de los artículos 1º1 y 3; y 2º2 e la LO. 1/82 (...), por entender que está tachada de nulidad radical la renuncia al derecho al honor, ya que como afirma la Sala de instancia al interpretar el documento básico, se suscribió con el fin de dar una reparación al posible deterioro de imagen que se pudiera hacer con la emisión de la película, siempre que en cualquier proyección de la misma se procediera a la lectura íntegra de la nota acordada por ambas partes, lo que en definitiva entraña un **consentimiento expreso otorgado por el titular del derecho** conforme a los postulados del artículo 2º2 de la L.O.1/1982». FJ. 3º.

Terminando ya con el estudio de las circunstancias del consentimiento[224] es necesario nombrar la posibilidad de revocación del mismo, que como ya vimos se regula en el artículo 2.3 de la LO. La misma es muy clara. Ésta se puede producir en cualquier momento posterior al acuerdo, sea éste contractual o no, y llevará a cabo la obligación del titular del derecho a indemnizar los daños causados al tercero. Esta concepción de la revocación nos provoca varias reflexiones. Por un lado confirma la patrimonialización de estos derechos que vimos páginas atrás. Por otro lado, y debido a la naturaleza de estos derechos, le da una gran autonomía y margen de acción a su titular, poniendo a quienes contratan con ellos en una evidente posición

[223] Los hechos de la misma se producen tras un acuerdo firmado por don J.M.F.J. con TVE, S.A., en el que prestó consentimiento para que se emitiera el programa «el caso del cadáver descuartizado», en el que él era afectado, siempre que en cualquier emisión de la misma se procediera a la lectura íntegra de una nota redactada por ambas partes. El actor demandó a la empresa por entender que se había visto afectado su derecho. La misma fue desestimada en primera y segunda instancia, y en casación.

[224] No consideramos adecuado alargarnos en el estudio del mismo recogiendo las opiniones que se han expresado acerca de cómo hemos de considerarlo en la sistemática de los negocios jurídicos de disposición, si es una *justificación de la intromisión, una excepción al régimen general de indisponibilidad del derecho*, un *ejercicio del mismo* o el de un *derecho patrimonial*. Al respecto, una vez más, constituye un buen estudio; CLAVERÍA, ob. cit. nota 207, págs. 41 y ss, al que solamente nos remitimos, por no constituir el objeto del presente trabajo.

de inferioridad, aunque se le compense económicamente[225]. Finalmente, provoca la invitación a la litigiosidad, tanto para determinar la validez de la revocación como la cuantificación de daños a abonar por ella.

Por último, hemos de señalar que los sistemas jurídicos comparados se mueven en los mismos parámetros aquí observados en el derecho español. Se admite el consentimiento para disponer del derecho, la posibilidad de que sea por escrito o no, limitándose la amplitud del mismo y también su revocación con abono de una indemnización[226].

5.3.3.- Intransmisibilidad.

En cuanto a la **intransmisibilidad**, esta característica ha sido siempre admitida como una consecuencia lógica e inmediata de la inherencia y la inseparabilidad de los derechos de la personalidad de la persona que es titular de ellos. Ciertos autores[227] lo han cuestionado como un carácter matizable desde el punto de vista de la existencia de trasplantes de órganos o partes del cuerpo –médula- realizados en vida, debido a la existencia de un fin social importante que lo justificaba.

Desde un punto de vista personal este carácter es atribuible a estos derechos mientras la persona está viva, -ahora comentaremos algo sobre su situación post-mortem-, sin que existan matices al respecto. Nos referimos al derecho y su disfrute. El titular del mismo no puede transmitirlo, ya que desde ese momento ya no

---

[225] Tanto que, como han reflejado oportunamente algunos autores, quiebra, nada menos, que el principio de obligatoriedad del contrato (art. 1256 Código Civil.), si éste se ha llevado a cabo. Tanto es así que algunos autores han negado la virtualidad de la renuncia si estamos hablando de contratos formales, especialmente si del derecho del que se dispone es del derecho a la imagen. Al respecto se puede consultar el estudio de CASAS VALLÉS, ob. cit. nota 213, en su totalidad, en relación a una Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 19 de julio de 1988 que afecta a una conocida "famosa"; o también a; CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 206, pág. 93, y a; CLAVERÍA, ob. cit. nota 207, págs. 50 y ss.

[226] En cuanto al derecho italiano, a partir de la Ley de 22 de abril de 1941 sobre la protección del derecho de autor se admite plenamente esta posibilidad, ya que en su artículo 96 se regula que; «el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o entrado en el comercio sin el consentimiento de ésta...». Estudios al respecto encontramos en; DE CUPIS, ob. cit. nota 64, pág. 49;GARUTTI-MACIOCE, ob. cit. nota 100, pág. 48; ORESTANO, A., *Immagine, persona e relazione di mercato*, RiCDP., 1991, pág. 916; SERVELLO, ob. cit. nota 186, pág. 161. El mismo tema estudiado en todo el derecho comparado occidental lo encontramos en; FERRARA, ob. cit. nota 212.

[227] Postura ésta iniciada por BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, págs. 102 y ss., y seguida también por; DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, págs. 51 y 52; o CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 60.

estaríamos hablando de un derecho suyo de la personalidad, sino de otra cosa, y tal transmisión significaría una renuncia al mismo, y como vimos esta posibilidad no cabe en nuestro derecho.

Los casos de disposición de partes del propio cuerpo a los que se referían los autores citados anteriormente son, a nuestro entender, supuestos de disposición parcial del derecho, no de transmisión del mismo, como también opina CLAVERÍA[228].

En cuanto a su situación post-mortem, la misma la estudiaremos con atención en la segunda (y central) parte de este trabajo. Sobre ésta, la discusión se centra en si el derecho desaparece, sigue existiendo igual o se transforma, y en estos dos últimos casos, si se transmite el derecho como tal, sólo la acción para defenderlo o también facultades dispositivas de los mismos. Por lo tanto, dejamos abierta la discusión y el estudio sobre la transmisibilidad de estos derechos tras la muerte del sujeto, y lo abarcaremos con el resto de la situación post-mortem de los mismos, que es donde creemos que ha de tener lugar por razones de método, y por ser el objeto central del estudio que desarrollaremos.

5.3.4.- Inexpropiabilidad e inembargabilidad.

Con respecto a sus caracteres de **inexpropiabilidad e inembargabilidad**, vienen recogidos, sin matices, por todos los autores que siguen la clasificación de BELTRÁN DE HEREDIA[229], definiéndolos, en palabras de ROGEL[230] como; «Lo primero por que los derechos de la personalidad son de suyo incompatibles con la expropiación forzosa (...). Lo segundo, es decir, la inembargabilidad, no sólo por la carencia de las facultades de disponer y de transmitir, sino fundamentalmente por la falta de patrimonialidad».

---

[228] En su obra CLAVERÍA, ob. cit. nota 92, págs. 112 y ss., recoge que los mismos son intransmisibles, sin que esta característica prohiba una disponibilidad parcial. Al respecto me remito a lo arriba expuesto sobre la diferencia entre disponibilidad e irrenunciabilidad, y al extenso estudio sobre ello que llevaremos acabo en el epígrafe 4 del primer capítulo de la segunda parte, en el que desarrollaremos todo lo relativo a los derechos de la personalidad desde su esfera corporal, y dentro de ello la cuestión de los trasplantes de órganos.

[229] Así, por orden cronológico podemos recoger, además de a BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 63, págs. 108 y 109, a; CLAVERÍA, ob. cit. nota 92, pág. 112; ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 50; LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 145, pág. 193; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 143, pág. 179; y CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 53, pág. 61.

[230] Vid. ROGEL, ob. cit. nota 1, pág. 50

Como se deduce de la lectura de esta definición y de lo defendido aquí de la patrimonialización, estoy de acuerdo con estas dos características siempre que nos refiramos al derecho en sí y a su disfrute, no a las ganancias económicas del mismo. Es decir, nadie puede obligar a otro a ejercer su derecho de la personalidad, previo embargo, y al ser derechos personalísimos o inherentes, no se pueden obligar a cederlos o a ejercerlos, en lugar del titular, por lo que coincidimos a calificarlos como inexpropiables e inembargables en cuanto al derecho en sí.

Sin embargo, si admitimos que los mismos tienen un contenido patrimonial, una vez ejercido, y recibida contraprestación económica por ello, nada impide poder embargar esta cantidad económica para ejercer un derecho de crédito contra el titular del derecho de la personalidad. Incluso en un caso de revocación del consentimiento, estimo que, sin lugar a dudas, se puede embargar la cantidad precisamente recibida por la disposición del derecho de la personalidad del deudor, gracias al art. 2.3 de la LO 1/82; «será revocable (...) pero habrá que indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas causadas». Si ya se cobró por el consentimiento se podrá embargar lo cobrado. Por lo tanto, la inembargabilidad la compartimos respecto al derecho en sí, no a las ganancias obtenidas a raíz del ejercicio económico de estos derechos, ya que en un caso de una responsabilidad deudora por cualquier causa, estimo que se podría embargar la cantidad cobrada por la disposición del derecho de la personalidad.

5.3.5.- Imprescriptibilidad.

Por último, hemos de recoger la **imprescriptibilidad** de estos derechos, ya que si van unidos a la persona, ésta no puede extinguirlos ni renunciar a ellos. Es evidente, por tanto, que su disfrute nunca prescribirá. Al respecto, el artículo 9.5 de la LO 1/82 establece que; «las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas». Esta prevención se refiere a la caducidad de la acción para defenderse de un ataque concreto, en aras de una necesaria seguridad jurídica, pero no otorga posibilidad de renunciar a la defensa de futuras intromisiones ni supone la extinción del disfrute del derecho, sino que regula la caducidad de la acción de defender una intromisión concreta en el lugar y en el tiempo.

5.4.- Recapitulación en torno a la evolución actual de algunos derechos de la personalidad.

Tras este extenso estudio considero oportuno recapitular mis posturas con respecto a los caracteres de los derechos de la personalidad tal y como los encontramos configurados hoy en día en nuestra legislación, reguladora de la realidad en la que vivimos, aplicada por la jurisprudencia y comentada por la doctrina. Manifestaremos esta caracterización propia, siguiendo la guía aportada por el profesor BELTRÁN DE HEREDIA que nos ha servido hasta ahora para este estudio;

1º.- Su ***esencialidad***, en algunos derechos en potencia o expectante, como imagen, autor o intimidad acaso, en otros esencialidad absoluta, como en el honor, nombre o derechos físicos de la personalidad. Con este sentido los considero *innatos* u *originarios*.

2º.- Su ***inherencia***, con las prevenciones de la esencialidad. De ella se derivan tres notas o subcaracteres, como son que se consideren derechos *individuales*, *privados* (pero no en oposición ni excluyendo su carácter como públicos) y *absolutos* en cuanto a su oponibilidad, no en su contenido, que está limitado por los derechos de los demás.

3º- Su ***irrenunciabilidad***. Son **disponibles** en sus diferentes aspectos a través del consentimiento. Están **patrimonializados**, debemos considerarlos por ello como patrimoniales. **Intransmisibles** inter vivos (si lo son post-mortem o no lo analizaremos más adelante), **inexpropiables** e **inembargables** los derechos en sí, no los réditos económicos que se obtenga por su disposición, y por último, **imprescriptibles**.

6.- ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Para terminar esta parte preliminar, en la que hemos querido llevar a cabo un estudio inicial de la situación de los derechos de la personalidad en general, en el siguiente epígrafe 7 reflejaremos cómo se encuentra la misma en los distintos sistemas jurídicos occidentales, tanto los europeos como el anglosajón.

Pero previamente hemos creído conveniente pararnos, aunque no lo hagamos de una manera demasiado exhaustiva, en la interesantísima cuestión (que está planteada en nuestro derecho en la actualidad con plena vigencia y división de opiniones) de si estos derechos, en general, son atribuibles a las personas jurídicas o no. Y lo hemos hecho debido a la especial situación de este tema en nuestro sistema jurídico, en el que la jurisprudencia, ciertamente digna de estudiar al respecto, ha experimentado continuados y marcados vaivenes, y en el que la doctrina no es en absoluto pacífica y se encuentra claramente dividida[231]. Es por ello por lo que consideramos adecuado pararnos en su estudio durante la "vida" –más correctamente existencia- de la persona jurídica, que es el aspecto sobre el que han trabajado tribunales y autores doctrinales.

No obstante esta acotación, y como no podía ser de otra forma, una vez presentado el estado de la cuestión también haremos una reflexión final sobre la situación "post-mortem" del tema. Esta reflexión nos dará una idea de los contornos que se les consideran hoy en día a los derechos de la personalidad en general, y así también tras la muerte de su titular, lo que será de gran utilidad a la hora de afrontar, en la parte central de este trabajo, su situación tras dicho fallecimiento.

Debido a la falta de regulación al respecto, la realidad jurídica de este tema se ha movido por la evolución que ha experimentado la jurisprudencia, que ha sido errática y cambiante, más aún la del Tribunal Supremo que la del Constitucional. Es por ello por lo que estudiaremos primero dicha jurisprudencia, para posteriormente dejar reflejadas las posturas que la doctrina ha aportado al debate sobre el tema. Como ya indicamos intentaremos ser lo más concisos posibles, pero creemos de gran interés esta discusión.

---

[231] La viva discusión que se encuentra planteada hoy en día se comprobará en el apartado dedicado a la doctrina, en el que se observan los numerosos estudios que en los últimos años se han elaborado sobre el tema, desde las más variadas perspectivas. Es ésta, y la errática y cambiante jurisprudencia existente, las que nos han hecho detenernos momentáneamente en este concreto aspecto de los derechos de la personalidad desde su perspectiva general, en uno de los temas más vivamente discutidos en la actualidad en nuestro sistema jurídico.

6.1.- Posiciones de la jurisprudencia.

Afrontaremos el estudio de ésta recogiendo con mayor detenimiento -léase reflejando fundamentos jurídicos y hechos motivadores de la resolución-, las sentencias en las que se produce un cambio de tendencia, y dejando simplemente señaladas las que siguen a las anteriores. Recogeremos primeramente las del Tribunal Constitucional, por ser el tribunal superior y porque, en algunos casos, son seguidas por el Tribunal Supremo. Los subrayados son nuestros, y buscan destacar las partes más importantes de los distintos argumentos.

6.1.1.- Tribunal Constitucional.

Nuestro intérprete constitucional también participa en la tónica antes comentada de mostrarse en determinados periodos favorables a la admisión de que las personas jurídicas sean titulares de estos derechos y en otros contrario a ello, con lo que no aporta mucha claridad a la discusión.

Las primeras sentencias sobre el tema que dicta este tribunal se pronuncian sobre la posibilidad de éstas de ser titulares de derechos fundamentales o no. Estas resoluciones afectan a la consideración que se tiene de los derechos de la personalidad, ya que la Constitución Española considera como tales a los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, regulados en su artículo 18, y de esta admisión se desprende si las personas jurídicas pueden accionar para defender los derechos regulados en la LO. 1/82 y el resto de los derechos de la personalidad. Al respecto, la STC 19/83 de 14 de marzo[232] lo admite con claridad, ampliando la legitimación a casos en los que el actor no sea titular concreto de estos derechos;

> «... ha de afirmarse que la legitimación para interponer recursos de amparo no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona –natural o jurídica- que sea titular de un interés legítimo, aun cuando no sea titular del derecho fundamental que alega como vulnerado». FJ 1°.

[232] Los hechos que motivan la existencia de la resolución, podemos resumirlos en los siguientes; La Diputación Foral de Navarra, tras perder en primera instancia un procedimiento laboral, coetáneamente a la preparación del recurso de casación, consignó los salarios de tramitación de un trabajador de la misma más un 20%. Dado que la asignación se realizó a favor de la Magistratura de Trabajo de donde dimanaba el procedimiento y no del Tribunal Supremo, éste consideró desistida a la Diputación foral. Contra dicho auto se impuso recurso de súplica y, ante la resolución de éste, de amparo por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española por haberle negado a la misma la tutela judicial efectiva, Se estimó el amparo en parte, pero, lo que buscaba la Diputación, se le consideró legitimada como titular del derecho reconocido en el art. 24 CE., no se le tuvo por desistida y se ordenó al Supremo a seguir con el procedimiento retrotrayendo las actuaciones al momento del primer auto de desistimiento.

Siguen esta postura, pero centradas también en los derechos fundamentales en general, la STC 53/83 de 26 de junio en su FJ. 1° y la de 141/85 de 22 de octubre, también en su FJ. 1°, que admite la titularidad de estos derechos por parte de una asociación.

Seguidamente, y en la primera sentencia dictada por el Constitucional que estudia la aplicación a una persona jurídica concretamente de un derecho de la personalidad, el derecho al honor, la doctrina jurisprudencial "sufre" el primer cambio. La STC 107/88 de 8 de junio[233], cuya argumentación ha sido citada por diversas resoluciones posteriores, tanto de este tribunal como del Supremo, establece que el derecho al honor no puede ser considerado entre los que disfruta este tipo de entidades, con el siguiente razonamiento;

> «...el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, (...) que no son exactamente identificables con el honor...». FJ. 2°.

Como indicamos este razonamiento abre un trienio en el que es recogida por este mismo tribunal, y en algunos casos por el cambiante Tribunal Supremo. Con respecto al primero, se reproduce fielmente el mismo en las STC 51/89 de 22 de febrero –FJ. 2°-, y en la 121/89 de 3 de julio, en su FJ. 2°.

Empieza a cambiar una vez más este criterio con la importante, por su tema y su línea argumental, STC 214/91 de 11 de noviembre[234], que estudia la aplicación del

---

[233] Los hechos fueron; un objetor de conciencia, J.L.N.G., fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid y por el Tribunal Supremo como autor de un delito de injurias graves del anterior CP a un mes y un día de arresto mayor y accesorias, por unas declaraciones realizadas en un medio de comunicación nacional, críticas con el ejército y la administración de justicia. El amparo fue interpuesto por vulneración del art. 20.1 CE, por limitar su derecho a expresar y difundir libremente sus pensamientos, ideas y opiniones por el medio que desee. El amparo se le concedió, a juicio del TC, porque las expresiones, aún injuriosas no afectaban a ninguna persona en concreto, sino al colectivo, y éste no disfruta del derecho al honor.

[234] Los hechos en esta sentencia son importantes, y la misma ha tenido gran repercusión, por lo que será tratada en más ocasiones en el presente estudio, por ejemplo, en el epígrafe 5.1.2.2 de la primera sección del segundo capítulo. Tras unas declaraciones del ex jefe de las S.S. nazis León Degrelle a una revista nacional en la que acometía contra "los judíos", criticándoles, negando el holocausto y alabando la figura de Hitler, Violeta Friedman, destacada defensora de los derechos de los judíos, cuya familia murió gaseada en la segunda guerra mundial, demandó al entrevistado por haber lesionado su honor. En primera instancia se le absolvió por falta de legitimación activa, así como en casación, por ser un derecho personal e intransferible y ser las expresiones referidas a la raza en

derecho al honor a grupos, y si afecta a miembros individualizados de los mismos cuando el ataque va referido a ellos. La exposición es algo más larga, pero necesaria para entenderla mejor;

> «El derecho (al honor) tiene en nuestra Constitución un significado personalista, (...) referible a personas individualmente consideradas (...). Ahora bien, lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aún tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad». FJ. 6º.

Así pues, se admite la lesión al honor no de una persona jurídica, sino de las personas físicas que se encuadran dentro del grupo lesionado. Pero siguiendo con la evolución de la jurisprudencia constitucional, llegamos a la sentencia que hasta hoy en día supone un mayor espaldarazo a la admisión de la titularidad de los derechos de la personalidad, en concreto del honor, a favor de las personas jurídicas. Así mismo, esta resolución ha decantado el debate, y desde su promulgación la postura, tanto de este tribunal como la del Supremo, ha sido la dominante hasta el momento actual. Esta Sentencia es la 139/95 de 26 de septiembre[235], y expone su argumentación acerca de los derechos fundamentales y del derecho al honor con una gran claridad;

> «La Constitución española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas (...). Ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales. (...) Existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales.
>
> «Aunque el honor "es un valor referible a personas individualmente consideradas", el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas. (...) Dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas.

---

general. El amparo le fue concedido a la demandante, considerándola legitimada por haber sufrido un daño en su derecho al honor.

[235] Los antecedentes de hecho son los siguientes; En una revista de tirada nacional se acusaba a la Guardia Civil y a una empresa privada de participar en una operación corrupta en la que se cobró ilegalmente más de doce mil millones de pesetas. La empresa demandó a la publicación por dañar su honor y su imagen. Se condenó a los demandados tanto en primera instancia como en segunda y en casación, a pesar de su alegación argumentando que las personas jurídicas carecían de derecho al honor y a la imagen. Los condenados recurrieron en amparo, que les fue denegado.

(...) **La compañía mercantil** (...), como persona jurídica privada, estaba legitimada activamente, ante la jurisdicción ordinaria, para impetrar, como titular y no como simple **portadora de un interés legítimo, el amparo de su derecho al honor**». FJ. 4° y 5°.

Esta línea ha sido seguida por la sentencia que a partir de la anterior se ha tenido que pronunciar sobre este tema, la 183/95 de 11 de diciembre, que la cita textualmente, en su FJ. 2°.

Recapitulando, podemos señalar tres etapas en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. La primera, hasta 1988 admitió la titularidad de las personas jurídicas de derechos fundamentales. Desde junio de dicho año hasta 1991 se estimó que concretamente el derecho al honor no se puede aplicar a las personas jurídicas. Por último, desde ese año hasta la actualidad ha admitido sin dudas y con gran claridad la titularidad de las personas jurídicas del derecho al honor. Es de este derecho del único del que se ha pronunciado este Tribunal, por ser las violaciones del mismo las únicas recurridas en amparo, quizás motivado por la confusión que provoca la inexistencia de diferenciación entre unos derechos y otros en la LO. 1/82. Al final de este epígrafe analizaremos la relación de estas resoluciones con los demás derechos de la personalidad.

6.1.2.- Tribunal Supremo.

La línea seguida por nuestro Alto Tribunal civil es aún mucho más errática y cambiante que la ya observada del Constitucional, ya que en cortos periodos de tiempo podemos observar una resolución que admite la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas, la siguiente que se la niega y otra posterior que, sin aclarar excesivamente el por qué, vuelve a admitirla.

El primer antecedente histórico es de admisión de la titularidad de este derecho, aunque sin una gran contundencia. Lo iniciamos en la STS de 31-3-30 (RJ. 1930\816), que admite el honor o prestigio para el comercio, línea que siguen las STS de 25-6-45 (RJ. 1945\721), la de 7-2-62 (RJ. 1962\672) y que finaliza con la de 23-3-87 (RJ.1987\1716), que superficialmente reconoce que «...tal derecho –honor- (...) relativo a personas tanto físicas como sociales...». FJ. 15°.

Se produce un cambio en esta doctrina motivada por la STC 107/88, que como ya analizamos otorgaba al derecho al honor un sentido exclusivamente personalista, y del que sólo podían ser titulares personas individuales. Así, repiten íntegramente su argumentación las STS de 24-10-88 (RJ. 1988\7635) –FJ. 5°-, y la de

9-2-88 (RJ. 1989\822) –FJ. 1°-, que cita a la anterior, negando la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares del derecho al honor.

Encontramos aquí una de las más evidentes muestras de indeterminación y confusionismo que provocan las resoluciones del Tribunal Supremo, ya que, sin una fundamentación concreta, y con evidentes contradicciones en su argumentación, cambia nuevamente la línea de la resolución anterior y se decanta por la admisión de la titularidad de las personas jurídicas del derecho al honor en la STS de 28-4-89 (RJ. 1989/3274)[236];

> «No cabe duda del derecho a la protección al honor que ostentan, dentro de las características de su personalidad, las personas jurídicas – Sentencias 53/1983 de 20 de junio, del Tribunal Constitucional (Recordemos que hay sentencias posteriores y anteriores a ésta que se dicta en sentido contrario, la 107/88 de 8 de junio) y 24-X-1988 (RJ. 1988\7635) de esta Sala-». FJ. 2°.

Esta última afirmación nos causa aún mayor perplejidad que la alusión a la STC 107/88, toda vez que, como ya reflejamos, esta última sentencia señalada, la del TS de 24-11-88, en absoluto está dictada con la línea jurisprudencial que se recoge en la de 28-4-89, sino con la contraria, de negación de la titularidad de las personas jurídicas de este derecho. Es ésta una contradicción evidente e inexplicable que provoca una mayor confusión aún en el estado de la cuestión en la doctrina del TS.

Nos encontramos posteriormente con la vuelta a la argumentación de la sentencia de 9-2-89, que es citada expresamente, en siguiente resolución, la de 5-10-89 (RJ. 1989/6889) que en su FJ. 1° vuelve a la concepción personalista del honor y se lo niega a las personas jurídicas.

Siguiendo en este estudio, nuevamente volvemos a apreciar que, como pasara con anterioridad, en la siguiente sentencia, la de 15-4-92 (RJ: 1992\4419)[237] que dicta el Tribunal sobre el tema, éste cambia su opinión, admitiendo la titularidad del

---

[236] Recogemos los hechos que la provocaron por la excepcionalidad de la misma; En un programa del circuito catalán de TVE de 2 de julio de 1985 se produjo una información de la que era objeto, entre otros, la Coordinadora de la Lucha Antidroga, que creyó dañado su honor, intimidad e imagen. Ésta demandó a la sociedad televisiva, siendo condenatoria la resolución en primera instancia y absolutoria en segunda. El recurso en casación fue inadmitido, no por no poseer la Coordinadora la titularidad del derecho, sino por no apreciar intromisión en su honor en el reportaje.

[237] Los hechos que la motivaron; La Sociedad mercantil "Menorca Mapesol SA" interpone demanda contra determinada editorial por vulnerar su derecho al honor y a la propia imagen en un artículo en el que se le hacían a la misma graves imputaciones de falta de cuidado ecológico. La demanda fue ganada en primera instancia, en apelación se redujo la indemnización y en casación se desestimó el recurso de los condenados.

derecho al honor de las personas jurídicas. Y se apoya para ello en las sentencias del mismo que hemos recogido anteriormente en la misma línea, pero también en la de 24-10-88, que como hiciera con anterioridad la de 28-4-89, recoge y reinterpreta a favor de su postura. Sin embargo, esta resolución de 15-4-92 no cita la sentencia del Tribunal Constitucional, 214/91 de 11 de noviembre, que seguía su misma línea argumental y que podría haber apoyado esta posición. Veamos su argumentación;

> «...el honor reconocido como fundamental (...) deriva de la dignidad humana (...) y consecuentemente presenta, en su concepción estricta, un innegable carácter personalista, pero ello no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personas jurídicas y, en concreto, a las sociedades mercantiles, como es el caso que nos ocupa. En efecto, admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil». FJ. 1°.

Esta última extensión del prestigio profesional de la persona física al de la sociedad mercantil nos parece muy interesante, y hemos de conectarlo con las definiciones del derecho al honor que veremos en el próximo capítulo.

Asistimos tras esta resolución al penúltimo cambio de opinión (hasta ahora, hay que ser prudentes) de nuestro Alto Tribunal, aunque hemos de indicar que, rompiendo su costumbre, este cambio se mantiene durante dos sentencias seguidas. En ellas se mantiene sin cambiar un ápice la postura de la STS 24-10-88 (que es citada junto a la sorprendente de 28-4-89, que como hemos visto, es utilizada tanto por las que defienden su aplicación a personas jurídicas como por quienes la niegan). Éstas dos sentencias a las que hacemos referencia son las de 6-6-92 (RJ. 1992\5007) –FJ.6°- y la de 26-3-93 (RJ. 1993\2396) –FJ. 2°-. En su fundamentación repiten el argumento de la STC 107/88, ya citada con anterioridad, y a ella nos remitimos.

Por último, tras estas dos resoluciones, se dicta la sentencia que, tras recoger expresamente toda esta vacilación jurisprudencial (lo que no hacían las anteriores que sólo citaban las decisiones que iban en consonancia con su línea), y tras estudiar la posibilidad de ampliar la protección constitucional del honor a las personas jurídicas, se pronuncia con claridad y con argumentos adecuados a favor de la misma. Dada su rigurosa fundamentación ha sido citada y seguida por todas las sentencias posteriores del Tribunal, con lo que podemos decir que tras todo el errante y constante peregrinar de ida y vuelta entre una postura y otra, la posición afirmativa se ha impuesto hasta el día de hoy en la doctrina jurisprudencial, precisamente a raíz

de esta resolución. La misma es la STS de 9-12-93 (RJ. 1993\9838)[238], que tras recoger, como ya dijimos, todo el vaivén judicial, expone que;

> «...comprendiendo el nivel de respeto y respetabilidad que merecen todas las personas físicas y jurídicas y las instituciones (...), no puede soslayarse la importante consideración de que este valor –honor- en su significado amplio (...) está presente también en las personas jurídicas respecto de las cuales, por ende, ha de predicarse el cobijo de la normativa que veda el ataque al mismo, en tanto en cuanto inequívocamente se constate que han sufrido una sensible agresión desde el desbordamiento de la libertad de expresión, a la dignidad que, como respeto de los demás, tiene el derecho a ostentar y defender en la esfera del ámbito mercantil o civil en que desenvuelvan su cometido, conclusión que decanta (...) del lado de la protección del honor de la persona jurídica». FJ. 1°.

Como señalamos esta resolución fue seguida por las posteriores. La de 5-4-94 (RJ: 1994\2930) recoge en su FJ. 3° íntegramente su fundamentación. La de 13-3-96 (RJ. 1996\2178) lo hace tímidamente, ya que estima que se le reconoce el derecho al honor a las físicas, y a las jurídicas; «por extensión constitucional» -FJ. 3°-. Por último, también se sitúan claramente en esta línea, ya admitida, las STS de 20-3-97 (RJ. 1997\1985) –FJ.1°- y la de 9-10-97 (RJ. 1997\7613) –FJ.3°-, que deja zanjadas las dudas (también lo recogió la de 27-7-98 (RJ. 1998\6374) –FJ. 1°-);

> «El honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible».

Finalmente, recapitulando estos vaivenes, con la finalidad de aclararlos (lo que no es tarea fácil), y en relación a si la doctrina del TS. admite o no la titularidad de las personas jurídicas del derecho al honor, podemos resumir que; sí hasta 1987; no en 1988; sí en abril de 1989; no en octubre de 1989; sí en marzo de 1992; no en junio de 1992 y marzo de 1993; y, por último, sí a partir de diciembre de 1993 hasta hoy.

Por último, hemos de indicar que la jurisprudencia de los tribunales europeos, respecto a otros derechos de la personalidad, también parecen seguir la última línea que define estas resoluciones de los órganos españoles[239].

---

[238] Los hechos que motivan el procedimiento son los recogidos en la nota 234 (centradas en unas declaraciones de un ex miembro de las SS. contra los judíos), ya que esta sentencia del TS. motivó el recurso de amparo que provocó la del TC 139/95, recogida en el apartado anterior. Como vemos es un caso que ha sido importante para este tema que estamos estudiando, ya que provocó esta importante resolución del Supremo y la del Constitucional, que también resultó esencial para asentar en nuestra jurisprudencia, a partir de ellas, la postura de la admisión de la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas.

Las sentencias estudiadas, tanto las del TC como las del TS se pronuncian sobre el derecho al honor, ya que son las vulneraciones del mismo las que más litigiosidad provocan. Al respecto, creo que la naturaleza de las personas jurídicas y de los derechos al nombre, a la imagen y a la intimidad permiten que podamos considerar aplicable a estos otros derechos la postura de nuestros tribunales con respecto al honor, y que estas entidades jurídicas sean titulares de ellos y puedan defender ante los tribunales las intromisiones que sufran. Y esto es así porque todas las personas jurídicas tienen derecho a un nombre y a una imagen propiedad de las mismas, que es uno de sus valores y patrimonios fundamentales y, así mismo, también pueden tener interés, y el ordenamiento ha de protegerlo, en que determinados datos, fórmulas, estilos, políticas de la misma permanezcan reservadas al conocimiento de terceros y en un ámbito exclusivamente interno de la sociedad, lo que de hecho protege la regulación.

6.2.- Posturas de la doctrina.

Después de analizar con el mínimo detenimiento necesario para ser comprendida la cambiante doctrina jurisprudencial que nos ofrecen nuestros más altos tribunales, hemos podido comprobar que el estado de la cuestión en las mismas ha sido en el pasado de una indeterminación absoluta. Ello ha provocado también que en la doctrina las posturas estén muy divididas, sin que podamos decir que alguna sea la prevalente, aunque parece que la postura que estima que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos de la personalidad y de derechos fundamentales pueda ir ganando, poco a poco, eso sí, terreno. Recogeremos brevemente estas opiniones.

Por un lado nos encontramos con los autores que niegan esta posibilidad, como ESTRADA ALONSO[240], que siguen más o menos fielmente los argumentos de la jurisprudencia antes recogidos, defendiendo que; «El honor es un valor referible a

[239] Como sucede en el TJCE en el caso National Panasonic de 26-6-80, que otorga el derecho a la vida privada y familiar del domicilio y de la correspondencia; *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1980-5, pág. 2033. También se produce en el TEDH que les aplica los artículos 8 y 10 del CEDH, de intimidad y privacidad; STEDH Autronic AG, A 178, nº 47; STEDH Niemitz, A 251-B, nº 31; STEDH Huvig, A 176-B, nº 8 y 25.

[240] En su artículo de 1990 (especificamos el año por ser interesante para observar la evolución de la jurisprudencia en dicho momento y la interesante y amplia discusión que como antes señalamos se plantea en dichos años), dedicado íntegramente al tema; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor de las personas jurídicas*, PJ. Nº especial XIII, pág. 103.

personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas (...) respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio o autoridad moral». Estos autores, en definitiva, centran su explicación, en una interesante argumentación, en que; «son derechos 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»[241].

Otros autores lo niegan simplemente porque no lo creen admisible para estas personas, ya que consideran que estos derechos sólo se han de entender para las personas físicas, por lo que no se pueden "estirar" para que se le apliquen también a las jurídicas[242].

Sobre las posturas de la doctrina que admiten la titularidad de los derechos de la personalidad o de derechos fundamentales por las personas jurídicas, muchas de ellas se apoyan básicamente en la admisión que se produce en la jurisprudencia para extender a las personas jurídicas los derechos de la personalidad (en general se refieren al derecho al honor, pero como ya comenté y analizaré a continuación, puede aplicarse al resto de los derechos)[243].

---

[241] Vid. CLAVERÍA, ob. cit. nota 207, pág. 49. Otros autores que niegan esta posibilidad afirmando el carácter personalísimo de estos derechos son; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 143, pág. 70; VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, 1992, págs. 57 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, M., *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992, pág. 125; DÍAZ LEMA, J., *¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, RAP, nº 120, Sep-Dic. 1989, que en todo el trabajo recoge las posturas a favor y en contra, y respecto a las personas jurídico-públicas se sitúa en la negativa, salvo el caso de la titularidad de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

[242] Al respecto, Vid. CARRILO, ob. cit. nota 188, pág. 24. Veremos el caso de este autor posteriormente cuando analicemos los autores que siguen la opinión favorable a esta admisión. También se sitúan en esta fundamentación; JAÉN VALLEJO, M., *La protección del honor en una sociedad mediática*, AJA, enero, 1997, págs. 1 y ss.

[243] Así, aunque algunos de estos autores aportan más matices además de los expuestos por la jurisprudencia, pero que no recogeremos aquí, por no ser éste el lugar para estudiar esta discusión podemos señalar, cronológicamente citados; IGARTÚA ARREGUI, F., *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesis doctoral, inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1986, págs. 111 y ss.; YSAS SOLANES, ob. cit. nota 187, pág. 792; AUGER LIÑÓN, C., *La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, PJ. nº especial XIII, 1990, pág. 90; MONTÓN GARCÍA, ob. cit. nota 217, pág. 885; DÍEZ-PICAZO, ob. cit. nota 92, pág. 366; PLAZA PENADES, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996, págs. 60 y ss., en las que hace un buen estudio sobre la diferente jurisprudencia que ya hemos visto.

Algunos autores simplemente admiten esta realidad para las personas jurídicas, sin plantearse más profundas cuestiones, ya que debido a su naturaleza jurídica lo consideran fuera de toda duda[244], mientras que otros se centran en la citada jurisprudencia europea o en la diferencia existente entre el derecho objetivo y subjetivo[245].

Un interesante estudio, que analiza las diferencias de matiz que encontramos entre quienes defienden los derechos de la personalidad para las personas jurídicas y quienes lo niegan lo encontramos en el de RODRÍGUEZ GUITIÁN[246]. En él se reflejan claramente los dos argumentos utilizados por estos segundos, que el honor está absolutamente vinculado con la dignidad humana y que las personas jurídicas no pueden sufrir daños morales. Esta exposición la compara con las posturas de quienes lo defienden, que alegan tres razonamientos para ello. Se incide, en primer lugar, en la definición de derecho al honor que se ha aceptado en la jurisprudencia y la doctrina –lo analizaremos detenidamente en el próximo capítulo- diferenciando su sentido subjetivo y objetivo, sentido éste, el de la objetivación del derecho, que ha ganado terreno, y que se puede aplicar a las personas jurídicas. También se ha considerado la ampliación del concepto de daño jurídico y la admisión, otra vez tanto jurisprudencial como doctrinal, del prestigio profesional como integrante del honor.

Pero no todas las posturas son claramente Afirmativas o negativas, ya que la indefinición de nuestros tribunales ha afectado a la doctrina. Así, también encontramos autores que en algunos casos dudan de si se les puede otorgar estos derechos a las personas jurídicas[247], o les dan unos y no otros[248], o que incluso cambian de opinión según los escritos que les analicemos[249].

---

[244] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 6, pág. 392; ALBÁCAR, ob. cit. nota 201, pág. 1207, que se lo admite a las personas jurídico-privadas, no a las jurídico-públicas; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, ob. cit. nota 53, pág. 987; o MARTÍN CASALS, M., *Comentario a la STS de 24-X-88*, CCJC, 1988, págs. 945 y ss, que lo admite en los grupos.

[245] Sobre la jurisprudencia comparada; LÓPEZ JACOISTE, J., *Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil*, en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Vol. IV, Madrid, 1988, pág. 580; o RODRÍGUEZ GARCÍA, C., *La protección de los llamados derechos de la personalidad: honor de la persona jurídica. Comentario jurídico a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1.989*, AC, 1990-3, págs. 491 y ss. Respecto a la diferencia entre derecho objetivo y subjetivo; SALVADOR GODERCH, P., *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, 1987, págs. 39 y ss.

[246] Vid. RODRÍGUEZ GUITIÁN, M., *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, 1996.

[247] Vid. DE ÁNGEL, ob. cit. nota 1, págs. 108 y ss. En esta obra les otorga derechos subjetivos semejantes, sin especificar, y opina que no se puede hablar de «derechos lesionados», sino de «daños

6.3.- Recapitulación.

Brevemente, y tras lo hasta ahora recogido, que como hemos comprobado, nos podría situar fácilmente en la confusión, expondremos nuestra opinión personal. Personalmente estoy de acuerdo con la última línea seguida por la jurisprudencia y la doctrina. Las personas jurídicas son titulares de estos derechos por varios motivos.

El primero es la admisión por nuestros tribunales y por la doctrina, lo veremos en el próximo capítulo, de dos aspectos en estos derechos, el objetivo y el subjetivo. El aspecto objetivo de estos derechos, referido a la percepción social de los mismos, es perfectamente aplicable a las personas jurídicas.

Otro motivo es la ampliación de los conceptos de derechos como el honor o la intimidad. El honor, por ejemplo se acepta también como prestigio social, profesional, laboral, etc., ampliación de la que necesariamente han de ser partícipes las personas jurídicas, debido a su naturaleza jurídica.

El tercero es que las personas jurídicas sufren un evidente daño, de imagen, prestigio, implantación social, y todo ello traducido en el económico, cuando sufren ataques a estos derechos que van unidos a la concepción que se tiene de las mismas, con lo que se han de proteger de los citados ataques.

Por último, de la naturaleza de la existencia de las personas jurídicas se deduce que han de disfrutar de derecho al honor, o prestigio profesional como hemos visto. Pero también se han de considerar titulares del derecho a la imagen tal y como lo define la jurisprudencia, como derecho a reproducir la propia y a evitar que lo hagan terceros no autorizados, ya que es evidente que las empresas, todas y cada una de ellas, tienen una imagen de la que viven, y que han de defender, y junto a ella, un derecho al nombre, tal y como nuestro ordenamiento jurídico conceptúa ambos

---

infligidos». Se desprende que no se quiere decantar afirmativamente pero tampoco negar la titularidad de estos derechos de las personas jurídicas.

[248] Como TOMÉ GARCÍA, J., *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Madrid, 1987, pág. 212, que les otorga honor, pero no intimidad; o VILALTA, A. y MÉNDEZ, R., *Acción de protección civil del derecho al honor*, Barcelona, 1998, que opinan que sí lo tienen, pero con excepciones.

[249] En esta tesitura podemos hallar dos evoluciones diferentes. Por un lado, ROMERO COLOMA, A., ob. cit. nota 53, pág. 58, en 1985 opina que «el honor se transfiere en cierto modo a colectividades y agrupaciones», y en su obra posterior; ROMERO COLOMA, A., *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991, págs. 174 y ss., expone el criterio negativo citando a ESTRADA ALONSO. Por otro lado, CARRILLO, M., ob. cit. nota 188, pág. 24, en 1994, les niega esta posibilidad, para pasar a admitirla ampliamente y con pocas restricciones en otra obra posterior; CARRILLO, *Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor*, DPC. Nº 10, Sep-Dic. 1996.

derechos, con lo que es necesario admitir sin matices la titularidad de las personas jurídicas sobre estos derechos que les pertenecen. Así mismo también gozan de intimidad, o de la reserva de sus datos necesarias para su normal desenvolvimiento, que se ha de respetar, y que sólo se podría vulnerar por causa justificada en derecho y por disposición de una autoridad judicial.

Como arriba comentamos, y una vez que opinamos que las personas jurídicas tienen derechos de la personalidad, hemos de analizar muy brevemente, ya que no creemos que esta materia cause mucha discusión, si gozan de estos derechos "post-mortem", o hablando más correctamente, tras su desaparición. A mi juicio es evidente que no lo disfrutan, y una vez que desaparecen no se pueden proteger los que fueron derechos de la personalidad de las personas jurídicas durante su existencia. Me apoyo en dos motivos en concreto;

El primero es de inexistencia absoluta de protección jurídica en nuestro ordenamiento actual. El artículo 4 de la LO 1/82, que es el que regula la protección post-mortem de los derechos, está claramente indicado solamente para las personas físicas, ya que emplea el verbo "fallecer", mientras que la exposición de motivos emplea "morir". Es evidente que en nuestro sistema jurídico sólo mueren o fallecen las personas físicas, mientras que las jurídicas pueden desaparecer, sea por disolución, liquidación o cualquier otro motivo, pero no fallece. Por todo ello debemos interpretar, sin tacha de duda, que el legislador sólo quiso proteger, tras su desaparición, los derechos de las personas físicas.

El segundo motivo es que debemos considerar que esos valores de imagen, intimidad o prestigio profesional sólo pueden ser protegidos para las personas jurídicas, y estimar con ello la titularidad de las mismas, cuando éstas existen, no después de hacerlo, ya que en ese momento no son valores que el ordenamiento jurídico deba considerar necesarios de protección, por no existir interesado para ello. Si un ataque a una persona jurídica que ya no existe se considera lesivo para alguno de sus miembros, éste o éstos, podrán actuar en defensa de sus propios derechos, pero no de los de las personas jurídicas de la que formaban parte.

Por todo lo aquí referido, no haremos mención a la protección de los derechos de las personas jurídicas cuando estudiemos, en la parte central de nuestra tesis doctoral, la situación de los derechos de la personalidad tras la muerte de las personas físicas titulares de los mismos.

7.- LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO EXTRANJERO. BREVE REFERENCIA.

En el presente epígrafe queremos recoger brevemente la situación jurídica de los derechos de la personalidad en el derecho extranjero, en concreto en diferentes sistemas jurídicos europeos occidentales y en el anglosajón, por ser los más similares al nuestro, con el objeto de poder tener elementos de comparación con la situación de nuestro derecho.

Creemos necesaria esta pequeña referencia para finalizar la presente parte preliminar, ya que sin ella la misma quedaría incompleta, aportando así una visión de conjunto del tema y especialmente recogiendo derechos que, como el italiano, han influido en nuestro sistema jurídico. Pero en este epígrafe no tenemos un afán exhaustivo, de mostrar todos los aspectos de estos derechos en cada sistema, lo que posiblemente abarcaría varias tesis doctorales, sino que únicamente buscamos dejar constancia, con unas muy breves pinceladas, de la regulación, las posturas doctrinales y la jurisprudencia (cuando fuese realmente interesante) que sobre estos derechos se dan en esos países.

Estudiaremos el derecho italiano, que como reflejamos ha influido en nuestro sistema jurídico, así como el del vecino derecho francés, para terminar, en el derecho continental europeo, con el derecho alemán por las peculiaridades que presenta y que ya reflejamos en el segundo epígrafe de esta tesis. Acabaremos con el derecho anglosajón, tanto estadounidense como británico y con otros sistemas que tienen cierto interés por su singularidad, como son el portugués y el suizo.

Posteriormente, ya en la próxima parte central de esta tesis doctoral, recogeremos, analizándola y comparándola junto con la española, la concreta situación en estos sistemas jurídicos comparados de los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona en concreto, haciendo aquí y ahora una referencia más general.

Con este estudio comparativo que ahora comenzamos podremos observar las posibles influencias mutuas que existan entre las distintas regulaciones, así como la posible evolución futura del derecho patrio, a raíz de la que han experimentado los sistemas estudiados.

7.1.- Italia.

En el derecho italiano no existe una regulación completa y estructurada sobre la definición, características, límites o protección de los derechos de la personalidad[250], aunque sí encontramos en el mismo normas parciales, individuales, que no podemos considerar como sistemáticas, pero que sí se han de apreciar como verdadera regulación y protección de estos derechos.

En lo que respecta a la Constitución italiana, no existe una norma que los regule, aunque el artículo 2 de la misma reconoce, de forma muy general y abstracta, los derechos inviolables del hombre. Por otro lado, garantiza la posibilidad de secuestrar la prensa siempre que la ley lo autorice en casos de delito.

En el Código Civil (1942) sólo unos pocos artículos iniciales, en el Título I; «de la persona física», recogen cierta regulación. Así, el artículo 5 protege el propio cuerpo, prohibiendo los actos de disposición sobre el mismo; «cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres». Los artículos 6 a 9 protegen el nombre y el pseudónimo y el 10 la imagen, cuando establece[251] que; «Cualquier imagen de una persona o de los padres, del cónyuge e hijos que sea expuesta o publicada fuera de los casos en los que la exposición o la publicación está consentida por la ley, o bien con perjuicio al decoro o la reputación de la misma persona o de sus parientes, la autoridad judicial, tras solicitud del interesado, podrá disponer que cese el abuso, aparte el resarcimiento del daño». Por último, posteriormente comprobaremos como otros dos artículos del mismo texto legal se aplican en la protección de estos derechos –en concreto el 2059 y el 2043-.

También debemos considerar algunas leyes civiles italianas concretas. Tras una primera regulación en forma de Real Decreto Ley, de 7 de noviembre de 1925, se publica la Ley de 22 de abril de 1941 de protección del derecho de autor y otros derechos conexos a su ejercicio. Regula no sólo todo lo referido al derecho de autor, sino también en los artículos 96 a 98 el derecho al retrato, que concretaría en el país transalpino, a partir de su entrada en vigor, el derecho a la imagen. También recoge

[250] Así lo recogen también, en la regulación en general de estos derechos, por ejemplo, diversos autores de varias épocas; VERCELONE, ob. cit. nota 130, pág. 1084; o SERVELLO, ob. cit. nota 186, pág. 96. En relación al derecho a la intimidad, lo expone; DOGLIOTTI, M., *Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, DInfInf, 1985, pág. 533.

[251] En consonancia con el artículo 96 de la ley de autor vigente en la época, que será citada justo a continuación.

unas disposiciones muy interesantes para nuestro tema central, que estudiaremos en su lugar oportuno, en lo relativo al ejercicio post-mortem de los derechos morales de autor, como el derecho de paternidad, de integridad, etc., en sus artículos 23 y 24.

Otras normas inciden, siempre parcialmente, en los derechos de la personalidad, como la propia Ley de 8 de abril de 1974 que ampara las comunicaciones de la vida privada o la Ley de 18 de mayo de 1978 que regula las intercepciones telefónicas, que protegen el derecho a la intimidad. Afecta a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad la Ley de 14 de abril de 1982 sobre «normas en materia de rectificación de atribución de sexo». Por último, y refiriéndonos a materia no civil, el Código penal protege el derecho al honor, recogiendo en sus artículos 594 y 593 los delitos de injuria y difamación.

Pero a pesar de esta falta de sistematización en la regulación, y a la existencia de una regulación parcial y fragmentaria, gracias al desarrollo jurisprudencial[252] la doctrina admite, podríamos decir que de una manera más o menos pacífica, la vigencia de los derechos de la personalidad en el derecho italiano. Esta admisión se inicia a partir del trabajo del profesor DE CUPIS[253], que ha servido de referencia para los autores italianos posteriores y también para la doctrina española. En él se refleja la importancia de los derechos de la personalidad, se aporta una definición seguidísima posteriormente (que ya recogimos en el apartado 3.4 de esta parte preliminar y a la que nos remitimos) y se regulan aspectos que han adoptado para sí muchos autores, como el objeto de estos derechos en las diferentes manifestaciones de la personalidad, la concepción pluralista de los derechos, sus caracteres (que analizamos con anterioridad), o una clasificación, enumeración y estudio de los mismos.

A partir de ahí, la aceptación la teoría de los derechos de la personalidad en el derecho italiano la debemos considerar, si no unánime, claramente mayoritaria [254], y los perfiles en los que se situará serán muy parecidos a los aportados por DE CUPIS.

---

[252] Por la brevedad con la que afrontamos el epígrafe, no vamos a recoger aquí dicha evolución, pero los interesados al respecto pueden consultar, por ejemplo, y con relación a la intimidad, a; DOGLIOTTI, ob. cit. nota 250, págs. 550 y ss.

[253] Vid. DE CUPIS, ob. cit. nota 64, escrito de 1959 que hemos de considerar clásico en la elaboración y aceptación de la doctrina (casi podríamos decir que no sólo italiana, sino de toda Europea) de los derechos de la personalidad, y que ha sido muy importante en nuestro derecho.

[254] Algunos autores, tanto antes como después de la publicación en 1959 del citado trabajo, se sitúan en posturas muy alejadas al mismo, aunque son muy minoritarios (han sido citados con anterioridad). Así, por ejemplo, negando la existencia de estos derechos, aunque en una coyuntura histórica precedente nada parecida a la posterior, encontramos a RAVÁ, ob. cit. nota 71. Y como

Pero, debido a la finalidad simplemente referencial de este epígrafe, para reflejar esta corriente únicamente nos limitaremos a citar autores de varias épocas. En un momento más cercano a 1959, encontramos a DI MAJO[255] y VERCELLONE[256]. En un periodo intermedio, a GARUTTI-MACIOCE[257] o GAMBARO[258]. Y en más cercano a nosotros, por ejemplo, podemos citar a SERVELLO[259].

Por último, con relación a un tema que trataremos nosotros posteriormente, queremos reflejar que en la doctrina italiana se admite pacíficamente la idoneidad del resarcimiento del daño por los ataques sufridos por estos derechos[260], apoyándose en el artículo 2059 del Código Civil, relacionado con el 2043, que regula el resarcimiento del daño, previa valoración económica del mismo, en el que se admite que «el daño no patrimonial debe ser resarcido en los casos determinados por la ley».

7.2.- Francia.

En cuanto al derecho francés, el Código Civil no recogía en su redacción inicial la regulación y la protección de los derechos de la personalidad[261]. Sólo el artículo 1166 del mismo cuerpo legal lo podemos considerar como regulador y defensor de ciertos valores unidos intrínsecamente a la persona, cuando recoge que

---

autores que defienden la postura monista, en contra de la pluralista, encontramos a; GIAMPICCOLO, ob. cit. nota 87, en 1958, ya, ya más cercano a nosotros, también podemos citar a; FERRI, ob. cit. nota 26, en 1984.

[255] Vid. DI MAJO GIAQUINTO, A., *Profili dei diritti della personalità*, RTDPC, 1962, pág. 68 y ss.

[256] Cfr. VERCELONE, ob. cit. nota 130.

[257] Vid. GARUTTI-MACIOCE, ob. cit. nota 100.

[258] Cfr. GAMBARO, A., *Diritti della personalità*, RiDC, 1984 II, págs. 591 y ss.

[259] Vid. SERVELLO, ob. cit. nota 186.

[260] Recogemos aquí, por orden cronológicos diferentes trabajos de varios periodos que se sitúan en esta línea; DE CUPIS, ob. cit. nota 64, págs. 62 y ss.; DI MAJO, ob. cit. nota 255, págs. 94 y ss.; VERCELONE, ob. cit. nota 130, pág. 1085; GARUTI-MACIOCE, ob. cit. nota 100, págs. 63 y ss.; FERRI, ob. cit. nota 26, págs. 152 y ss.; DOGLIOTTI, ob. cit. nota 250, págs. 552 y ss.

[261] Más categórico al respecto, en su buen artículo sobre los derechos de la personalidad es; NERSON, R., *La protección de la personalidad en el derecho privado francés*, RGLJ, 1961, págs. 7 y ss. (Traducción de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ), en el que expone que «el término *personalidad* no se encuentra en su texto (el del Código Civil)».

«Los acreedores no podrán ejercitar los derechos y acciones de su deudor que estén *exclusivamente ligados a su persona (droits attachés à la personne)*».

Ante esta laguna de la legislación la jurisprudencia histórica francesa aplicó el artículo 1382 del código (reparación del daño causado a otro por falta) para proteger los atentados al secreto de la vida privada, hasta que se incorporó al sistema jurídico galo un derecho subjetivo a la vida privada (o intimidad) a través de la Ley número 70-643 de 17 de julio de 1970, que le dio una nueva redacción al artículo 9 del Código; «Cada uno tiene derecho a su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir medidas tales como el secuestro, el embargo, y aquellas otras adecuadas para impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada». Completa esta regulación civil de la intimidad la ley de 6 de enero de 1978, sobre informática, ficheros, datos, etc.

En el ámbito penal también se protege este derecho en los artículos 368 y 369 de su Código. Con relación al derecho al honor, sólo se regula en esta jurisdicción, a través de una regulación realmente antigua, como la Ley de libertad de prensa de 29 de julio de 1881, distinguiendo en su artículo 29 los delitos de injuria del de difamación, actualmente en vigor.

Como vemos, y a pesar de estas normas concretas, en el derecho francés, al igual que en el italiano, no existe una regulación sistematizada de estos derechos. Pero, a pesar de ello, en el derecho francés se ha producido una admisión tácita de la existencia de la doctrina de los derechos de la personalidad por parte de la Jurisprudencia que ha aplicado las posibilidades que le ofrecía el derecho positivo para protegerlos. Hasta la publicación de la Ley 70-643, la forma más común fue la de la aplicación del artículo 1382 de la reparación del daño, lo que, gracias a su generalización, produjo la citada admisión jurisprudencial de esta doctrina[262]. También se produjo esta protección mediante otros cauces procedimentales, como el rechazo de pruebas que supusiesen la violación de la intimidad moral del contrario, o la anulación de contratos contra el orden público, etc.[263]

---

[262] Lo que, como veremos posteriormente, también sucedió en nuestro país. Hasta la publicación de la LO. 1/82, se aplicó asiduamente para la protección de los derechos de la personalidad la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 de nuestro Código Civil, análoga al 1382 del francés. Para los interesados en la consulta de sentencias francesas en concreto que aplicasen este artículo; DOGLIOTTI, ob. cit. nota 250, págs. 555 y ss.

[263] Nuevamente, para consultar jurisprudencia concreta que plasme esta protección; NERSON, ob. cit. nota 261, págs. 40 y ss.

La Jurisprudencia francesa también se ha pronunciado sobre la posibilidad o no de la transmisión post-mortem de los derechos patrimoniales sobre la imagen de una persona fallecida, lo que estudiaremos con detenimiento posteriormente en su momento oportuno.

En la doctrina francesa, a raíz de un antiguo trabajo de PERREAU[264] de 1909, desde inicios de siglo se introduce la doctrina de los derechos de la personalidad. En el citado artículo se tratan con ese nombre y una perspectiva plural, y aunque la teoría haya evolucionado con posterioridad, ya se les otorgaban unos caracteres similares a los que les conocemos en nuestro derecho.

A partir de ahí, y en consonancia con la evolución jurisprudencial, los derechos de la personalidad fueron abriéndose paso en la doctrina gala, con uno perfiles muy similares a los italianos, tanto desde el punto de vista pluralista[265], como en sus caracteres y enumeración. También se admite el resarcimiento del daño producido a estos derechos. En esta línea, podemos citar, por ejemplo, a KAYSER[266], NERSON[267] o TERCIER[268].

7.3.- Alemania.

Como ya reflejamos en el apartado 3.3.1 de este trabajo, en el BGB alemán inicialmente solamente se reconocía, explícitamente como un derecho de la personalidad, el derecho al nombre en su parágrafo 12; «Si el derecho al uso del nombre fuere impugnado al titular por otro o fuere lesionado el interés del titular debido a que otro usa el mismo nombre sin estar facultado para ello, el titular podrá existir del otro la eliminación del perjuicio. Si se pudieren recelar ulteriores perjuicios, podrá demandar judicialmente la abstención». En el 823 se recoge la

[264] Vid. PERREAU, ob. cit. nota 103.

[265] Así, como claramente recoge NERSON, ob. cit. nota 261, págs. 42 y ss., «nadie en Francia cree ya en la existencia de Un derecho general de la personalidad [sino de varios]. (...) Hay también una parte de verdad en la afirmación de que en el Derecho positivo francés existen derechos de la personalidad».

[266] Vid. KAISER, ob. cit. nota 66.

[267] Cfr. NERSON, ob. cit. nota 261.

[268] Vid. TERCIER, ob. cit. nota 107. También se puede comprobar esta realidad en dos obras de autores italianos que estudian en derecho francés; DOGLIOTTI, ob. cit. nota 250 en relación a la intimidad o BESSONE, M., *Diritto soggettivo e «droits de la personnalité»*, RTDPC, 1973, págs. 1175 y ss.

obligación de indemnizar los daños causados al que; «lesiona a otro antijurídica y culposamente en su vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro derecho».

Posteriormente, a través de la Ley de 9 de enero de 1907 de Protección artística, se incluyó el parágrafo 22 en el Código, por el que se prohibe «la divulgación y exhibición pública de la imagen de una persona sin consentimiento de ésta». Como vemos no sólo afectaba a la fotografía, sino a las diferentes manifestaciones de la imagen, y se exceptúan las representaciones de personas contemporáneas conocidas, salvo que por las circunstancias lesionasen un interés legítimo del afectado. Respecto al derecho al honor, en el derecho civil sólo se protege indirectamente a través del 823.1, aunque sí lo haga el Código Penal en sus parágrafos 185, 186 y 192.

La protección de los derechos de la personalidad en el derecho alemán, a entender de LARENZ[269] tiene varias lagunas, como la protección de ciertos aspectos de la imagen, de cartas o diarios íntimos, o de la vida privada personal y familiar.

Con esta regulación, y los regímenes políticos que existieron en Alemania, hasta 1945 un derecho general de la personalidad fue negado por el Tribunal Supremo del Reich. Pero, a raíz de las atrocidades practicadas por el nazismo se produce una lógica reacción filosófica y legal en Alemania, la propia Ley Fundamental, en sus primeros artículos (lo que da una idea de su intencionalidad), declara; en el primero, la intangible dignidad del hombre, y en el segundo, reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

A partir de ahí se produce una constante reacción de la jurisprudencia, empezando en una primera resolución[270] en la que el Tribunal Supremo federal deja clara cuál es su opinión, y deja abierto un camino que seguirá sin dudas con posterioridad. En ella se establece muy claramente que; «el derecho general de la personalidad ha de ser considerado como uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución». Así se inicia toda una serie de resoluciones que reconoce la privacidad o intimidad, la analogía con el derecho de autor, el pseudónimo, la indemnización o el conflicto entre el honor y las libertades de información[271]. También esta jurisprudencia ha extendido la protección a la

[269] Vid. LARENZ, ob. cit. nota 39, pág. 640.

[270] Contenida en la colección BGHZ, col. 13, pág. 334.

[271] Una completa relación se puede consultar en LARENZ, ob. cit. nota 39, págs. 641 y ss. También se pude analizar el desarrollo de esta jurisprudencia en; NEUMANN-DUESBERG, *Abgrenzvarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nar par. 823 BGB, en Neue*

personalidad humana al tiempo posterior al fallecimiento, lo que, reiteramos nuevamente, estudiaremos con posterioridad.

Por todo lo referido debemos considerar la configuración del derecho de la personalidad en el derecho alemán como una creación jurisprudencial[272], a la que la doctrina germana se ha sumado, considerándolo, a diferencia de los sistemas recogidos anteriormente, un derecho general, único, no plural. Este derecho general comprende la protección de las distintas expresiones de la personalidad que se puedan dar, sean cuales sean, sin especificarlas. Al no haber una enumeración específica se considera una protección más amplia, abierta al futuro, que abarcaría las posibles futuras manifestaciones que se puedan dar[273].

El derecho general de la personalidad podríamos definirlo como; «El derecho al respeto, a la no lesión de la persona en todas sus manifestaciones inmediatas dignas de protección y en la esfera privada e íntima, sustraída a la curiosidad y a la inoportunidad de otros, sin que con ello se dé ya una delimitación terminante y segura». «Los límites del derecho general de la personalidad resultan del mismo derecho de todas las demás personas»[274]. Esta concepción más amplia está ideada para dar una mayor protección a los derechos, más flexible ante cualquier vulneración de la dignidad, pero también ha recibido la crítica de ser más indeterminada y confusa.

7.4.- Derecho anglosajón.

En la generalidad del derecho anglosajón no existe una regulación dedicada a ningún derecho de la personalidad, sino concretas admisiones jurisprudenciales de la vigencia de la protección de ciertos aspectos de éstos. Sólo reflejaremos aquí algunas situaciones muy concretas de interés para nuestro estudio.

Jur. Wochenschrift, 1957, II, págs. 1344 y ss.; y en ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürg. Rechts, I, 1*, Tübingen, 1959, pág. 429.

[272] Como recoge tajantemente LARENZ, ob. cit. nota 39, pág. 644, o con anterioridad, CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts, en Hundert Jahre Deutsches Rechtslebens (1860-1960) II*, 1960, pág. 102.

[273] En esta línea, se encuentra la corriente mayoritaria del derecho alemán. Desde tiempos anteriores, HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 1953, y más actualmente, LARENZ, ob. cit. nota 66, págs. 155 y ss.; SCHWERDTNER, *Allgemeines Perschonlichkeitsrechts, Muncherner Kommentar zum Bürgerlichen Gesezbuch*, Munich, 1984, págs. 203 y ss.

[274] Vid. LARENZ, ob. cit. nota 66, págs. 161 y ss.

Así, en el **derecho inglés**, respecto al derecho al honor, se protege principalmente en la vía civil, pero con excepciones al régimen común de responsabilidad por difamación, por estar determinadas expresiones en situación de *absoluto privilege* o de *quelified privilege*, situaciones éstas establecidas por la jurisprudencia, y algunas dentro de la *Defamation Act* de 1952. No obstante, toda acción que quiera prosperar deberá probar en el autor de las manifestaciones una *express malice*[275].

Con relación al derecho a la intimidad, tras un intento en 1973 de regularlo, en el que se instituyó un *Committe on Privacy* al efecto, se consideró que no procedía elaborar un derecho general al respeto de la vida privada por la dificultad de establecer los límites con los derechos de la libertad de prensa y de crítica. Finalmente, otro intento de 1989 se quedó simplemente en la publicación de un Código Deontológico de la prensa, cuya obligatoriedad quedó muy diluida[276].

Con respecto al **derecho estadounidense**, queremos reflejar, brevemente, que el mismo diferencia entre el Right of privacy y el Right of publicity. La privacy, que tiene sus inicios con WARREN y BRANDEIS[277], autores considerados como sus creadores, y muy seguidos por ello, es desarrollada con posterioridad por PROSER[278], y no corresponde únicamente a la intimidad de nuestro derecho, ya que la jurisprudencia, siguiendo la exposición de éste último, la extiende a cuatro supuestos; intromisión en la tranquilidad personal (vivienda, documentos, comunicaciones); divulgación de datos privados; desfiguración de rasgos característicos psicológicos; o por último, explotación en beneficio propio de datos personales ajenos.

Se produjo, como decíamos una evolución jurisprudencial, fáctica, como no podía ser de otra forma en el derecho norteamericano, y así, en el año 1964, a raíz del asunto *New York Times v. Sullivan*, el Tribunal Supremo americano, apoyado en la primera enmienda, establece que «el Congreso no podrá hacer ley alguna que restrinja excesivamente la libertad de expresión o la libertad de prensa». Tras esta

---

[275] Para ahondar más en la situación del derecho al honor en Inglaterra; Vid. ESTRADA, ob. cit. nota 120, págs. 172 y ss.

[276] Vid. ESLAVA, ob. cit. nota 120, pág. 51.

[277] Vid. WARREN y BRANDEIS, *The right of privacy (the implicit made explicit)*, HLR, IV,5, 1890.

[278] Cfr. PROSER, *Law of Torts, St. Paul, Minnesota, 1971, págs. 802 y ss.*

evolución jurisprudencial, con un buen número de resoluciones, en el caso de 'servidores públicos', la libertad de expresión es preponderante, y los ataques a los derechos de la personalidad (aunque no se conozcan como tales en este derecho) sólo se castigarán cuando se demuestre, muy en la línea inglesa, la *actual malice*[279].

En cuanto a la publicity, la podemos definir como el derecho a la explotación comercial de la imagen, lo que, de su simple definición, al ser ésta su única acepción, no la debemos considerar como un derecho asimilable a los de la personalidad de nuestro sistema jurídico, sino como un derecho de propiedad[280]. Como hemos visto y analizaremos a continuación, en nuestro derecho no se ha llevado a cabo esta diferenciación entre el aspecto personalísimo de la imagen y su aspecto patrimonial, considerándose, a raíz de la LO 1/82 y como estudiamos en el epígrafe de los caracteres de estos derechos, ambos dentro de un único derecho a la imagen, o a la intimidad o al honor, aunque con posibilidad de un uso económico a través del consentimiento. Sin embargo, como veremos en el estudio del derecho a la intimidad, a pesar de ser ésta la opción de la regulación, algún sector doctrinal español ha abogado por la importación a nuestro de la diferenciación norteamericana entre Privacy y Publicity.

7.5.- Otros sistemas jurídicos.

Por último, no queríamos acabar este repaso al derecho comparado sin nombrar dos sistemas jurídicos que presentan ciertas peculiaridades.

Por un lado, queremos recordar lo que ya adelantamos del **derecho portugués** en nuestro epígrafe 2.5. Su Código Civil de 1867 ya recogía la idea de unos derechos originarios, parecidos a los de la personalidad, siendo uno de los primeros en hacerlo. Por otra parte, el actual y vigente de 1966 admite los derechos de la personalidad desde una perspectiva plural, y establece una regulación sistematizada de los mismos. Es prácticamente el único sistema jurídico en el derecho comparado que recoge una regulación completa de los derechos de la

[279] En nuestro derecho tratan con extensión este tema; ESTRADA, ob. cit. nota 120, págs. 174 y ss.; ESLAVA, ob. cit. nota 120, págs. 49 y ss; LÓPEZ JACOISTE, J., *Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil*, en "Homenaje a Vallet de Goytisolo", vol. V., Madrid, 1988.

[280] Un completo estudio de la evolución jurisprudencial de esta materia en los EEUU. (en concreto en su situación post-mortem), que será tratada con posterioridad, se puede encontrar en; IGARTÚA ARREGUI, F., ob. cit. nota 243.

personalidad en su Código Civil. A la enumeración de los diferentes derechos que regula nos remitimos al epígrafe 2.5 de nuestro trabajo.

Por otro lado, otro derecho peculiar es el **suizo**, ya que es el único que en su Código Civil acepta la teoría monista de admitir la existencia de Un único Derecho de la personalidad. Como ya reflejamos es una línea minoritaria en Europa, que solo es seguida en Alemania. Se produjo a raíz de la ley federal de 16 de diciembre de 1983, que incorporó el artículo 28, que establece que *la personalidad* puede sufrir un atentado ilícito, y en el mismo, en varios apartados, regula la forma de evitarlo, hacerlo cesar e indemnizarlo, aceptando el derecho general de la personalidad, aunque abarque todas las manifestaciones del mismo[281].

[281] Como veremos, muy en la línea ya recogida en el derecho alemán. Nos remitimos al epígrafe 7.3, en el que lo desarrollamos, exponiendo las bondades y defectos de este sistema, claramente minoritario en Europa.

SEGUNDA PARTE:

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD POST-MORTEM

1.- PLANTEAMIENTO.

Una vez finalizado el estudio previo de los derechos de la personalidad desde una perspectiva general, que como señalamos consideramos necesario para centrar el objeto de nuestro estudio, en esta segunda parte analizaremos, en concreto, la materia central de la presente tesis doctoral, la situación de estos derechos tras la muerte de la persona.

Hasta la fecha ha habido poca doctrina científica dedicada a este tema, toda vez que a raíz del artículo 32 de nuestro Código Civil; «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», y su admisión por la Exposición de Motivos de la LO 1/82, se ha considerado que tras la muerte estos derechos se extinguían y gran parte de la doctrina no llevaba a cabo más replanteamientos. No obstante, a partir de la citada LO., que regula por primera vez en nuestro sistema jurídico la defensa de los derechos del honor, intimidad e imagen de personas fallecidas, y especialmente de ciertas resoluciones del TC. y del TS. que hasta ahora han pasado desapercibidas en los trabajos (muy pocos) que estudian el tema, creemos que es muy necesario este replanteamiento de la referida mayoritaria postura doctrinal. En esta segunda parte analizaremos en profundidad los citados planteamientos doctrinales existentes hasta la actualidad, así como la evolución que pueda sufrir, por el cambio legislativo y sobre todo jurisprudencial, la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

Iniciaremos el análisis de esta situación, en el primer capítulo de esta segunda parte, deteniéndonos en el desarrollo de un estudio que hasta hoy no se ha realizado, el de analizar cómo se ha de entender que le afecta a la concreta conceptualización en nuestro sistema jurídico se da de cada uno de los derechos de la personalidad el fallecimiento de su titular. Nos centraremos únicamente en el concepto del derecho, y a raíz de ahí, cómo ha de quedar éste tras el citado óbito. Lo que buscamos es una aproximación inicial a esta concepción post-mortem en cada uno de los derechos por separado, que consideramos necesaria, gracias a la citada falta de estudio de este tema hasta la actualidad, para afrontar posteriormente, en el segundo capítulo, de mejor manera el análisis de la situación de los derechos de la personalidad post-mortem de manera global.

El segundo capítulo constituye el central de la presente tesis doctoral, y se centra en el mencionado estudio desde una perspectiva de conjunto. Hemos adaptado este enfoque unitario de todos los derechos por varias razones. Por un lado la legislación ha regulado de una forma conjunta tres de estos derechos, honor,

intimidad e imagen, a pesar de los perfiles diferenciados de los que goza cada derecho con respecto a otro. Por otro lado, también la jurisprudencia los ha analizado con sus resoluciones de manera unitaria, conectando las intromisiones de unos con las de los otros.

Pero el motivo que principalmente nos ha llevado a esta visión global es el estado embrionario de la discusión en nuestro derecho hasta hoy en día. Son muy escuetos los artículos de la LO 1/82 que regulan el tema, y aún no son muchas las resoluciones que se han pronunciado sobre el mismo. Todo ello, unido al ya recogido artículo 32 de nuestro Código Civil, ha provocado muy poca atención doctrinal particularizada sobre esta problemática. Quizás en el futuro, tras un mayor desarrollo jurisprudencial o doctrinal de algún derecho en concreto, pueda convenir realizar el estudio del mismo particularizado pero, a día de hoy, nos parece más adecuado afrontar este estudio desde la comentada perspectiva conjunta. En la primera sección de este capítulo analizaremos con detenimiento la doctrina y la jurisprudencia que algo ha reflejado sobre él, diferenciándola según sus postras, los que defienden que los derechos desaparecen tras su fallecimiento, que tras ella no se extinguen, y otras posturas que podríamos calificar como intermedias. Tras este estudio desarrollamos en todo un epígrafe nuestra postura personal acerca del tema central de esta tesis doctoral, la pervivencia post-mortem o no de estos derechos, aportando los argumentos en los que nos apoyamos.

En este segundo capítulo también analizaremos los aspectos sucesorios que afectan a los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona, aspectos que, a pesar de tratarse de derechos personalísimos, evidentemente existen y son de gran interés, y que, tras nuestro posicionamiento, hemos de analizar para conocer si se transmiten o no estos derechos, si la respuesta es positiva, cómo se hace, quién puede accionar para defenderlos, o si los titulares disfrutan de facultades dispositivas de los derechos de la personalidad de otra persona ya fallecida, o sólo de facultades defensivas de los mismos.

Por último, en el tercer capítulo, una vez estudiada la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem, hemos considerado necesario y enriquecedor abrir un somero capítulo final, sin intención de ser completamente exhaustivo, sobre las formas y el contenido de la protección de los mismos. A pesar de ser ésta materia adjetiva o procesal, la creemos imprescindible para reflejar cómo proteger estos derechos tras la muerte de su titular, estudio sin el cual la presente tesis doctoral quedaría claramente incompleta.

CAPÍTULO PRIMERO;

Estudio de los derechos de la personalidad en concreto, con especial énfasis a su situación tras la muerte de la persona

1.- PLANTEAMIENTO.

En el presente capítulo iniciamos el estudio, por separado, de la situación de cada uno de los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona. Para entrar con cierta perspectiva en este análisis, en el primer epígrafe recogeremos someramente las diferentes clasificaciones que sobre ellos se han propuesto desde la doctrina, para tomar, a raíz de ellas, la que creemos más acertada, que nos guiará en la elaboración del capítulo. En ella separa los derechos de la esfera espiritual de la persona de los de su esfera corporal.

Comenzamos con el estudio de cuál puede ser la naturaleza jurídica de cada uno de los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona desde su esfera espiritual. Decimos 'puede ser' porque no hay trabajos que hayan analizado esta situación post-mortem en cada derecho en concreto (sí de su situación en vida, más numerosas evidentemente). Debido a esta falta de trabajos previos afrontaremos este estudio desde el análisis de la concepción o definición existente en nuestro sistema jurídico de cada uno de estos derechos durante la vida de su titular, para posteriormente analizar cómo, partiendo de esa definición, y en una aportación my personal, queda la naturaleza jurídica de cada derecho tras el fallecimiento de su titular.

En esta esfera analizaremos con cierto detenimiento también el derecho de autor (que consideramos como de la personalidad, ya lo fundamentaremos), ya que ha sido más regulado y estudiado en su situación post-mortem, provocando también mayor número de resoluciones judiciales. Este mayor desarrollo jurídico nos puede aportar luz en relación a la evolución que en nuestro derecho puedan experimentar en el futuro el resto de los derechos de la personalidad de la esfera espiritual, en su realidad post-mortem.

Tras estos derechos espirituales estudiaremos los correspondientes a la esfera corporal o física de la persona. Analizaremos muy brevemente el derecho a la vida y a la libertad, y nos detendremos mucho más en el derecho a la integridad física. Será en este epígrafe en el que estudiaremos con cierto detenimiento cómo se encuentra la realidad jurídica y la social del derecho a disponer del cadáver y de los trasplantes de órganos. Este tratamiento será muy más detenido porque cuando en los siguientes capítulos (en concreto el segundo) estudiemos los derechos de la personalidad post-mortem desde la perspectiva global, lo haremos centrados en los derechos de la personalidad de la esfera espiritual, ya que es la que hoy en día, tras la aprobación de la LO 1/82, presenta un mayor interés jurídico. Por ello, en este primer capítulo

dejaremos ya reflejada la totalidad de la problemática que sobre los derechos físicos de la personalidad encontramos hoy en día en nuestro sistema jurídico y en nuestra práctica social, agotando con ello el tratamiento que los derechos de la personalidad en su esfera corporal tendrán en la presente tesis doctoral.

2.- CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

2.1.- Derecho español.

De las muchas teorías que estudiamos en la parte preliminar que se han desarrollado sobre los derechos de la personalidad en su vertiente pluralista se han desprendido numerosas clasificaciones sobre éstos. Estas variadas clasificaciones vienen provocadas porque los estudios sitúan algunos derechos dentro de otros, porque dejan fuera de esta consideración alguno de ellos o porque se sistematicen de maneras muy diferentes las relaciones entre ellos. Recogeremos las más significativas, decantándonos por alguna de ellas, y a la vez aportando nosotros la clasificación que nos parece más adecuada, y que usaremos en el estudio de cada uno de estos derechos tras la muerte de la persona por separado.

Iniciaremos esta enumeración con la clasificación del profesor CASTÁN[1], la que podemos considerar como clásica en nuestro derecho, y que ha servido de referencia, aunque con algunos matices, a gran parte de la doctrina posterior;

A.- El derecho a la individualidad, a través de sus signos distintivos;
1.- Derecho al nombre.
B.- Los derechos relativos a la existencia física o inviolabilidad corporal; **2.**- Derecho a la vida.
3.- Derecho a la integridad física.
4.- Facultades de disposición del propio cuerpo. El derecho sobre las partes separadas del cuerpo y el derecho sobre el cadáver.
C.- Los derechos de tipo moral;
5.- Derecho a la libertad personal.
6.- Derecho al honor; Que relaciona con el de rectificación.
7.- El derecho a la reserva de la vida privada; cuyas manifestaciones más destacadas son; - Derecho al secreto de la correspondencia.
- Derecho a la imagen.
8.- El derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales.

Como comentamos con anterioridad, la línea de sistematización de estos derechos que marca esta clasificación ha sido bastante seguida por la doctrina. Así,

[1] Clasificación que expone en; CASTÁN T., J., *Los Derechos de la personalidad*, RGLJ., 1952, nº 1-2, págs. 32 y ss., y que sigue recogiendo en su obra ya reeditada, por lo tanto más actualizada; CASTÁN T., J., *Derecho Civil español, común y foral, T. I Vol. II*, Madrid, 1957 (Yo tengo la 14 edición, buscar año), págs. 378 y ss.

CLAVERÍA[2], dentro de esta corriente, también diferencia esencialmente entre la esfera espiritual y corporal de la persona;

A.- Derechos sobre la esfera "espiritual" de la persona:
1.- Derecho al nombre.
2.- Derecho al honor y a la fama.
3.- Derecho a la intimidad (vida privada, imagen, voz, secreto.)
4.- Derecho a la libertad (múltiples facetas: referencia a las libertades públicas, entre otras. No afirma que todas las libertades públicas sean, en rigor, derechos de la personalidad).
5.- Derecho al libre desarrollo de la personalidad (tratamiento flexible).
6.- Tal vez, derecho moral de autor.
B.- Derechos sobre la esfera "corporal" de la persona:
7.- Derecho a la vida.
8.- Derecho a la integridad física y a la salud física y psíquica.
9.- Derecho sobre las partes separadas del propio cuerpo.

Para nosotros esta clasificación resitúa de una manera más adecuada el derecho al nombre, y establece una separación que nos parece básica, la que se realiza entre la esfera espiritual o moral y la corporal o física. En su misma línea, pero sin nombrar el derecho al nombre se sitúa LETE DEL RÍO[3].

La clasificación de CASTÁN ha influenciado claramente a los autores posteriores, aunque éstos, a su vez, también han adaptado sus propuestas a la legislación sobre los derechos de la personalidad vigente hoy en día, entre otras la importante LO. 1/82. Así, en esta línea ALBADALEJO[4] sigue la propuesta de CLAVERÍA, aunque, en consonancia con dicha Ley, le da carácter de derecho propio al de la imagen, admite sin reservas el derecho de autor, y no cree necesario recoger la propuesta del derecho general de la personalidad. Veamos la clasificación que propone, que creemos, a excepción de la inclusión sin matizaciones de la libertad (por sus diferentes manifestaciones que se sitúan fuera del ámbito del derecho civil, como las libertades políticas), la más acertada a la luz de la LO. 1/82;

A.- Derechos de la personalidad en la esfera espiritual del hombre.
1.- Derecho al nombre.

---

[2] Vid. CLAVERÍA GONSALBEZ, L., *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad*, en Estudios en homenaje al profesor Beltrán de Heredia, Salamanca, 1984, pág. 106. Obra ésta que, aunque publicada en 1984, fue finalizada en Diciembre de 1981, por lo que no recoge las disposiciones de la LO. 1/82.

[3] Vid. LETE DEL RÍO, J., *Derecho de la persona*, Madrid, 1986, pág. 193.

[4] En; ALBADALEJO, M., *Derecho civil*, T I, Vol. II, Barcelona, 1989, págs. 51 y ss.

2.- Derecho al Pseudónimo y títulos nobiliarios.
3.- Derecho al honor.
4.- Derecho a la intimidad personal y familiar.
5.- Derecho a la imagen.
6.- Derecho moral de autor.
B.- Derechos de la personalidad en la esfera corporal.
7.- Derecho a la vida.
8.- Derecho a la Integridad física.
9.- Derecho al cadáver.
10.- Derecho a la libertad.

Desde esta clasificación, y en esta misma corriente se pronuncia pacíficamente la doctrina más cercana a nosotros. Así, en los textos publicados en los últimos tiempos podemos citar a MONTÓN GARCÍA[5] y CARRASCO PERERA[6], que proponen la misma que ALBADALEJO. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[7] y LASARTE[8] introducen pequeñas modificaciones. Por último, con ciertas matizaciones mayores encontramos a MALUQUER DE MOTES[9], que no recoge entre ellos al derecho de autor o a GONZÁLEZ LÓPEZ[10], que sí admite este último derecho pero que no recoge el derecho al nombre.

A continuación queremos reseñar dos clasificaciones expuestas hace ya bastantes años, ya que presenta verdadero interés por ser muy similares a las que acabamos de citar, aunque en el momento en el que fueron expuestas la regulación no recogía como derechos algunos que posteriormente sí lo fueron. Así, MADRIDEJOS[11], en 1962, entiende como derechos de la personalidad;

1.- El derecho a la vida y a la integridad física.

---

[5] En MONTÓN GARCÍA, M., *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión*, LL., 1995-I, pág. 874.

[6] Cfr. CARRASCO PERERA, A., (Director), *Derecho Civil I.*, (Tecnos), 1996, págs. 82 y ss.

[7] Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1995, 8ª ed págs. 343 y ss.

[8] En LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de derecho civil*, T I, 5ª ed., Madrid, 1996, págs. 211 y ss.

[9] En; MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, 1993, págs. 32 y ss.

[10] Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, M., *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, 1993, pág. 94.

[11] Vid. MADRIDEJOS SARASOLA, J., *Los derechos personalísimos*, RDP., 1962, págs. 276 y ss.

2.- El derecho sobre las partes separadas del propio cuerpo y sobre el cadáver.
3.- El derecho a la libertad personal.
4.- El derecho al honor.
5.- El derecho a la esfera secreta de la propia personalidad; que contiene: **a.**- Derecho a la imagen.
b.- Derecho al secreto.
6.- El derecho a la individualidad física a través de sus signos distintivos: el derecho al nombre.
7.- El derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales.
8.- Algunos admiten el derecho industrial.

Observamos cómo sigue a CASTÁN en la individualidad física y nombre o en el derecho de autor, pero como también se separa algo de él, influenciando a autores posteriores, diferenciando entre imagen y secreto (que hoy se diferencia sin discusión entre imagen e intimidad), separación aún no efectuada por el propio CASTÁN.

Por su parte BELTRÁN DE HEREDIA[12] realiza, en 1976, una clasificación mucho más esquematizada y compartimentada;

1.- Derecho a la identificación personal; comprende nombre, seudónimo y títulos nobiliarios.
2.- Derecho a la vida y a la integridad física o corporal.
3.- Derecho a la integridad moral; comprende honor y la reserva con sus diversas manifestaciones como el secreto y la propia imagen.
4.- Derecho a la libertad en sus diferentes expresiones, como correspondencia, residencial, sexual, matrimonial, económica o intelectual.

No obstante, además de las clasificaciones expuestas, que consideramos como las más significativas en nuestro derecho, queremos dejar aquí, al menos citadas, otras algo más 'heterodoxas', que no recogemos en toda su elaboración por no resultar trascendente a nuestro estudio, pero que aportan diferentes puntos de vista de la forma de sistematizar los derechos de la personalidad. Así, LACRUZ[13] y MARTÍN BERNAL[14] encuadran los distintos derechos en grandes apartados, como

[12] Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, J., *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (su discurso de entrada), Madrid, 29 de marzo de 1976, pág. 54.

[13] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J., *Instituciones de derecho civil*, T I, Vol. II, Barcelona, en la edición de 1974, págs. 111 y ss., ya que en ediciones posteriores no trata así estas clasificaciones, pero que recogemos por su gran actualidad.

[14] Vid. MARTÍN BERNAL, J., *Los derechos de la personalidad en la Constitución Española*, RGLJ, 1979, págs. 14 y ss.

la identidad, integridad física, decoro, libertad o ideas. ROGEL VIDÉ[15] los organiza no desde la perspectiva de los derechos de la personalidad, sino de bienes, con lo que la clasificación es más amplia recogiendo más situaciones jurídicas, posición de partida similar a la tomada por el profesor DE CASTRO[16].

2.2.- Derecho extranjero.

No queremos acabar este epígrafe sin hacer una breve mención al derecho extranjero. Recogeremos algunas clasificaciones clásicas, que tienen cierto interés para nuestro estudio, debido a la influencia que han tenido en nuestro derecho. No citaremos a autores contemporáneos que no han tenido el citado influjo, y que siguen la filosofía de las clasificaciones aquí recogidas. Como veremos haremos referencia al derecho italiano principalmente, y al francés. Del derecho alemán no referimos nada ya que, al adoptar una teoría monista de los derechos de la personalidad, no desarrollan clasificaciones diferenciadas entre derechos.

El profesor DE CUPIS[17] elabora la clasificación más estudiada y seguida del derecho italiano;

A.- Derecho a la vida y a la integridad física.
1.- Derecho a la vida.
2.- Derecho a la integridad física.
3.- Derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver.
B.- **4.**- Derecho a la libertad.
C.- Derecho al honor y a la reserva.
5.- Derecho al honor.
6.- Derecho a la reserva: comprende el derecho a la imagen.
7.- Derecho al secreto.
D.- Derecho a la identidad personal.
8.- Derecho al nombre: comprende sobrenombre, pseudónimo..
9.- Derecho al título.
10.- Derecho al signo figurativo.
E.- Derecho moral de autor (y del inventor).

---

[15] En ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, 1985, pág. 51.

[16] DE CASTRO, F., en *Los llamados derechos de la personalidad*, ADC., 1959, IV, octubre-diciembre, pág. 1264.

[17] Vid. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, vol. I, Milán, 1959 (2ª ed. 1982), págs. 49 y ss.

De la comparación de la misma con las existentes en el derecho español anteriormente recogidas, deducimos que la influencia de esta clasificación en los autores españoles es muy marcada, por ejemplo, en la inclusión del derecho a la libertad, y la del derecho a la reserva, que hoy asimilamos al derecho a la imagen.

En el derecho italiano también la clasificación que aporta GANGI[18] es ciertamente significativa;

I.- Derecho a la vida.
II.- Derecho a la integridad física o corporal.
III.- Derecho de disposición del propio cuerpo y del propio cadáver.
IV.- Derecho al libre desarrollo de la propia actividad o derecho de libertad: comprende libertad de residencia, matrimonio, contractual o laboral.
V.- Derecho al honor.
VI.- Derecho a la imagen.
VII.- Derecho moral de autor y de inventor.
VIII.- Derecho al secreto epistolar, telegráfico y telefónico.

En cuanto al derecho francés, traemos aquí dos clasificaciones de diferentes ámbitos, que presentan alguna peculiaridad muy interesante. En la misma línea que hemos apreciado hasta ahora en el derecho español y en el italiano encontramos a NERSON[19];

A.- Derecho a la integridad física.
1.- Derecho a la inviolabilidad del cuerpo humano.
B.- Derecho a la vida afectiva y moral.
2.- La idea del yo; derecho al nombre.
3.- La libertad.
4.- El honor.
5.- La intimidad.
6.- Sentimientos de afecto y las convenciones religiosas o filosóficas.

Sin embargo, una clasificación algo diferente a las que hemos visto es la de KAISER[20];

A.- Derechos de la personalidad asimilables a derechos reales:
1.- Derecho al nombre.
2.- Derecho a usar el nombre de familia (apellido).

---

[18] Vid. GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milán, 1946, págs. 158 y ss.

[19] En; NERSON, R., *La protección de la personalidad en el derecho privado francés*, RGLJ, 1961, págs. 7 y ss. (Traducción de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ).

[20] Vid. KAISER, P., *Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratiques*, RTDC., 1971, págs. 457 y ss.

3.- Derecho a la defensa de nombre de familia.
4.- Derecho de la persona sobre las partes separadas del cuerpo
5.- Derecho sobre el cuerpo en vida.
6.- Derecho sobre los restos mortales.
B.- Derechos de la personalidad asimilables a derechos intelectuales.
7.- Derecho al respeto de la vida privada.
8.- Derecho a oponerse a la divulgación de la vida privada.
9.- Derecho a oponerse a la investigación de la vida privada.
10.- Derecho de rectificación.
11.- Carácter peculiar del derecho de autor.

Es ésta una clasificación que, en su intención de recoger muchos derechos nos parece demasiado amplia, desdoblando como varios derechos los que son sólo uno, y que deja atrás algunos muy importantes como el derecho al honor.

2.3.- Recapitulación, propuesta personal.

Nosotros propondremos una clasificación idéntica a la que defienden los autores contemporáneos, influenciados por las de DE CUPIS y la de CASTÁN, similar a la del profesor ALBADALEJO, y así mismo adaptada a la nueva legislación existente en España, particularmente a la LO. 1/82. Hemos reorganizado también el orden de los derechos contenidos en la clasificación, comenzando con los derechos que más literatura doctrinal y jurisprudencial han provocado, que son los que más interés suscitan en relación a los derechos en su situación post-mortem, y será éste el que seguiremos en nuestro estudio. Así pues, proponemos y utilizaremos en nuestro estudio la siguiente clasificación;

A.- Esfera **espiritual** de la persona.
1.- Derecho al **honor**.
2.- Derecho a la **imagen**.
3.- Derecho a la **intimidad**; **-personal**.
-familiar.
4.- Derecho al **nombre** (y apellido), y al **pseudónimo**.
5.- Derecho al **Título Nobiliario**.
6.- **Derecho de autor.**
B.- Esfera **corporal** de la persona.
7.- Derechos a la **vida**.
8.- Derecho a la **libertad**.
9.- Derecho a la **integridad física**: dentro de este derecho se sitúan; -Derecho a la **disposición de las partes separadas del cuerpo**.
9.1.- Derecho a **disponer de los órganos en vida.**
9.2.- Derecho a **disponer de los órganos tras el fallecimiento.**

3.- ESFERA ESPIRITUAL DE LA PERSONA.

3.1.- Derecho al Honor.

3.1.1.- Introducción.

Hemos situado el estudio del derecho al honor en primer lugar porque dentro de la configuración de la teoría general de los derechos de la personalidad, y en concreto en su esfera espiritual, se nos presenta, ya lo expuso así hace tiempo el profesor CASTÁN[21], como el más importante y significativo.

Y esto es así por varias razones. Sin entrar en áreas de la sociológica, y sin analizar la importancia que el «sentimiento del honor» tiene en nuestra historia y sociedad, la vulneración del honor ha supuesto la mayor cantidad de conflictos, con diferencia, que haya tenido que resolver la jurisprudencia en relación a estos derechos, sin olvidar que, como ya reflejamos, fue éste el derecho que provocó la primera Sentencia del Tribunal Supremo que reconoció la existencia de un derecho de la personalidad[22]. Esta gran litigiosidad también ha motivado que sea este derecho al que más atención ha prestado la doctrina, provocando la mayor cantidad de literatura en relación al resto de los regulados por la LO. 1/82 (siempre en su situación en vida, aclaramos).

Es por todo lo referido por lo que abordamos su estudio en primer lugar de los dedicados a la esfera espiritual de la persona. Como ya reflejamos en el planteamiento de este capítulo, únicamente analizaremos su definición actual, para a partir de ella estudiar su naturaleza post-mortem. No entraremos, como es lógico, en la totalidad de los prismas que ofrecería este derecho (ya tendríamos que empezar en su terminología[23]), lo que quedaría claramente fuera del ámbito del presente trabajo.

---

[21] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 1, pág. 48, que ya en 1952 exponía que; «Es el honor uno de los bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana y que puede ser considerado como el primero y más importante de aquel grupo de derechos que protegen los matices morales de esa personalidad».

[22] En todo lo expuesto en la reseña histórica de la parte preliminar, en la que recogimos con abundancia de detalles la histórica STS. de 6 de diciembre de 1912, tanto en sus antecedentes de hecho, como fundamentos jurídicos o en su importancia en nuestro derecho.

[23] Terminología que no siempre ha sido unitaria, ni diáfana, y que ha provocado cierta confusión, ya que las resoluciones y los autores han empleado diversos términos, como decoro, fama, honor, consideración, reputación, etc. para referirse siempre al mismo concepto. Al respecto, por ejemplo, se

Respecto al desarrollo histórico del mismo nos remitimos a lo recogido en nuestra inicial reseña histórica[24].

3.1.2.- Definición del derecho al honor.

A nadie se le escapa, y ha sido plenamente recogido por la doctrina[25], la dificultad de definir conceptos que son metajurídicos, o prejurídicos, y que están muy ligados a la intimidad de la naturaleza humana, en los que se confunde derecho con sentimiento. No obstante ello, nos acercaremos a las definiciones que del honor aportan legislación, doctrina y jurisprudencia.

3.1.2.1.- Definición legal.

Como ya ha recogido nuestro Tribunal Supremo en más de una ocasión[26], el honor carece de definición legal en nuestro sistema jurídico, que se limita a reconocerlo como derecho fundamental pero que no elabora una definición de lo que conceptúa como tal.

El artículo 18.1 de la Constitución lo consagra como derecho fundamental cuando recoge que «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», sin hacer en todo su texto ninguna otra mención.

Por otro lado, la LO. 1/82 de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tampoco resuelve la falta de definición. Ni en su exposición de motivos ni en su artículo 1°, que reconocen la protección de este derecho, varían su redacción a la de la Carta Magna.

---

puede consultar, en derecho español a; IGARTÚA ARREGUI, F., *Comentario a la STS de 13-12-84*, CCJC, N° 7, pág. 2445, y en el derecho comparado; ZENO-ZENCOVICHI, *Onore e reputazione*, DDP., XIII, 1995, pág. 90.

[24] En ella ya expusimos que el precedente histórico remoto de la aparición posterior de lo que hoy conocemos como derechos de la personalidad tal es la protección del derecho al honor que se produjo, tanto en el derecho romano como en el medieval, a raíz de la *actio iniuriarum* y de las injurias contenidas en las Partidas respectivamente.

[25] Sobre la dificultad que encuentra quien intenta aportar una definición adecuada a este tipo de conceptos que se encuentran en conexión con los sentimientos humanos encontramos ejemplos en varias épocas históricas. Así, a mitad de este siglo; CASTÁN VÁZQUEZ, J., *La protección del honor en el derecho español*, RGLJ, 1957, pág. 689; más cercano a nosotros; LASARTE, ob. cit. nota 8, págs. 215 y ss.

[26] Así, por ejemplo, en las recientes STS de 24-1-1997 (RJ. 1997\19) –FJ. 1°-, y en la de 9-10-1997 (RJ. 1997\7613) –FJ. 2°-.

Únicamente podemos observar que se "aproxima" una definición en su artículo 7, aunque desde una perspectiva negativa, cuando se establece cuáles son las intromisiones ilegítimas que afectan a los tres derechos que regula (que enumera sin establecer diferenciación previa sobre cuál afecta a un derecho o cuál a otro). El apartado 7º es el relativo al honor, cuando regula que se considerará intromisión «La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». Con esta definición se admiten dos aspectos que, como veremos a continuación, también recoge la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia; el subjetivo o personal, *«lesionen la dignidad de otra persona»*, *«atentando contra su propia estimación»*; y el objetivo o social, *«menoscabando su fama»*.

Por último, el citado texto legal emplea términos que se han asimilado a menudo con honor, quizás contribuyendo a una mayor confusión, en el apartado 3º del citado artículo, cuando establece que se considerará intromisión «La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia *que afecten a su reputación y buen nombre...*». No obstante, como se puede apreciar, en este artículo sólo se recoge el honor en cuanto a su relación con los demás, en su aspecto social.

3.1.2.2.- Definición doctrinal.

En la doctrina española desde las primeras definiciones del honor que influyeron posteriormente en nuestros autores actuales, se inicia una línea de diferenciar dentro del mismo dos aspectos claramente diferenciados. Así, CASTÁN[27], siguiendo la doctrina italiana que recogeremos a continuación, y en unos términos parecidos a los que emplean otros autores en su mismo momento histórico[28], define al honor de la siguiente manera; «Baste señalar que el honor se puede entender en sentido objetivo o en sentido subjetivo. En **sentido objetivo**, el honor es la *reputación, buen nombre o fama de que goza, ante los demás, una determinada persona* (...). En **sentido subjetivo**, el honor es el *sentimiento de la*

[27] Vid. CASTÁN, *Derecho Civil español...*, ob. cit. nota 1, págs. 390 y ss., que posteriormente sigue la definición que él mismo había propuesto en 1952 en; CASTÁN, *Los Derechos...*, ob. cit. nota 1, pág. 49.

[28] Como por ejemplo, en 1957 CASTÁN VÁZQUEZ, ob. cit. nota 25, pág. 690, o en 1959; DÍAZ PALOS, F., *Legítima defensa del honor*, RJC, 1959, págs. 257 y ss.

estima que la persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral».

Esta definición dual del derecho al honor ha sido acogida por la doctrina actual con unos perfiles muy similares, y podemos asegurar que en la actualidad se configura como la postura claramente mayoritaria. En la década pasada[29] encontramos definiciones muy parecidas, que manifiestan expresamente seguirla, como la de IGARTÚA[30], para quien; «por honor protegido se entiende tanto el subjetivo; "sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de su propia dignidad", como el objetivo; "Reputación, buen nombre o fama que goza entre los demás determinada persona"». Esta admisión de los dos aspectos del derecho al honor podemos considerarla en la actualidad como admitida pacíficamente por la práctica totalidad de la doctrina[31].

Dentro de esta dualidad algunos autores se han mostrado partidarios de otorgarle una cierta preponderancia a uno de los aspectos frente al otro. Es minoritaria la opinión de que el aspecto preponderante del derecho al honor es el personal e íntimo, restándole importancia al social[32]. Sin embargo algo más

---

[29] Definiciones de la década de los ochenta en los civilistas españoles que acojan los dos aspectos del derecho al honor podemos citar, por orden cronológico, numerosas, como, por ejemplo; LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 51; ROGEL, ob. cit. nota 15, pág. 157; LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 206; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, pág. 104; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1989, pág. 46; o, relacionado al derecho laboral; ROJAS RIVERO, G., *El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencias al ámbito laboral*, PJ., nº especial. XIII; pág. 53. Anteriormente, y desde la postura de defender sólo la existencia de "bienes" de la personalidad también propone una definición dual; DE CASTRO, F., *Temas de derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 17.

[30] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 23, pág. 2245.

[31] La cita de los autores que en la presente década han estudiado el derecho al honor y lo han definido sin dudas con estos dos aspectos podría ser interminable. Citaremos cronológicamente los siguientes; YSAS SOLANES, M, *Protección a la memoria del fallecido en la LO. 1/82*, Publicado en la obra homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Vol. VI., Madrid, 1990, pág. 809; BALAGUER CALLEJÓN, M., *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992, págs. 133 y ss.; MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 37; CLAVERÍA GONZÁLBEZ, L., *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*, ADC. III, 1994, págs. 33 y ss.; DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, pág. 355; PLAZA PENADES, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996, págs. 31 y ss.; CARRILLO, M., *Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor*, DPC, nº 10, 1996, pág. 93; . RODRÍGUEZ GUITIÁN, M., *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, 1996, pág. 100; CARRASCO PERERRA, ob. cit. nota 6, pág. 85 ó, por último, VILALTA, A. Y MÉNDEZ, R., *Acción de protección civil del derecho al honor*, Barcelona, 1998, pág. 7.

[32] Así, en esta posición encontramos a ROGEL, ob. cit. nota 15, pág. 157; «Del honor prefiero un significado digamos más íntimo: la valoración que una persona hace de sí misma, de lo que se exige y

numerosa es la corriente que ha destacado la preponderancia del aspecto social en la concepción actual del derecho al honor. Las motivaciones para que esto haya sido así desde hace ya mucho tiempo pueden centrarse en la trascendencia que para todos tiene, en nuestro devenir diario, la vida en sociedad, junto a los demás, lo que provoca que nuestro honor se pueda ver tanto más dañado cuanto más conocido públicamente o divulgado sea cualquier ataque al mismo. Asimismo, como comprobaremos posteriormente (ver nota 52 en ese epígrafe), la jurisprudencia ha considerado que, para que una intromisión sea ilegítima, es necesaria la divulgación de la misma.

Por ello, ya desde antiguo se consideró, por parte de algunos autores españoles, que el aspecto objetivo o social «adquiere tanta fuerza que se llega incluso a sobreponer al primero (subjetivo)», en palabras de CASTÁN VÁZQUEZ[33]. Esta postura también ha sido adoptada en la actualidad por diversos autores[34], siendo quizás las palabras de MALUQUER[35] las que más se decantan por esta opción y, al respecto, se nos presentan más clarificadoras; «El honor significa la dignidad personal que se tiene por la consideración que los terceros transmiten. Ello pone de relieve *la enorme carga social que el concepto conlleva* y la necesidad de estar inmerso en el ámbito social para que pueda manifestarse esta consideración externa que los demás tienen de una persona. *Supone una nota de estima por parte de la sociedad y en la sociedad, lo que determina que pueda considerarse como un bien típicamente social*».

En cuanto al derecho comparado, el derecho italiano, ya desde antes de la escueta y muchas veces citadas definición del derecho al honor de DE CUPIS[36]; «La

---

de lo que está dispuesto que le exijan»; o a ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor de las personas jurídicas*, PJ. Nº especial XIII, pág. 102.

[33] Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, ob. cit. nota 25, pág. 690. De esta opinión encontramos en la misma época a; DÍAZ PALOS, ob. cit. nota 28, pág. 257 o, desde una perspectiva que casi excluye el aspecto subjetivo del honor, a; PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, T I, vol. 2, Madrid, 1958, pág. 62; «Realmente, más que el derecho al honor, lo que nosotros tenemos es derecho a la honra. Honor es la conformidad de nuestros actos con la norma moral, y honra es el concepto que los demás tienen de nuestro honor».

[34] Entre ellos encontramos a; GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit. nota 29, pág. 104; ROJAS RIVERO, ob. cit. nota 29, pág. 53; YSAS SOLANES, ob. cit. nota 31, pág. 809; CARRILLO, ob. cit. nota 31, pág. 93; o VILALTA, ob. cit. nota 31, pág. 7.

[35] Vid. MALUQUER DE MOTES, ob. cit. nota 9, pág. 37.

[36] Cfr. DE CUPIS, ob. cit. nota 17, págs. 251 y ss.

dignidad personal reflejada en la *consideración de los terceros* y en el *sentimiento de la persona misma*», se encontraba en una situación similar a la que hemos reflejado de nuestra doctrina, en la que se admitían dos aspectos del mismo[37].

En la doctrina italiana actual podemos considerar que, admitiendo mayoritariamente esta concepción, se ha avanzado dentro de ella, en cierto modo desarrollándola, ya que se ha entendido que el concepto honor engloba en su interior tanto a honor propiamente dicho, como; «sentimiento que cada uno tiene del propio valor (o valores)», como a reputación; «representación de la personalidad dentro de un círculo social»[38]. Como vemos, es una teoría evolucionada de los dos aspectos de la doctrina española, ya que este honor de los autores italianos se corresponde al aspecto inmanente o personal, y la reputación al trascendente o social.

Respecto al contrapeso de la importancia de ambos aspectos, también algún autor le da mayor importancia al aspecto social frente al personal, como por ejemplo, DOGLIOTTI[39]; «El honor, en fin, aparece estrechamente ligado a la posición que el sujeto ocupa o a la actividad que desarrolla en el contexto social».

En relación con la estructuración del concepto honor, ha surgido una opinión que, si bien no afecta directamente a la comprensión del mismo, lo que es nuestro objeto, sí que aporta una interesante y trabajada visión que no queríamos dejar de recoger aquí. Esta visión la desarrollan, entre otros, ESTRADA[40], y diferencia entre tres tipos de concepciones; *a) concepción fáctica:* Es la que recogimos aquí, concepto subjetivo y objetivo; *b) concepción normativa:* que sitúa al honor dentro de

---

[37] Así, varios trabajos previos al del profesor DE CUPIS se sitúan en esta misma línea, por ejemplo; DEGNI, F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, en Trattato di Diritto civile italiano de Filippo Vassalli, Turín, 1939, pág. 208; FERRARA, F., *Diritto delle persone e di famiglia*, Nápoles, 1941, pág. 107; o GIAMPICCOLO, G., *La tutela giuridica della persona umana e il c. d. Diritto alla riservatezza*, RTDPC., 1958 I, pág. 459.

[38] Vid. ZENO, ob. cit. nota 23, págs. 91 y ss. En la misma línea de acoger bajo este derecho tanto el honor como la reputación; DOGLIOTTI, M., *Identità personale, onore, reputazione e diritto al nome*, DintInf, 1985, pág. 581; GIACOBBE, G., *Il diritto alla riservatezza: verso nuovi confini di tutela delle persona?*, Pádova, 1988, pág. 58; SERVELLO, G., *Considerazioni in tema di diritti della personalità*, CG., 1993 I, pág. 100; o BIANCHINI, M., *Richiami di dottrina e giurisprudenza*, Dinfinf, 1991, págs. 626 y 627.

[39] Vid. DOGLIOTTI, M., *Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, DInfInf, 1985, pág. 538.

[40] Vid.; ESTRADA, ob. cit. nota 29, págs. 25 y ss. Así mismo, es citado y suscribe esta estructuración; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J., *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, 1996, pág. 30.

la dignidad de las personas; *c) concepción intermedia:* que funda el honor en la dignidad.

No obstante, como ya reflejamos, en la actualidad la mayor parte de la doctrina se decanta por la definición fáctica, es decir, aquella que diferencia entre el aspecto personal y el social del derecho al honor (alguno dándole mayor importancia al social), aunque se reconozca que el fundamento del derecho al honor es la dignidad.

Por último, y antes de analizar la definición del derecho al honor por la que se ha decantado la jurisprudencia, nombraremos brevemente la opinión de algunos autores sobre un tema que ésta ha estudiado en varias ocasiones y no en todas con una postura similar. Éste es si el concepto del derecho al honor se puede extender a diversos tipos de honor, como el profesional, comercial o político, por ejemplo. La primera toma de postura la encontramos en nuestro derecho en CASTÁN, como en otras ocasiones, que siguiendo a FERRARA estima que el honor se debe ampliar a todos estos tipos, así como el artístico o cualquier otra clase[41].

Posteriormente, y a raíz de una Sentencia de nuestro alto tribunal de 7 de febrero de 1962 (que recogeremos con posterioridad), los autores que estudiaron el tema, que no ha sido objeto de gran discusión doctrinal, consideraron (a pesar de que, como veremos, la jurisprudencia es vacilante) que la concepción y protección jurídica del honor sí se debe extender a estos otros tipos, como son el «civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional etc.»[42].

3.1.2.3.- Definición jurisprudencial.

La jurisprudencia española, en la línea marcada por el artículo 2 de la LO 1/82, a pesar de exponer una definición que no ha experimentado vacilación alguna, siempre ha prevenido sobre el carácter relativo de un concepto como el honor, que, por la citada normativa, está sujeto al uso social del momento, a los actos de la persona titular o al conflicto con otras libertades públicas.

---

[41] Cfr. CASTÁN, ob. cit. nota 1, pág. 49, que, al igual que el maestro italiano FERRARA en su *Trattato di diritto civile*, Roma, 1921, admite que existe un honor civil, político, profesional, científico, literario, artístico, comercial y «otras infinitas modalidades de la respetabilidad humana».

[42] En palabras textuales de LASARTE, ob. cit. nota 8, pág. 216. Esta postura, reiterando que no ha sido objeto de una atención doctrinal específica, también la han suscrito; LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 116; CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 6, pág. 86; o GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit. nota 29, pág. 102.

Así, son numerosas las sentencias tanto del TC[43] como del TS[44] que realizan la comentada prevención. La STS de 24-5-96 (RJ. 1990\4079)[45], en su FJ. único es meridianamente clara al respecto; «Por esta Sala se ha venido diciendo con cierta reiteración que el honor, reconocido como uno de los derechos fundamentales de la persona no puede tener una misma dimensión temporal y menos de contenido, sino que *se presenta como un derecho más bien relativo* (...) ya que al mismo se le impone un límite en su protección tanto por las leyes como por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia...».

Centrados ya en la definición del derecho al honor, la jurisprudencia también recoge, de manera unánime y sin vacilación alguna, las dos vertientes admitidas por la doctrina, y citadas anteriormente, del derecho al honor, es decir, el inmanente, o personal y el trascendente o social. Citaremos en primer lugar la jurisprudencia del TS., toda vez que es la que estudia con mayor profundidad los aspectos puramente civiles en el objeto de sus sentencias, y de ella citaremos las sentencias que se han producido en los últimos diez años, ya que no consideramos necesario retrotraernos más para dejar reflejada esta unánime tendencia.

De la década pasada, por ejemplo, entre otras[46] encontramos la definición recogida en la STS de 24-4-89 (RJ. 1989\3254) en su FJ. 5[47]; «...resulta innegable

---

[43] De nuestro intérprete constitucional podemos destacar las STC 171/90 de 12 de noviembre, -FJ. 4°-, (que como veremos en el capítulo siguiente es muy interesante para nuestro estudio, ya que se pronuncia sobre la intromisión al honor de una persona fallecida) o la 185/89 de 13 de noviembre, -FJ. 4°-.

[44] En las STS de 28-10-86 (RJ. 1986\6015) -FJ. 4°-; de 4-11-86 (RJ. 1986\6205) -FJ. 4°-; de 13-12-89 (RJ. 1989\8827) -FJ. 1°-; o de 24-5-90 (RJ. 1990\4079) –FJ. Único-. A partir de estas resoluciones la jurisprudencia ha dado por supuesta la naturaleza relativa del concepto honor, sin necesidad de citarlo expresamente. También en parte de la doctrina podemos apreciar esta prevención, como en; LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 82, que hablan de un carácter relativo y multívoco.

[45] Los hechos que motivaron esta Sentencia fueron los siguientes; Gunilla O., (antes V.B.), conocido personaje público de la 'jet' marbellí, demandó a los responsables de "Ediciones Tiempo S.A." por unas declaraciones de unos antiguos empleados del hogar suyos publicadas por una revista de dicha empresa, en la que se desvelaba la veracidad de ciertos rumores que conocían los citados ex-empleados y se hacía cierta referencia a la ideología política de su padre. La demanda se desestimó en primera y segunda instancia y en casación, precisamente porque el honor, a tenor del art. 2 de la LO. 1/82 es relativo, y depende de los propios actos del afectado y de su naturaleza social.

[46] Ya que también se pronuncian de la misma manera las de; 23-3-87 (RJ. 1987\1716) –FJ. 7°-; 22-10-87 (RJ. 1987\7309) –FJ. 1°-; 30-3-88 (RJ. 1988\2573) –FJ. 9°-; 5-5-88 (RJ. 1988\3881) –FJ. 3°-; 23-2-89 (RJ. 1989\1520) –FJ. 3°-; 2-3-89 (RJ. 1989\1748) -FJ. 3°-; 24-4-89 (RJ. 1989\3254) –FJ. 5°-; y de 12-5-89 (RJ. 1989\3763) –FJ. 5°-.

no puede llevarnos a negar rotundamente, como se hace en cambio en la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una *intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a labor profesional*, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace *esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona*».

Como decíamos ésta es ya la línea que adopta la jurisprudencia a partir de la citada sentencia, sin que en la actualidad nos quede duda de que la misma admite la lesión del derecho al honor cuando se ataca al prestigio profesional, ya que dicho ataque afecta al primero. Esta línea se aprecia tanto en el TC en las STC 223/92 de 14 de diciembre –FJ. 3°-, la 76/95 de 22 de mayo –FJ. 4°-, y la de 180/99 de 11 de octubre –FJ. 4°-; como el TS, de las que podemos señalar, entre dichos años las sentencias de 31-7-92 (RJ. 1992\6509) –FJ. 4°-, 18-11-92 (RJ, 1992\9235) –FJ. 2°-, 24-5-94 (RJ. 1994\3737) –FJ. 1°-, 12-5-95 (RJ. 1995\4231) –FJ. 3°-, 27-5-95 (RJ. 1995\4135) –FJ. 9°-, o la de 21-1-99 (RJ. 1999\416) –FJ. 1°-.

3.1.3.- Situación del derecho al honor tras la muerte de su titular.

En el presente epígrafe tratamos de analizar cuál es la situación del derecho al honor una vez que fallece su titular, siempre a partir de la definición que en la actualidad nuestro sistema jurídico contempla para el mismo y que acabamos de exponer.

El honor lo hemos de considerar como un derecho de la personalidad cuyo fundamento es la dignidad de la persona, y que se desdobla en dos aspectos. Uno personal o inmanente, íntimamente ligado a la esencia de su titular que definiríamos como el sentimiento de la propia estima. El segundo sería social o trascendente, únicamente relacionado con la vida en sociedad del individuo, que podemos definir

al honor, son los siguientes; En un reportaje emitido en 'Informe Semanal', programa de "Televisión Española S.A.", un individuo, con la cara tapada, acusaba a un abogado, Emilio P. de sobornar en los juzgados a muchos profesionales, y ganar sus procedimientos de esta manera. También se informaba que dicho abogado había sido condenado por un delito de estafa, sin aclarar que dicha condena fue revocada en segunda instancia. La demanda interpuesta contra TVE por parte del abogado afectado fue estimada en primera instancia y desestimada en segunda instancia. Esta última sentencia fue casada por el TS. La resolución del TC desestima el amparo por prevalecer el derecho a la información, pero admite el prestigio profesional como integrante del derecho al honor.

como la consideración que se tiene en sociedad de determinada persona, plasmada en la reputación, el buen nombre o la fama que la misma goza entre los demás.

Con respecto a la relación que se produce entre estos dos aspectos, soy de la opinión, junto con la doctrina antes señalada, de que el trascendente, en la realidad jurídica y social que vivimos en nuestros días, ha cobrado una vital importancia, y se ha impuesto al personal.

En relación a la realidad jurídica, la legislación, a través de la LO 1/82 admite los dos tipos de lesión, inmanente y trascendente, como ya observamos en la redacción del artículo 7.7º; «lesionar la dignidad de otra persona» o «atentar contra su propia estimación» y «menoscabar su fama». Sin embargo, el artículo 9.3º, para analizar la mayor o menor gravedad del perjuicio sufrido por el titular del derecho, y además del beneficio del causante de la lesión, únicamente se recoge el criterio de «la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido». Es decir, son graves las intromisiones en cuanto dañan el aspecto social del honor, no el aspecto inmanente.

En la aplicación de este artículo el propio TS ha ido todavía más allá, acentuando aún más la importancia del aspecto social, ya que es doctrina jurisprudencial consolidada el hecho de que si no hay divulgación de la intromisión se considera que ésta no existe. Al respecto la STS de 24-1-97 (RJ. 1997\19) –FJ. 1º-[51] es meridianamente clara; «Cuyo aspecto, a su vez, se conecta con el elemento de la divulgación, *imprescindible para que pueda apreciarse intromisión ilegítima en el derecho al honor*»[52].

Por último, la realidad social impone en la actualidad la obtención de un prestigio social a todo aquel que quiera obtener éxito profesional en el ámbito en el que desarrolle su actividad, sea ésta académica, política, económica etc., o un éxito personal, lo que lleva a los ciudadanos a una mayor preocupación por el concepto

---

[51] Los hechos que la motivan son los siguientes; Matías R. S. formuló demanda de protección civil del honor contra María B. O., su esposa, de la que estaba separado y Francesc S., Pedro C., José A. y Jaime J. como periodistas y director de "Hora Nova, S. A.", ya que este medio de información había publicado unas expresiones de la esposa en la que acusaba a su marido de homosexual y de maltratar y someter a tocamientos y abusos a un hijo de ambos. Las diversas sentencias de primera, segunda instancia y casación condenaron a la mujer y absolvieron a los periodistas.

[52] Sigue la misma sentencia acreditando lo consolidado de la jurisprudencia; «Así lo ha reiterado esta Sala: Sentencias de 18-7-89 (RJ. 1989\5721) («la acción nuclear estriba en la divulgación»), 30-12-91 (RJ. 1991\9485) («sin divulgación no hay imputabilidad»), 6-6-92 (RJ. 1992\5007) («exige una divulgación... lo que entraña una idea de publicidad»), 23-3-93 (RJ. 1993\3303) («como requisito ineludible, la concurrencia de la divulgación en orden a apreciar la existencia de una intromisión al honor») y 15-2-94 (RJ. 1994\1309) (hubo una «divulgación por el propio interesado»).

que los demás tengan de cada uno, restando importancia y conflictividad a los casos en los que las intromisiones al derecho al honor quedan en el ámbito de lo privado.

Centrados en el momento posterior al fallecimiento del titular del derecho al honor el aspecto personal, inmanente, del disfrute de la propia estima desaparece por hacerlo también el sujeto. Pero el aspecto social, trascendente, del derecho al honor, que es el que hoy en día ha adquirido una mayor relevancia jurídica, no desaparece en absoluto, y que tras la muerte seguirá existiendo esa consideración que se tiene en la sociedad de determinada persona, plasmada en la reputación, el buen nombre o la fama que la misma goza entre los demás, respecto a sus acciones en el transcurso de su vida.

Incluso en ciertos casos de figuras públicas de gran relevancia social esta concepción social se revitaliza y cobra mayor importancia y valoración, llegándose a ensalzar tras su fallecimiento, en determinados casos, a personas que en vida eran duramente criticadas. Esta situación se ha dado en nuestro país tanto con estudiosos, personalidades jurídicas (Don Juan de Borbón), líderes políticos (Dolores Ibarruri), o personajes dedicados a otras actividades de gran relevancia pública, como artistas (Lola Flores u otros) o toreros (Francisco Rivera), protagonistas de ese mundo de arte en el que tan importante es el prestigio social del artista.

A nuestro entender, a pesar de la teoría dominante de que los derechos de la personalidad desaparecen con la muerte, esta pervivencia del aspecto social del honor es perfectamente compatible con la legislación vigente y refleja, en cierto sentido, la pervivencia post-mortem del derecho en sí. En un principio porque, una vez aceptada las dos concepciones del mismo, el art. 32 de nuestro Código Civil; «La personalidad civil se extingue con la muerte de la persona», se ha de referir únicamente a la concepción inmanente, al propio principio de la personalidad civil, y no al aspecto social del derecho.

Por otro lado, la exposición de motivos de la LO 1/82 admite que «Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la *memoria* de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho». Dada la indefinición jurídica del concepto *memoria*, la misma se ha de identificar necesariamente con el concepto en sociedad de reputación, buen nombre o fama que los demás tienen del sujeto fallecido, es decir, con la concepción social del honor.

En esta misma filosofía que hemos expuesto aquí, la jurisprudencia admite implícitamente (ya que no declara la pervivencia de los derechos de la personalidad

post-mortem) la posibilidad de que el honor de un fallecido sea dañado, y por lo tanto, exista, no desaparezca. Citaremos algunas de las resoluciones, que serán estudiadas en profundidad en el siguiente capítulo[53]. En el TC la STC 172/90 de 12 de noviembre, -FJ. 4°- nos puede aclarar las dudas al respecto; «La información, al margen de su veracidad o falsedad, *lesionó de manera ilegítima* ***el honor*** *y la intimidad personal del piloto fallecido* puesto que, en el juicio que se hace sobre su personalidad, cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable...». También el TS ha dictado alguna resolución similar, como la de 26-1-98 (RJ. 1998\119) –FJ. 3°-, que estima que no se ha producido una intromisión porque «Lo que no puede decirse es que (...) la noticia en sí misma, *tenía por finalidad lesionar o perjudicar* ***el honor*** *del finado».*

Como hemos visto, la jurisprudencia ha admitido la intromisión ilegítima en el derecho al honor de una persona fallecida, de lo que hemos de obtener la necesaria consideración de que se admite su existencia (lo que creemos referido a su aspecto social), pero algún autor concreto también ha expresado la misma idea[54]. LACRUZ[55], por ejemplo, refleja claramente su opinión «Extinguida la persona, deja de ser centro de poder y de responsabilidad, mas persiste la operancia de su voluntad pretérita (...) *y el derecho a la buena fama y la propia reputación»* (recordemos aquí como la doctrina italiana asimila reputación a concepción social del honor). Pero incluso YSAS SOLANES[56], que estudia la situación post-mortem en concreto, primero sigue la doctrina dominante «La LO 1/82 protege la memoria del fallecido. Se protege la memoria que es lo que resulta dañado, no al fallecido que ya no existe y no tiene derechos»[57], para después, cuando estudia en concreto el derecho al honor

[53] En el siguiente capítulo, en el que estudiamos la situación de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular de manera conjunta recogeremos detalladamente todas y cada una de las sentencias que se han pronunciado en esta línea, y en ese momento expondremos los hechos que motivaron los procedimientos y analizaremos pormenorizadamente sus argumentaciones jurídicas, sus fundamentos de derecho.

[54] Reiteramos aquí lo antes comentado. En este lugar únicamente reflejaremos alguna postura similar a la jurisprudencial, pero el análisis pormenorizado de todos los autores que han tratado los derechos de la personalidad post-mortem y en base a qué hipótesis han opinado que se basa la defensa de éstos por parte de los familiares será llevado a cabo con gran detenimiento en el segundo capítulo de esta segunda parte.

[55] Vid. LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 179.

[56] Vid. YSAS SOLANES, ob. cit. nota 31.

[57] Vid. YSAS SOLANES, ob. cit. nota 31, pág. 793.

exponer que «*El honor del fallecido puede verse afectado, igual que el de una persona viva*»[58]. Si puede verse afectado será que sigue existiendo, al menos en su aspecto social.

Hasta aquí el análisis concreto del derecho al honor. Estimo que el mismo, en su aspecto social, que hoy en día tiene mayor importancia que el personal, sigue existiendo tras la muerte de la persona, e incluso, en ocasiones, adquiere mayor relevancia y valor, con lo que requiere una protección muy cuidadosa. Hemos podido apreciar cómo en ocasiones esta opinión la ha refrendado la jurisprudencia, y cómo algún autor ha mostrado similar filosofía.

La situación de los derechos de la personalidad post-mortem en general, abarcándolos todos, y todas las opiniones doctrinales y jurisprudenciales del por qué de su defensa tras la LO 1/82, tanto las que niegan la existencia post-mortem de los derechos, como las que la admiten (línea en la que nos situamos nosotros), será analizada en el siguiente capítulo.

[58] Vid. YSAS SOLANES, ob. cit. nota 31, pág. 809.

3.2.- Derecho a la imagen.

3.2.1.- Introducción.

El derecho a la imagen no se nos presenta con unos precedentes históricos tan remotos como el derecho al honor, que se comenzó a proteger desde las acciones contra la injuria del derecho romano. La protección de la imagen surge, en un inicio, como una derivación de la del honor. Es en el siglo pasado, con la aparición de la fotografía y, con ella, la progresiva generalización de la toma de imágenes de los demás, cuando se aprecia la necesidad de regular el derecho a la imagen de manera independizada[59].

A partir de ese momento va surgiendo paulatinamente la regulación del derecho a la imagen en la práctica totalidad del derecho europeo[60]. En esta evolución encontramos un detalle digno de destacar con relación al tema central de nuestra tesis, y es el de que unas de las primeras resoluciones prácticas de la protección del derecho a la imagen tanto en Francia como en Alemania se producen por situaciones en las que se había publicado la imagen de personas fallecidas[61]. Esta circunstancia, que trataremos con detenimiento en el siguiente capítulo de la presente tesis doctoral, nos refleja claramente cómo la intromisión de este derecho estuvo muy ligada en sus inicios a la del derecho al honor, ya que se desprende que en esas situaciones de imágenes en el lecho de muerte se veía muy afectado este último derecho.

Pero, alejados ya de esos inicios, es de destacar que el derecho a la imagen ha experimentado una evolución realmente destacada en los últimos tiempos,

---

[59] En la misma línea de situar el inicio de la preocupación por la regulación de la imagen de una manera autónoma con relación al honor y a raíz de la aparición de la fotografía se sitúan las palabras de ESTRADA ALONSO, E., *El derecho a la imagen en la LO. 1/82 de 5 de mayo*, AC, nº 25, Junio 1990, pág. 347; «La preocupación jurídica por el derecho a la imagen, adquiere especial relevancia con el desarrollo de los sistemas fotomecánicos –especialmente con la invención de la fotografía en el año 1839- y el consiguiente apogeo de los instrumentos de reproducción de la imagen de una persona».

[60] Como ya reflejamos con anterioridad, para el interesado en este tema concreto, y dado que nuestro objeto en este momento no es el desarrollo histórico del derecho a la imagen, sino únicamente su concepción actual, un completísimo estudio del origen del mismo en los principales sistemas jurídicos extranjeros, como el francés, belga, alemán, anglosajón (tanto estadounidense como británico), austríaco o italiano lo podemos encontrar en; FERRARA, L., *Il diritto sulla propia immagine*, Roma, 1942, págs. 17 a 152.

[61] Se trata en ambos casos de la publicación de la imagen en el lecho de muerte de figuras de trascendencia pública. En Francia, de la actriz Rachel –Tribunal Civil del Sena, 16-6-1858, D. 1858.3.62-, y en Alemania del Canciller Bismarck –Tribunal del Imperio, 21-12-1899; «Le droit d'auteur», 1902, pág. 17 y ss.

presentándose en la actualidad con unos perfiles muy concretos y determinados en nuestro derecho. Ya desde antes de la publicación de la Constitución Española, tanto en nuestro país como en el derecho extranjero, se produjo una gran evolución en el ejercicio del derecho a la imagen, relacionado con las personas que, debido a su profesión o a su condición social, han entrado en el plano público, y así los perfiles del derecho a su imagen se han visto resituados, tanto en el uso que éstos hacen de la misma como en lo que se considera intromisión y lo que no[62]. Es por ello por lo que, a nuestro entender, la imagen ha adquirido una gran importancia en la configuración general de la evolución de los derechos de la personalidad. Por esta razón aquí estudiamos su definición y su situación post-mortem justo a continuación de la del derecho al honor.

3.2.2.- Definición del derecho a la imagen.

3.2.2.1.- Definición legal.

En la regulación legal del derecho a la imagen nos encontramos con una situación similar a la del derecho al honor; no existe en nuestra legislación actual una definición del mismo[63]. Antes de analizar la legislación actual, debemos al menos recoger que en el derecho histórico español la imagen –o al menos un determinado aspecto de ella- fue el primer derecho de la personalidad que gozó de cierto grado de regulación. Esta regulación fue siempre incompleta y muy fragmentaria, refiriéndose siempre a la utilización o explotación económica de la imagen[64]. Así, muy superficialmente se reguló este aspecto del derecho a la imagen tanto en el Estatuto

[62] En su momento, en el epígrafe dedicado a los caracteres actuales con los que se nos presentan los derechos de la personalidad, ya analizamos la evolución que está experimentando el derecho a la imagen tras la publicación de la LO. 1/82 en relación al uso y explotación del mismo que ésta permite, con lo que se ha experimentado una progresiva disponibilidad y patrimonialización del mismo. En este epígrafe analizaremos lo que la doctrina y jurisprudencia entienden por derecho a la imagen hoy en día, lo que se considera como vulneración del mismo y lo que no, así como la forma en la que le afecta al mismo el fallecimiento de su titular.

[63] Como señalan CASTÁN T., *Derecho Civil...*, ob. cit. nota 1, pág. 400; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 67 y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en el FJ. 1° de la sentencia de 30-1-98 (RJ. 1998\358) recoge expresamente que; «Ni el artículo 18-1 de la Constitución, ni la Ley Orgánica contienen definición legal de lo que debe entenderse por imagen».

[64] Sobre el debate doctrinal que existe en la actualidad en nuestro derecho, en relación a si la actual regulación del derecho a la imagen recoge o no su explotación patrimonial, y sobre si se debería plasmar la misma en otro tipo de derecho, fuera de la teoría general de los derechos de la personalidad, trataremos en el apartado dedicado a la definición doctrinal de la imagen.

sobre Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929[65], como en el Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964[66].

Llegados al periodo constitucional, en nuestra Carta Magna la única mención, sin definición, que se hace en su texto del derecho a la imagen, la encontramos en su artículo 18.1; «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

En cuanto a la LO. 1/82, sigue la misma línea que nos había presentado en relación al derecho al honor. Ni en su articulado ni en su Exposición de Motivos define lo que entiende por derecho a la imagen, aunque sí lo hace de manera negativa, describiendo en su artículo 7, en relación con el 8, lo que entiende por intromisión del mismo. Es de destacar que, como veremos, en cuanto a lo que es intromisión o no, y más en concreto, en cuanto a las excepciones a la intromisión, la ley se extiende mucho más que lo que lo hacía para el derecho al honor[67].

Así, en el artículo 7 establece lo que es; «intromisión ilegítima» en los derechos que protege, refiriéndose en sus apartados 5º y 6º al derecho a la imagen. En el 5º establece que será intromisión; «La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8º 2». En el 6º regula como tal «La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

Por último, las excepciones en las que no se consideraba intromisión la captación de la imagen de alguien, a salvo el consentimiento, ¡y siempre sin fines

---

[65] Su texto refundido de 15 de marzo de 1930 se publicó en la "Gaceta de Madrid" el 7 de mayo de 1930. En este cuerpo legal, en su artículo 124, números 3º y 4º, se exige la autorización del afectado para registrar como marca el apellido de una persona o para utilizar con la misma finalidad el retrato de una persona como único elemento característico. No nos resistimos a dejar constancia de la existencia de esta regulación prácticamente en el primer cuarto de siglo, lo que, a pesar de su carácter limitado, reafirma lo contenido en la introducción del estudio de este derecho, sobre el origen del mismo en dicho momento histórico.

[66] De BOE. de 15 de junio de 1964, donde previene, en una cláusula demasiado general y aislada para ser eficaz en los tiempos en los que se publicó, sin ninguna otra regulación que la acompañase, en su artículo 7º, que no será lícita la publicidad que por cualquier causa lesione los derechos de la personalidad. Pero, como reflejábamos, no se disponía de una regulación o jurisprudencia que los desarrollase en todas sus manifestaciones.

[67] Quizás esto es así por tratarse de un derecho que sufre un desgaste muy continuado en las informaciones periodísticas diarias, y con ello el legislador, con la sana intención de limitar la litigiosidad, busca determinar con mayor precisión a priori lo que se ha de considerar intromisión.

económicos, sino informativos![68], se regula en el largo artículo 8.2°: «En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: *a)* Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. *b)* La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. *c)* La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria». El último párrafo matiza unas situaciones muy especiales; «Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza».

Como vemos la Ley es mucho más prolija en especificar los casos en los que no se entenderá que existe intromisión del derecho a la imagen, generalmente ligados al ejercicio de actividades en las que sus protagonistas voluntariamente se sitúan ante el ojo público y el escrutinio social[69], que en los que podía no existir intromisión al derecho al honor. Toda la regulación del derecho a la imagen se refiere al contacto que el mismo tiene con terceros, y cómo en unos casos se vulnera y en otros no.

Por último, antes de acabar con el estudio de la regulación en nuestro sistema jurídico quiero reflejar un hecho, con vistas a una discusión doctrinal que ya adelantamos[70], y que recogeremos a continuación. Éste es que dentro de la regulación de las intromisiones que sufre el derecho a la imagen *como derecho de la personalidad* la ley recoge también, en el apartado 6°, su utilización con fines «publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga». Esta prevención tendrá gran

---

[68] Aclaramos que sin fines económicos o publicitarios porque en los casos en los que se toman imágenes con esa finalidad se aplica directamente el artículo 7.6°. que determina que sin el consentimiento siempre hay intromisión, aplicándose las excepciones del 8 en los casos en los que se da un fin informativo.

[69] En el último capítulo de esta segunda parte de nuestro estudio se analizan los criterios la Jurisprudencia establece para analizar qué es intromisión y qué no, y cuándo prevalece el derecho fundamental a la libertad de expresión y de opinión y cuándo los derechos de la personalidad. Todo ello tiene relación con este artículo 8° 2°, ya que cuando una persona ejerce una profesión que, en aras a la formación de una opinión pública libre necesaria en nuestro estado social y democrático de derecho, se sitúa voluntariamente ante la opinión pública, el grado de protección de sus derechos de la personalidad (y por supuesto el de la imagen), disminuye. Ese último capítulo lo elaboramos con la intención de aportar, una vez analizada la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem, de qué manera se defienden o protegen.

[70] Ver nota 62.

importancia en nuestra toma de posición sobre si estos aspectos económicos del derecho a la imagen se han de desligar de éste como derecho de la personalidad.

Todo ello en relación al derecho español. Debido a que en la discusión doctrinal recogeremos posturas de autores italianos, muy interesantes en este estudio por la importancia que han tenido en la evolución de nuestra doctrina, nos disponemos a exponer brevemente la regulación actual del derecho a la imagen en el derecho italiano[71]. El artículo 10; «Abuso de la imagen de un tercero» del Código Civil italiano[72] establece que; «En caso de que la imagen de una persona o de sus padres, cónyuges o hijos sea expuesta o publicada fuera de los casos en los que la exposición o la publicación está consentida por la ley, o bien con perjuicio al decoro o la reputación[73] de la persona misma o de sus parientes, la autoridad judicial, tras solicitud del interesado, puede disponer el cese del abuso, a salvo el resarcimiento del daño».

Una ley poco anterior, la de 22 de abril de 1941 de protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio[74] regula el derecho a la imagen. Su artículo 96 establece que; «El retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o puesto en comercio sin el consentimiento de ésta, salvo la disposición del artículo siguiente. Después de la muerte (...)»[75]. El artículo 97 es el dedicado a recoger las excepciones ya vistas también en el derecho español; «No es necesario el

[71] No recogeremos aquí, salvo en esta nota, la legislación anterior a la actualmente en vigor, a pesar de presentar cierto interés y curiosidad. Así, en el R. Decreto legge 7 noviembre 1925, de disposiciones sobre el derecho de autor (2227 en G.U. 20 nov., n. 270), que en su artículo 11 recoge la imposibilidad de publicar y poner en comercio la imagen de una persona sin su consentimiento expreso o tácito. También recoge (recordemos, ¡en 1925!), y al igual que nuestra legislación actual, la posibilidad de revocar el consentimiento resarciendo el daño que sufra la persona a la que se consintió, así como la posibilidad de publicar la imagen si hay importancia científica, didáctica, cultural o si se refiere a un interés o un acontecimiento público.

De la sintonía y similitudes que existen entre la legislación italiana publicada ¡en 1925! y la española de 1982 podemos desprender con meridiana claridad la influencia que ha tenido el derecho italiano en la doctrina y legislación española de los derechos de la personalidad, y de ahí que hayamos considerado este derecho italiano como importante referente en el estudio de los mismos en nuestro sistema jurídico.

[72] Aprobado por medio de Regio decreto de 16 de marzo de 1942 – XX n. 262.

[73] Al respecto, recordamos la diferenciación que entre reputación y honor, aspecto social y personal, establece el derecho italiano, que ya recogimos aquí en el anterior epígrafe –nota 38-.

[74] G.U. 16 de julio de 1941 n. 166.

[75] La regulación italiana de la protección post-mortem, contenida tanto en la Ley de 1925 como en la de 1941, la recogemos al final de este estudio del derecho a la imagen.

consentimiento de la persona retratada, cuando la reproducción de la imagen es justificada por la notoriedad y el oficio público desarrollado, por necesidad de justicia o policía o por investigación científica, didáctica o cultural, o cuando la reproducción está relacionada a hechos, acontecimientos, ceremonias de interés público o desarrolladas en público. El retrato no puede tampoco ser expuesto o comerciado cuando la exposición o comercialización provoque perjuicio al honor, a la reputación o también al decoro de la persona retratada»[76].

3.2.2.2.- Definición doctrinal.

Analizando la posición de la doctrina española actual sobre el derecho a la imagen, dejando al margen el desarrollo histórico que del mismo se ha producido[77], encontramos algo muy parecido a lo que ya vimos sobre el derecho al honor, en cuanto a sus dos aspectos de los que consta, y a la valoración entre los mismos que hacen los distintos autores.

Sobre la primera circunstancia citada, la doctrina ha admitido con generalidad, y la podemos considerar como una opinión ciertamente pacífica, que el derecho a la imagen, en cuanto a su contenido tiene dos aspectos claramente diferenciados[78]. Siguiendo una Sentencia que en cuanto a la definición del derecho a la imagen hemos de considerar como clásica, la del TS de 11 de abril de 1987 (RJ. 1987\2703)[79], la citada opinión doctrinal considera que el derecho a la imagen

---

[76] Volvemos a destacar nuevamente la semejanza de esta regulación con el contenido de la LO 1/82 de 5 de mayo.

[77] Que no entraremos a analizar con detenimiento, por no ser el objeto del presente estudio, pero del que ya expusimos que, en opinión de ESTRADA, ob. cit. nota 59, la inquietud sobre el mismo se comienza a apreciar en el siglo pasado, y que en el primer cuarto del presente se reguló la explotación comercial de la imagen, lo que podemos considerar como primer intento en nuestro derecho de legislar sobre algún aspecto de los derechos de la personalidad.

[78] En esta misma línea y opinión doctrinal, podemos citar, entre otros, a; LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 206; PARRA LUCÁN, M., *De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad*, ADC. 1989 I, pág. 217; ROMERO COLOMA, A., *Los bienes y derechos de la* personalidad, Madrid, 1985, pág. 80; IGARTÚA ARREGUI, F., *La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona*, LL. 1990, I, pág. 1076; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 67; HERCE DE LA PRADA., V, *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona, 1994, pág. 16; O'CALLAGHAN. X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, págs. 116 y 117; MONTÓN GARCÍA, ob. cit. nota 5, pág. 874; CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 6, pág. 87.

consiste, por un lado, en poder disponer y usar de la misma por parte de su titular (aspecto personal, o en la terminología empleada en el derecho al honor, *inmanente*), y, por otro, en impedir su reproducción o divulgación por cualquier medio sin el consentimiento o autorización de su titular (aspecto social o trascendente)[80], relativo a terceros.

Con respecto a la segunda circunstancia que antes adelantábamos, de ponderación entre un aspecto u otro de los antes señalados, por la situación legal, jurisprudencial y social actual, una parte importante de la doctrina se ha decantado en otorgarle una mayor importancia al aspecto social, al de la exclusión de los terceros a reproducir o vulnerar la imagen de su titular, que al personal de disponer de ella. Esto ya fue así con la regulación anterior, que recogimos aquí, y lo podemos apreciar en la definición de GITRAMA[81] (quizás el mayor estudioso del derecho a la imagen anterior a la actual regulación), que se posiciona claramente en este sentido; «El contenido el derecho en estudio se centra fundamentalmente en un poder de exclusión. Su titular se halla facultado para impedir la reproducción, la exposición, la publicación, la puesta en comercio de su retrato...».

En la actualidad gran parte de la doctrina ha admitido esta mayor importancia del aspecto social o externo del derecho. Además de por la línea seguida por el citado maestro en el tema del derecho a la imagen, esto es debido al carácter claramente protector que como ya vimos presenta la LO. 1/82 con respecto a la plasmación del contenido del derecho a la imagen (que dedica tanto los apartados 5° y 6° de su artículo 7 como el 2° del 8 a establecer qué es intromisión y qué no, es decir, a proteger el derecho), así como al énfasis que, como veremos, la jurisprudencia hace en la citada protección[82].

---

[79] Que por supuesto recogeremos y analizaremos en el apartado próximo sobre la definición jurisprudencial del derecho a la imagen.

[80] Volvemos a dejar constancia, como ya lo hicimos con anterioridad en el apartado dedicado a la definición legal, que este aspecto abarca, con nuestra legislación actual, la posibilidad de uso y disposición del derecho a la imagen por parte de su titular (mediante contraprestación o no), pero siempre dentro de su concepción como derecho de la personalidad.

[81] En su obra; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Derecho a la imagen*, NEJ, 1962, pág. 338.

[82] Así, en esta doctrina más cercana a nosotros, que defiende la mayor trascendencia al aspecto externo de la imagen, defendiendo el mayor valor del aspecto trascendente, encontramos a; YSÁS, ob. cit. nota 31, pág. 811; ESTRADA, ob. cit. nota 59, pág. 348; MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 38; CARRILLO, *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental*, RJA., nº 18, 1994, pág. 15; LASARTE, ob. cit. nota 8, pág. 217; VILALTA, ob. cit. nota 31, pág. 8. También se sitúa en esta posición de darle mayor importancia al aspecto social, aunque su base jurídica sea diferente, a

Por último, en cuanto al estudio del derecho a la imagen en la doctrina española, y antes de entrar en una breve exposición de la situación en el derecho italiano, no queremos dejar de reflejar aquí un tema de discusión doctrinal que nos parece interesante y sin el que no dejaríamos expuestos todos los perfiles del estado actual de la cuestión. Se trata de si existe en el contenido del derecho a la imagen del derecho español actual una clara separación entre su carácter personal o personalísimo y su carácter patrimonial.

Esta discusión surge de la aplicación en nuestro derecho de una doctrina muy extendida en el derecho norteamericano, que es la de la diferenciación que en él se realiza entre el *Right of privacy*, es decir, un derecho a la privacidad y a evitar que terceros accedan a ella[83], y el *Right of publicity*, es decir, el derecho de toda persona a explotar su propio nombre y su imagen[84], independientemente de la protección que se le pueda ofrecer al aspecto más personal.

Algún autor español ha defendido la necesidad de adoptar esta doctrina en nuestro sistema jurídico, o de interpretar de esta manera la LO. 1/82[85]. Ante esta postura, que da por admitida en nuestro derecho la existencia de un derecho patrimonial sobre la imagen diferenciado del personal, hemos de manifestar una opinión contraria.

IGARTÚA ARREGUI, en *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajeno*, (Tecnos), Madrid, 1991, pág. 13, del que ya antes vimos que también acepta que existen dos aspectos.

[83] El *Right of privacy* surge como tal a raíz de un gran trabajo de WARREN y BRANDEIS, *The Right of privacy*, publicado en la Harvard, Law Review, en 1890, págs. 193 y ss. En la actualidad lo podemos considerar como el derecho que protege un conjunto de intereses muy vinculados a la personalidad humana, pero que en nuestro derecho no se pueden identificar sólo con un derecho, ya que abarcaría tanto el derecho al nombre, a la imagen, como a la intimidad.

[84] Que como tal se independizó del *Right of privacy* a raíz de una Sentencia en la que el Juez FRANK acuña el término, en 1953 (Haelan Laboratories, Inc. vs. Topps Chewing Gum, Inc. = 202 F. 2d. 866 ss. [2d Cir. 1953]). Se circunscribe únicamente a la posibilidad de explotar económicamente, a través de la publicidad u otro medio, la imagen y el nombre de una persona. Como vemos, está muy ligado a la, por otro lado clásica, norteamericana visión patrimonial de los negocios. Visión que, como ya vimos en el epígrafe dedicado a la patrimonialización de los derechos de la personalidad, en relación al derecho a la imagen se ha adoptado aquí por personajes de conocida fama pública.

[85] Los autores que en el derecho español basan su postura en considerar los diferentes aspectos (personales y patrimoniales) que abarca la LO. 1/82 son, entre otros; FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Explotación publicitaria de los bienes de la personalidad*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs. 313 y ss.; IGARTÚA ARREGUI, F., en varias obras; *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesis doctoral inédita . Universidad Autónoma de Madrid, 1986, págs. 489 y ss; o en toda la extensión de su texto que acabamos de referir; cit. nota 82. En ellos se pueden encontrar estudios más detallados del Right of Privacy y del Right of Publicity.

Y esto es así porque, independientemente de que fuese bueno que el legislador hubiese separado entre ambos aspectos, éste, voluntariamente no lo hace. En la misma LO. 1/82 (que en su exposición de motivos afirma regular estos derechos como de la personalidad), se regula la protección de estos derechos desde un punto de vista personal y la posibilidad que da a su titular de disponer de ellos (independientemente de la forma en la que lo haga, patrimonializándolo o no). El legislador ha querido, en su búsqueda de proteger de la manera más amplia posible estos derechos, que dentro del contenido de los mismos se sitúen tanto sus aspectos más puramente personales como su cada vez más creciente disponibilidad y patrimonialización, con lo que, y ésta es sólo nuestra opinión, creemos que en nuestro sistema jurídico el derecho a la imagen no se puede desmembrar entre un Right of privacy y un Right of publicity, y los posibles concretos aspectos patrimoniales de este derecho se han de considerar dentro de un todo que es el del derecho a la imagen como derecho de la personalidad[86].

Brevemente recogeremos la situación del derecho italiano con relación al derecho a la imagen. Debido a lo dilatado de la existencia de la regulación sobre el mismo, la doctrina y la jurisprudencia han experimentado cierta evolución en su concepción. Así, en la doctrina italiana se postula mayoritariamente la postura que recogimos anteriormente y que ha influenciado en la doctrina española, la de una mayor importancia al aspecto social de la imagen, y en algunos casos se admite éste como el único vigente en el derecho italiano[87], afianzando la posición de protección de este derecho frente a las intromisiones de terceros[88].

---

[86] Esto puede provocar situaciones que la doctrina antes citada califica como de difícil compatibilidad con la regulación del Código Civil del derecho de la contratación, en especial la posibilidad de que unilateralmente una parte contratante anule la validez del contrato revocando su consentimiento –art. 3.3° de la LO 1/82-. Ante esto, el legislador, al menos, tiene la prevención de salvaguardar los derechos de la otra parte contratante, obligando a quien revoca a una indemnización que abarque «los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas», pero la validez de dicha revocación es incuestionable, con lo que queda claro que se le da mayor importancia al aspecto personal del derecho a la imagen, dentro del que se engloba cualquier concreta consideración patrimonial. No obstante estas situaciones, consideramos que en derecho español no podemos considerar que el derecho a la imagen se pueda desmembrar en estos dos aspectos. El legislador mostró su voluntad al respecto y la jurisprudencia protege este derecho como un todo.

[87] Así; VERCELONE, P., *Diritti della personalidad*, Novissimo Digesto Italiano XII, Torino, 1965, pág. 1086; D'URSO, A., *Tutelabilità dell'immagine e limiti della tutela inibitoria*, RiTDPC, 1979, pág. 389; DE CUPIS, ob. cit. nota 17, págs. 285 y ss.; ALPA, G. y BESSONE, M., *L'informazione e i diritti della persona*, Nápoles, 1983, págs. 55 y ss.; PONZANELLI. G., *La povertà del «sosia» e la ricchezza delle «celebrità»: il «right of publicity» nell'esperienza italiana*, DinfInf,

También existe una corriente, que podríamos denominar como algo más afianzada en este sistema jurídico que la que reflejamos con anterioridad en el derecho español que expone la necesidad de separar el aspecto personal del derecho a la imagen del aspecto patrimonial, la publicity del ya citado derecho norteamericano[89].

3.2.2.3.- Definición jurisprudencial.

La jurisprudencia que se ha dedicado con una cierta asiduidad a definir el derecho a la imagen ha sido la del Tribunal Supremo, ya que la del más alto intérprete constitucional no ha reparado generalmente en este problema de la definición, limitándose, y sólo en algunos casos, a dar amparo o no al derecho[90]. Entrando en estas resoluciones, hasta 1987 no encontramos una clara definición del derecho a la imagen, aunque, podemos decir, una vez que ésta aparece se convierte casi en definitiva[91].

Así, llegados a este año, aparece ante nosotros el momento fundamental en el que la jurisprudencia de nuestro país aporta la principal definición que hasta el momento existía sobre el derecho a la imagen, y que a su vez ha sido seguida con posterioridad tanto por la jurisprudencia posterior como por la generalidad de la

---

1988, pág. 127; SAVINI, A., *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Milán, 1989, pág. 6.

[88] Esto puede ser debido a que, como ya recogimos con anterioridad, en una línea que siguió posteriormente la LO. 1/82, los artículos 96 y 97 de la Ley de 22 de abril sobre el derecho de autor se ocupan únicamente de la necesidad de consentimiento del titular del derecho a la imagen para su publicación por un tercero, y de las ocasiones en las que ese consentimiento no es necesario, pero no del disfrute del titular.

[89] Así, en el derecho italiano, en esta postura, encontramos a; GATTI, S., *Il "diritto" alla utilizzazione economica della propia popolarità*, RiDCo., 1988 I, págs. 355 y ss.; SCOGNAMIGLIO, C., *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e del'immagine delle persone celebri*, DinfInf, 1988; ORESTANO, A., *Immagine, persona e relazione di mercato*, RiCDP., 1991, págs. 913 y ss.; VERCELLONE, P., *Diritti della personalità e "Rights of publicity"*, RTDPC., 1995, págs. 1163 y ss.

[90] Una Sentencia muy importante de nuestro Tribunal Constitucional (que ya ha sido nombrada con anterioridad) es la 231/88, que estudia la publicación y comercialización de las imágenes de la agonía de un torero. No entra a definir el derecho, y será tratada justo a continuación, y con más extensión en el segundo capítulo del presente estudio, por tener aspectos de interés con relación a la situación del mismo post-mortem.

[91] Antes hay alguna sentencia, como la de 9-11-85 (RJ. 1985\5349) –FJ. 2°-, en las que se estudian posibles intromisiones en el derecho, pero que no lo definen.

doctrina[92]. Esta definición es la que contiene la Sentencia de 11-4-87 (1987\2703)[93], que en su FJ. 1° realiza varias definiciones de imagen, jurídicas y no jurídicas, cuando nos dice que; «Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, **en sentido jurídico,** habrá que entender que es "la *facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen* y, por ende, su *derecho a evitar su reproducción,* en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad"» (Las comillas son nuestras).

Como vemos en la misma se recogen los dos aspectos aquí citados en el estudio de la definición doctrinal (ya que la doctrina adoptó la definición que propone esta sentencia, en muchos casos citándola expresamente). Por un lado el personal, o facultad de *usar y disfrutar de la propia imagen,* y por otro el social o externo, o el *derecho a evitar su reproducción.* A partir de esta sentencia se produce la aceptación generalizada de que en nuestro sistema jurídico el contenido del derecho a la imagen se manifiesta en estos dos aspectos. Al respecto, la totalidad de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha estudiado el derecho a la imagen posteriormente ha acogido esta definición, y en la mayoría de los casos la han citado expresamente con referencia a la sentencia de origen[94].

Finalmente, no queremos acabar el estudio de la definición jurisprudencial del derecho a la imagen sin llevar a cabo un ejercicio que nos parece necesario para comprender su contenido, debido a la definición 'en negativo' que la LO. hace de

---

[92] Al respecto, el FJ. 1° de la sentencia de 30-1-98 (RJ. 1998\358), citada en la nota 63, respecto al derecho a la imagen recoge que; «Ha sido la jurisprudencia de esta Sala la que ha venido a delimitar su concepto, al declarar que ha de entenderse por tal figura...».

[93] Los hechos que provocaron esta Sentencia fueron: El partido político ERC utilizó en una propaganda electoral un cartel en el que aparecía la imagen de unos trabajadores a la salida de la fábrica en la que trabajaban, y en la que se había introducido, mediante composición fotográfica una determinada bandera, todo ello sin autorización de los citados trabajadores. Éstos interpusieron demanda sobre protección general de los derechos fundamentales, en concreto el derecho a la imagen contra el partido político y sus responsables. En primera instancia se condenó al partido a pagar la indemnización de 400.000.- pesetas. Ante sendas apelaciones se acogió lo solicitado por los demandantes, y se amplió la indemnización a 1.000.000.- de pesetas. Los recursos de casación interpuestos por ambas partes no fueron acogidos por el TS, ni incrementando la indemnización ni observado falta de intromisión.

[94] Así, siguen la sentencia de 1987 las siguientes; 29-3-88 (RJ. 1988\2480) –FJ. 2°-; 9-5-88 (RJ. 1988\4049) -FJ. 3°-; 9-2-89 (RJ. 1989\822) –FJ. 1°-; 25-4-89 (RJ. 1989\3260) –FJ. 1°-; 19-10-92 (RJ. 1992\8079) –FJ. 1°-; 3-10-96 (RJ. 1996\7012) –FJ. 2°-; 7-10-96 (RJ. 1996\7058) –FJ 5° y 7°-; 30-1-98 (RJ. 1998\358) –FJ. 1°-; 18-7-98 (RJ. 1998\6278) –FJ. 1°-.

este derecho, y es el de establecer cuáles han sido las acciones que nuestro Alto Tribunal ha considerado como intromisiones del mismo y cuáles las que no.

Se ha estimado como tal, a raíz de la claridad de la redacción del artículo 7.6° de la LO. 1/82, el uso y el comercio sin permiso de la imagen de un tercero, con mayor gravedad si se buscaba un beneficio económico[95], pero también cuando éste no estaba presente[96], aunque en algún caso no se ha considerado como tal cuando el aspecto económico era irrelevante en comparación con otra finalidad cultural, a tenor del artículo 8.1° del citado cuerpo legal[97]. También se ha considerado intromisión cuando, por la forma y el contexto de la publicación se han desvirtuado las características o la imagen de alguien[98]. Obtener una imagen de alguien que con sus hechos ha demostrado claramente que en ese preciso momento quería quedar fuera de la vista pública también se ha considerado intromisión[99]. Por último, las caricaturas de figuras públicas, reguladas expresamente en el artículo 8.2° b de la LO. 1/82 se consideran como no vulneradoras del derecho, toda vez que se admiten en el

---

[95] Lo que ocurría en las STS de; 21-1-88 (RJ. 1988\131), en la que se utiliza el nombre de un 3° sin su permiso para promocionar una obra, con la frase del estilo «Último trabajo realizado junto a 'X'»; 9-5-88 (RJ. 1988\4049), por la comercialización de la imagen de jugadores profesionales de fútbol (ya lo vimos en la nota 182 de la parte preliminar); 3-10-96 (RJ. 1996\7012), por la comercialización de la imagen de deportistas olímpicos por una marca de cerveza, sin su permiso (Como vemos, la comercialización de la imagen de personajes conocidos es muy delicada y frecuente, con o sin su consentimiento); o también la ya vista de 11-4-87 (RJ. 1987\2703), con sus hechos referidos con anterioridad, por un uso análogo al comercial, el propagandístico.

[96] Como observamos en las STS de; 19-10-92 (RJ. 1992\8079), en la que se publicaba la imagen de un menor en diálisis en una publicación oficial de información educativa de una Consejería de sanidad de una CCAA,: 7-10-96 (RJ. 1996\7058), en la que se usaba la imagen de dos personas que estaban en la calle en una campaña de orientación ciudadana de un ayuntamiento, todo ello sin autorización de los afectados o sus padres. Como vemos, no existe un interés económico, pero sí se sitúan estos casos en la expresión fines; «de naturaleza análoga» del artículo 7.6° de la LO. 1/82, y no queda justificados por el amparo del artículo 8.1° de la misma; Incluso en la STS 18-7-98 (RJ. 1998\6278), se especifica que es necesario solamente que se pueda suponer de quién se trata, sin ser necesario que se identifique expresamente a la persona.

[97] Como se estimó en la STS de 21-12-94 (RJ. 1994\9775), en el que se reprodujo un cartel original de una zarzuela representada en 1934, sin la autorización de los herederos de la artista principal. Se consideró que era un cartel con gran interés artístico e ínfimo valor crematistico. A continuación veremos sus implicaciones en la defensa de la imagen post-mortem.

[98] Como observamos en la STS 2-12-93 (RJ. 1993\9484), en la que, en un reportaje de un programa de televisión sobre la homosexualidad se insertaron imágenes de una película en la que dos actores, en el ejercicio de su profesión, interpretaban a dos homosexuales.

[99] Se produce en la STS de 29-3-88 (RJ. 1988\2480), en la que se tomaron imágenes en top-less de una actriz que se podía considerar como conocida, pero que se había desplazado a una playa recóndita, en clara intención, según el juzgador, de demostrar por sus actos propios su voluntad de no ser fotografiada y esconderse a tal efecto.

uso social actual, sin que el artículo se pueda interpretar de una manera demasiado laxa.[100].

3.2.3.- Situación del derecho a la imagen tras la muerte de su titular.

Así pues, tras todo lo analizado, hemos de considerar el derecho a la imagen como un derecho de la personalidad que se desdobla en dos aspectos, el personal o inmanente, de disfrutar de la imagen que el titular tiene, y el social o trascendente, con efectos en terceros, que es el derecho a evitar que los demás reproduzcan la imagen o comercien con ella sin que el titular preste su consentimiento (salvadas las excepciones en las que la legislación permite a cualquier tercero la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento).

También soy de la opinión de que el aspecto social es hoy por hoy el más importante, por varias razones. La primera es la de que la LO. 1/82 regula la plasmación y protección del derecho a la imagen en la perspectiva unidireccional de la posibilidad de su titular de evitar que los terceros la reproduzcan. Aunque así se logre un disfrute propio de su derecho –aspecto personal-, el punto de vista que toma la ley es el social, dejando al primero en un segundo plano. La segunda es que la jurisprudencia que hemos analizado centra también su acción de protección del derecho en su aspecto social. La última la podemos calificar de sociológica; en la sociedad de la imagen de hoy lo que prevalece es que cada uno pueda disponer de cómo se usa su imagen y de cómo ésta llega a los terceros, ya que así será cómo podrá disfrutar de ella o no.

También hemos de tener en cuenta que dentro de la regulación de la imagen como derecho de la personalidad se ha producido una potenciación de la posibilidad de disposición de la misma, con o sin contraprestación por ello, lo que, unido a la práctica social, ha provocado una progresiva patrimonialización de la concepción del derecho de la imagen (así como de otros derechos de la personalidad, aunque en menor medida), dentro de la concepción general del mismo como derecho personalísimo.

---

[100] Se entiende que las mismas, que observamos a diario en los periódicos españoles, no constituyen intromisión. Podremos apreciar mejor su consideración en la comparación de dos sentencias diferentes; La STS de 7-5-90 (RJ. 1990\3736) estima como asimilable a la caricatura un artículo burlesco y jocoso publicado en una revista dedicada exclusivamente al humor. La de 20-3-93 (RJ. 1993\3810) estima que no se puede asimilar a ellas expresiones proferidas en un programa de radio de deportes que se burla de las características físicas de un dirigente deportivo.

Analizaremos la situación post-mortem del derecho a la imagen a partir de esta caracterización. Con ella, la situación en la que el mismo se encuentra tras el fallecimiento de su titular es la de que este aspecto social, que es preponderante, sigue existiendo y vigente ante nosotros, ya que tras dicho momento se sigue protegiendo y prohibe el uso del derecho por los terceros igual que en vida del titular. Las intromisiones de los apartados 5° y 6° del artículo 7 de la LO. 1/82 son igualmente válidas para determinar cuándo o cuándo no se produce la intromisión en el derecho a la imagen de una persona viva que de un fallecido. Gracias a la referida legislación, artículos 4 y siguientes, se legitima a determinadas personas[101] a velar porque ese derecho no se vulnere. Pero el derecho que protegen no es en absoluto el de su propia imagen, esto queda claro, sino el de la imagen del fallecido que es la que puede haber sido vulnerada (se ha publicado o comercializado con imágenes suyas una vez muerto), y que pueden no tener nada que ver con la imagen de los sujetos legitimados, que siguen en vida[102]. Por todo ello, según nuestro entender, el derecho a la imagen, en su aspecto social, sigue plenamente vigente tras la muerte de su titular, y no desaparece con ella.

Esto es así en cuanto a las posibilidades que deja vigente la legislación actual. Pero si analizamos la poca jurisprudencia que nuestros altos tribunales han dictado en relación a la situación del derecho a la imagen tras la muerte de su titular podremos aportar más datos a la discusión científica que, creemos, reafirman nuestro posicionamiento.

En la única sentencia en la que nuestro intérprete constitucional se ha pronunciado sobre la relación que existe en el derecho a la imagen entre la vida y la muerte de su titular, en la conocida STS 231/88[103], la postura que toma la expresa de

---

[101] Estas personas son, por orden de prelación si existen, el designado por el fallecido en testamento, ciertos familiares legalmente determinados o el Ministerio Fiscal. Sobre los legitimados para accionar la defensa de los derechos de los fallecidos y la amplitud de su capacidad de actuar incidiremos en profundidad en el último capítulo de esta tesis doctoral, al que nos remitimos.

[102] Sobre la capacidad de los legitimados dedicaremos algún epígrafe posteriormente, pero nos parece interesante adelantar en este momento del estudio de la imagen post-mortem una reflexión. Ya que la Ley posibilita la existencia de un solo legitimado, la persona jurídica designada por el fallecido, o con la posibilidad que se nos presenta de que haya un solo legitimado ex lege (si un único familiar cercano sobrevive al titular del derecho a la imagen), este legitimado podría accionar en la defensa del derecho a la imagen del fallecido, pero, tal y como está plasmada la regulación de la citada LO 1/82, ¿Qué derecho defiende esta persona jurídica? ¿Y la física, si no ha sido dañado?. Evidentemente el derecho del fallecido.

[103] Sentencia que ya ha sido citada en la presente tesis doctoral, y que podríamos calificar de clásica en relación al tema central de esta tesis doctoral. Los hechos se centran en el intento de una

manera determinante, cuando en su FJ. 3º establece que, gracias al artículo 32 del Código Civil, el Tribunal no se pude pronunciar sobre la defensa de la imagen de un fallecido por que; «*una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad*, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales». Pero a nuestro entender, de los dos aspectos del derecho que ya hemos visto que tiene, esta resolución en el texto aquí citado se está refiriendo al personal, ya que en el mismo FJ. encontramos que el TC nos dice, sobre el aspecto social que; «el derecho a la imagen que se invoca es, en realidad, el **derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida** y de su eventual explotación económica, **protegible**, según la Ley 1/82 **en vías civiles**, y susceptible de poseer un contenido patrimonial...». Según nuestra opinión ya expuesta con anterioridad, la LO. 1/82 no regula un derecho patrimonial de la imagen diferenciado de su aspecto personal. La regulación es la del derecho de la imagen como derecho de la personalidad, y en la misma se protege la disposición y protección del mismo, tanto en vida de su titular como tras su muerte, sin establecer la característica de patrimonial de esa disposición o no (por otro lado, generalizada y evidente). Por ello coincidimos con el Alto Tribunal en que se puede proteger en vía civil la disposición de la imagen de una persona fallecida, **por lo que ese derecho a la imagen no desaparece**, todo ello independientemente de su patrimonialización o no.

Si analizamos la también escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha estudiado este tema sacamos la misma conclusión; el derecho a la imagen de una persona fallecida, en su aspecto social sigue plenamente vigente. En la STS de 25-4-89 (RJ. 1989\3260)[104] encontramos en su FJ. 1º que; «sus allegados están en su

empresa privada de comercializar una cinta de vídeo sobre la vida y la muerte del torero Paquirri, en la que aparecían imágenes de la cogida que sufrió en una plaza de toros (en Pozoblanco) y que le ocasionó la muerte, así como otras muy ligadas a la intimidad dentro de la propia enfermería de la plaza. Admitida la demanda por intromisión en los derechos de la imagen e intimidad propios y del fallecido por los Juzgados de Primera y de Segunda Instancia, el TS. la desestimó, sentencia que en amparo fue anulada por intromisión en la intimidad de la esposa del torero. Como hemos visto en el estudio actual del derecho a la imagen, se podría haber llegado al mismo resultado por la vulneración del derecho a la imagen del fallecido, protegido por su esposa, que, a nuestro entender y con la doctrina jurisprudencial del citado derecho existente hoy en día, es el resultado que hubiese derivado del procedimiento si se produjese en la actualidad. No obstante lo aquí recogido, esta Sentencia será analizada con mayor detenimiento en el siguiente capítulo del presente estudio.

[104] Es la sentencia que dicta el supremo en el tema comentado en la nota anterior, del conocido torero, tras recibir la anteriormente citada del TC que revoca la primera del Supremo, en la que se estima como existente la vulneración en el derecho a la intimidad personal de la esposa del torero fallecido.

legítimo derecho de no permitir que se difunda y comercialice la imagen de un ser querido». Si pueden evitarlo, el derecho a la imagen que defienden seguirá existiendo, y será el del ser querido (fallecido), no el suyo. Esta línea de interpretación se potencia cuando se recoge en el FJ. 4° lo contenido en el artículo 6 de la LO.[105], en el sentido de que no se podrá seguir la acción si el fallecido no lo hizo voluntariamente en vida y sí si se vio imposibilitado para ello. Esto es porque de lo que se trata es de la vulneración del derecho del fallecido, que es el trascendente, no el de sus familiares. Sobre este hecho volveremos a tratar en el capítulo siguiente.

La última sentencia del TS que se ha pronunciado sobre el tema nos parece definitiva en cuanto a la existencia del derecho de la imagen de un fallecido. Es la STS de 21-12-94 (RJ. 1994\9775)[106], que en su FJ. 3° nos aporta luz cuando defiende que; «Por ello **el derecho a la propia imagen de quien ha muerto** no cabe protección en dicha vía de amparo, **lo que no empece para poder ser protegidos en la vía judicial, por ser cuestión de legalidad ordinaria**».

En cuanto a la doctrina actual, esta opinión de pervivencia post-mortem del aspecto social del derecho a la imagen es minoritaria, aunque ya GITRAMA la adelantó en su momento[107], cuando nos decía que; «...aunque la personalidad se extinga por la muerte, ésta acaecida quedan vestigios relativamente importantes para merecer una protección jurídica: los restos mortales, la memoria, **el retrato**. (...) ...compete a los parientes reclamar **la cesación de la exhibición pública o de la venta de los retratos del difunto**».

En la actualidad, se ha pronunciado defensora de esta postura PARRA LUCÁN[108]; «En resumen, y en contra del criterio del Tribunal Constitucional[109], no

---

[105] Que dice así: «**1°.** Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4°. **2°.** Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere»

[106] Los hechos que la provocaron fueron los siguientes; En mayo de 1988, y en la intención de llevar a cabo y publicitar la reposición de una obra lírica representada el 31 de marzo de 1934, se publicó en prensa el cartel original de la misma, con la imagen de la actriz que la representó, ya fallecida, sin consentimiento de su única heredera, que interpuso demanda de protección del derecho a la imagen de su fallecida madre. La misma se desestimó en primera, segunda instancia y en casación. El Tribunal Supremo afirmó que, si bien el derecho a la imagen de la fallecida se podía haber vulnerado (porque existe), la intromisión no se producía en este caso en concreto por el gran interés cultural de la divulgación, unido al ínfimo interés económico, a tenor de lo contenido en el artículo 8.1° de la LO 1/82.

[107] En su obra de 1962; GITRAMA, ob. cit. nota 81, pág. 337.

cabe negar el contenido personal, extrapatrimonial del derecho a la imagen de una persona fallecida», y al igual que en su postura sobre el derecho al honor, negando primero que exista, en su estudio monográfico sobre los derechos de la personalidad, YSAS SOLANES[110] nos dice posteriormente que; «Con los ejemplos citados, está claro que la apropiación de la imagen de una persona, puede suceder tanto si se trata de una persona viva como muerta».

Con todo lo referido, queremos recalcar que, a nuestro entender, en el derecho español el art. 32 del Código Civil se refiere también al disfrute personal del derecho a la imagen, como sucede con el derecho al honor, no a la protección frente a la vulneración de éste por parte de un tercero, o a la capacidad del titular, o sus causahabientes una vez fallecido éste, de decidir en qué manera se dispone de él, que es la manera de la que, como hemos visto, se plasma el contenido del derecho a la imagen en el sistema jurídico patrio[111]. En cuanto a la concepción de la memoria, la propia ley, aunque en su exposición de motivos defienda lo contrario, posibilita que la totalidad de la extensión que le otorga al derecho a la imagen en vida de su titular siga existiendo tras su muerte.

No quiero acabar esta reflexión sobre el derecho a la imagen post-mortem sin recoger brevemente la situación existente en el derecho italiano, que con una regulación legislativa más desarrollada que la nuestra por su mayor longevidad ha evolucionado en una mayor medida que en nuestro derecho, y nos puede aportar

---

[108] Vid. PARRA LUCÁN, ob. cit. nota 78, pág. 220.

[109] Como ya comenté, en mi opinión, éste es el criterio sobre el que explícitamente se sitúa el Tribunal Constitucional, pero, implícitamente, de la redacción de la STC ya aquí recogida, estimamos que se desprende que cabe la protección del derecho a la imagen de un fallecido, con lo que, si se puede defender, este derecho existirá.

[110] Cfr. YSAS SOLANES, ob. cit. nota 31, pág. 811.

[111] Pensemos en un caso práctico que se nos de en nuestra realidad social con la estructura que el derecho a la imagen tiene en la actualidad en nuestro sistema jurídico. Si fallece un personaje público que haya designado a una persona como garante de sus derechos de la personalidad tras su muerte, o que sólo cuente con un heredero (o que siendo varios actúen con unanimidad), esta única voluntad puede decidir cómo se protege (y lo que tiene mayores consecuencias jurídicas ¡Cómo se explota!) el derecho a la imagen de esa persona fallecida, que seguirá existiendo y produciendo efectos jurídicos en toda su extensión. Pensemos, sin ir más lejos en la explotación (comercial o no) de la imagen de un personaje muy conocido, ex miembro de la casa real británica, tras su fallecimiento, por su hermano, que actúa en nombre de la familia. Este hecho estaría perfectamente ajustado a la legalidad vigente en la actualidad en nuestro país, y a la doctrina jurisprudencial existente, y plasma la existencia del derecho a la imagen tras el fallecimiento de su titular.

claridad en relación hacia dónde puede evolucionar nuestro sistema jurídico, y con él, la visión de la doctrina[112].

Ya desde mitad de siglo FERRARA[113], en su gran estudio sobre el derecho a la imagen, considera que la misma sobrevive al fallecido en las mismas características que en vida; «como existía en manos del autor», y así se transmite a sus herederos. Esta opinión, aunque no se pueda considerar como prevalente, sí la encontramos en la actualidad más asentada que en el derecho italiano que en el nuestro, siendo defendida la supervivencia de la imagen, el nombre, el honor o la voz, o, yendo más allá, argumentando simplemente que el derecho, tras la muerte de la persona sobrevive tal y como era[114]. Todo ello independientemente de las posturas sobre la supervivencia del aspecto patrimonial por los autores que aquí señalamos que lo defendían[115].

[112] Previamente, aquí recogeremos la legislación que antes dejamos sólo anunciada. La citada ley de autor de 1941, en su artículo 96 remite al artículo 93 en lo relativo a la imagen de la persona tras su muerte. Este artículo 93 establece que tras la muerte se necesita el consentimiento de los familiares para publicar la imagen del fallecido, y que se ha de respetar su voluntad si consta. Si no consta, y en caso de disenso entre los familiares, decide la autoridad judicial. Sigue siendo de destacar que, debido a su similitud entre ambas, esta legislación ha influenciado, evidentemente a la actual LO. 1/82 española.

[113] Y conociendo la vigencia de esa ley; Vid. FERRARA, ob. cit. nota 60, págs. 227 y 228.

[114] En la primera opinión, un poco más limitada podemos encontrar a VERCELONE, ob. cit. nota 87, pág. 1087 cuando nos dice que; «Pero a la persona le sobreviven el nombre, su honor e, incluso, incorporados a objetos materiales, su imagen que resulta de un retrato...». En la segunda, más "revolucionaria" si se quiere se sitúa, en su gran escrito dedicado íntegramente a la imagen, SAVINI, ob. cit. nota 87, págs. 108 a 111; «En realidad, puede decirse que la muerte de la persona extingue solamente su directo ejercicio de tutela del derecho sobre su propia imagen y no este último en toda su extinción. (...) ...el derecho en realidad, sobrevive tal y como era en vida». También encontramos en esta línea dos grandes estudiosos italianos sobre el derecho de la personalidad, como son ALPA, G., y BESSONE, M., ob. cit. nota 87, pág. 59.

[115] Los autores que defienden la existencia de un derecho de la imagen con contenido únicamente patrimonial, como es lógico, consideran que el mismo sobrevive al titular, y se transmite con la misma extensión que tenía en vida, lo que se conjuga perfectamente con la supervivencia post-mortem de los derecho patrimoniales. Así; GATTI, ob. cit. nota 89, pág. 363; SCOGNAMIGLIO, ob. cit. nota 89; ORESTANO, ob. cit. nota 89, págs. 923.

3.3.- Derecho a la intimidad.

3.3.1.- Introducción.

El estudio del derecho a la intimidad se nos presenta de gran interés para el tema central de nuestra tesis, gracias a que su naturaleza se centra en la relación que existe entre el propio titular del derecho de la personalidad y los terceros, la sociedad en la que el mismo vive, y esta relación, como ya hemos comentado anteriormente, el aspecto social de los derechos, puede seguir existiendo tras la muerte de su titular[116].

Lo tratamos en tercer lugar dentro de los derechos relativos a la esfera espiritual de la persona porque, de los tres derechos que regula la LO. 1/82 de 5 de mayo, la intimidad es el derecho que ha gozado de una menor atención doctrinal y jurisprudencial en nuestro sistema jurídico –y en parte del derecho extranjero-[117].

El origen histórico del derecho de la intimidad, desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo hemos de situar en el excelente trabajo, ya citado en este estudio, de WARREN y BRANDEIS[118], de finales del siglo pasado que se ha de considerar clásico para cualquier aproximación que se quiera realizar al mismo. Posteriormente, en derechos tan relativamente lejanos como son el español, el americano, o el italiano, la paulatina pero lenta aceptación de la existencia de un derecho a la intimidad considerado como tal, con una naturaleza jurídica desligada del derecho al honor y del de la imagen se produjo por el desarrollo jurisprudencial, en el que las resoluciones determinaban qué se debía considerar como intromisión en la intimidad y qué no[119].

---

[116] Y es en esta existencia de la relación del derecho con los terceros una vez sucedido el fallecimiento en la que en los dos epígrafes anteriores y en el actual hemos centrado nuestro análisis.

[117] Este hecho lo tendremos que tener en cuenta con posterioridad a la hora de definir la intimidad, ya que, como reflejaremos a continuación, existe un menor número de estudios que dedican toda su atención a este derecho, así como un menor número de resoluciones judiciales, todo ello en comparación con los dos derechos analizados previamente.

[118] Vid. WARREN y BRANDEIS, *The right of privacy (the implicit made explicit)*, HLR, IV,5, 1890. Trabajo fundamental, ha sido publicado en la actualidad en Madrid, por la editorial CIVITAS, en 1995, en una edición a cargo de PENDÁS, B., y BASELGA, P.

[119] Varios estudios analizan esta evolución jurisprudencial. Podemos citar aquí, por ejemplo el de O,CALLAGHAN, ob. cit. nota 74, págs. 85 a 90. Un trabajo muy interesante y ciertamente detallado sobre los remotos precedentes históricos del derecho a la intimidad, que se remonta incluso a la concepción de lo público y de lo privado en Grecia y en épocas posteriores, lo podemos encontrar en; LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad; Jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1996, págs. 169 a 179.

Antes de entrar en el estudio de las diferentes definiciones que se dan en nuestro derecho sobre la intimidad hemos de tener en cuenta que, como ha reflexionado ya la doctrina en numerosas ocasiones, centrar una definición jurídica del mismo es especialmente dificultoso [120], ya que estamos ante una realidad ligada al núcleo más profundo, esencial, primario y puramente interior de cada uno como persona, y que también es realmente complicado establecer cuál es la esfera privada del hombre, con límites concretos, y sobre ello cada jurista, como tal y como persona, podrá tener, con toda probabilidad, una opinión diferente.

3.3.2.- Definición del derecho a la intimidad.

3.3.2.1.- Definición legal.

En el derecho español no contamos con una definición legal del derecho a la intimidad. Creemos que la explicación de este hecho hemos de encontrarla en la dificultad que se corresponde de la naturaleza del mismo para poder acotarlo en una definición que acierte a plasmar todo su contenido y sus difusos límites. Así lo creemos porque, si el legislador no aporta una definición, no es por falta de regulación de la prohibición de las vulneraciones del derecho, tarea que, como veremos, sí acomete la legislación decidida y ampliamente.

Sin centrarnos en el constitucionalismo histórico español[121], o en nuestro derecho penal[122], en el derecho civil, hasta la promulgación de la LO. 1/82 algo se ha

---

[120] Autores que se han manifestado claramente sobre la dificultad de tratar el tema de la definición de la intimidad no escasean. Podemos citar a; PUENTE MUÑOZ, T., *El derecho a la intimidad en la Constitución*, ADC. IV, 1980, pág. 920; LÓPEZ JACOISTE, J., *Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil*, en "Homenaje a Vallet de Goytisolo", vol. V., Madrid, 1988, pág. 547; GARCÍA GARCÍA, C., y GARCÍA GÓMEZ, C.,; *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Murcia, 1994, pág. 23; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 78, pág. 85; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 40, pág. 59; LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 119, pág. 187.

[121] Podemos citar un completo estudio de las manifestaciones de la protección de la intimidad en las Constituciones españolas de 1812, 1837, 1845, 1856, 1869, 1873, 1876, 1929 y la de 1931 en la obra de; FARIÑAS MANTONI, L., *Derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, págs. 240 y ss.

[122] En el antiguo Código Penal (texto refundido de 1973) se protegía la intimidad del domicilio en los artículos 191.1, 490 y 492; la documental en el 191.1.3 y en el 192; la de las comunicaciones en el 497; la laboral en los artículos 360., 367 y 499. En el Código penal vigente (Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre) se sistematiza más la materia en el Título X, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio». El Capítulo I «Del descubrimiento y revelación de secretos» contiene los artículos 197 a 201 y el segundo, «Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público», del 202 al 204.

regulado, aunque de manera nada sistemática, sobre este derecho. Así, encontramos ejemplos de la protección del derecho a la intimidad en las medidas del juez para no atacar el pudor de la viuda (art. 960.2), las posibilidades de testar en la intimidad, (testamento ológrafo del art. 688 o cerrado del 706), las servidumbres de luces y vistas (arts. 580 a 585), la reserva en los casos de filiación adoptiva (art. 175.2) u otros de poca importancia. En la época preconstitucional la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 limita en su artículo 2 la libertad de expresión y el derecho a la difusión para; «la salvaguarda de la intimidad personal y familiar»[123].

En cuanto a nuestra Carta Magna, ya hemos recogido en este trabajo el único texto en el que se regula la intimidad, en su artículo 18.1; «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

En la LO. 1/82 se dedica una gran atención a la intromisión que pueda sufrir el derecho a la intimidad en relación a la que se le dedica a los del honor o la imagen. Así, los cinco primeros epígrafes del artículo 7, (dedicado a las intromisiones) regulan únicamente las del derecho a la intimidad, quizás por ser el derecho que más difusos tiene sus límites y que claramente roza con el derecho a la libertad de expresión, pero tampoco se aporta la definición de lo que se ha de entender por derecho a la intimidad.

Estos apartados estiman como intromisión; «1.- El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para *grabar o reproducir la vida íntima de las personas.* 2.- La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio *para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.* 3.- La *divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia* que afecten a su reputación y buen nombre, así como *la revelación o publicación del contenido de cartas o memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.* 4.- *La revelación de datos privados de una persona o familiares conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.* 5.- La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o *momentos de su vida privada* o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8°2.»[124].

[123] Como vemos esta regulación es muy incompleta, y además, respecto a esta última legislación, hemos de circunscribirla a un régimen político que no se caracterizaba por el respeto a la libertad de expresión y a la salvaguardia de los derechos individuales, entre ellos los derechos a la personalidad.

Con respecto a la regulación española, antes de cerrar su estudio, hemos de destacar que, siendo el tema de la protección de la intimidad tan delicado en relación a la existencia de nuevas tecnologías y a su posible uso fraudulento, el legislador se ha visto en la inexcusable necesidad de reaccionar mediante la promulgación de la Ley Orgánica 5/92 de 29 de Octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal[125] y la legislación que de ella deriva, así como la creación de un órgano administrativo que vele por el cumplimiento de dicha normativa[126].

Por último, citaremos aquí brevemente la incuestionable realidad de que la intimidad ha sido regulada en el derecho comparado con asiduidad y con bastante atención, en ocasiones con anterioridad a su regulación en nuestro sistema jurídico, como sucede en el derecho francés[127] o en el del resto de ordenamientos extranjeros, realidad que, por no ser objeto de la presente tesis doctoral no analizaremos en este momento con detenimiento[128].

---

[124] De esta redacción legal aquí recogida no podemos menos que opinar sobre su inadecuación por la falta de claridad que presenta sobre las violaciones que sufre un derecho u otro. Y esto es así, entre otras cosas, porque, como vemos, en el apartado 3 se vincula la violación de la intimidad con la del honor, cuando no necesariamente debe ser así, ya que se puede vulnerar el derecho a la intimidad sin afectar al honor; y en el apartado 5 se produce la misma confusión entre intimidad e imagen. Esta opinión sobre la inadecuación de la redacción de la Ley no es única, y la podemos encontrar también, por ejemplo, en; IGARTÚA ARREGUI, F., *La protección del honor y la intimidad*, PJ., 1987, págs. 93 a 95.

[125] Que con publicación en el BOE. nº 262 de 31 de octubre de 1992 establece la metodología de protección del derecho a la intimidad, así como los medios para la misma, pero que tampoco nos ofrece su definición, ya que en su artículo 3º define como «Datos de carácter personal» a «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» de una manera demasiado genérica. Esta regulación especifica, acorde con el artículo 16.2 de nuestra Carta Magna que se consideran «Datos especialmente protegidos» los relativos a «ideologías, religión o creencias». El imparable avance de la tecnología y la realidad social y virtual hace que la regulación sobre el tema no sea fácil, y que queda obsoleta rápidamente, ante lo que se ha tenido que reaccionar respecto a este tema y se ha vuelto a regular sobre él en la LO. 15/99 de 13-12 sobre Protección de datos de carácter personal, desarrollada por el RD. 994/99 de 11 de junio (Reglamento de medidas de seguridad de ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal), regulación sobre la que no vamos a incidir, por no ser objeto del presente estudio.

[126] Agencia de Protección de Datos que da curso a las solicitudes de los ciudadanos de protección de su intimidad y que año a año va publicando sus memorias anuales en las que repasa su actuación, las tendencias legislativas y judiciales, el análisis de los diferentes problemas que surgen en su actuación, así como instrucciones sobre el uso de ficheros que se consideran especialmente sensibles.

[127] Con la ley francesa de 6 de enero de 1978, que contempla todas las hipótesis de captación de datos íntimos, mecánicas, ópticas, electrónicas, informáticas etc.

3.3.2.2.- Definición doctrinal.

El derecho a la intimidad ha tenido una mayor dificultad que los derechos al honor y a la intimidad para ser aceptado en nuestro sistema jurídico como un derecho con existencia autónoma. Y esto es así porque en el inicio de los estudios de los derechos de la personalidad en el derecho español desde una perspectiva general, el derecho a la intimidad siempre apareció ligado a otros derechos, o directamente dependiente de ellos[129].

Ya con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 1978 va cambiando paulatinamente esta tendencia y se comienza a reconocer el derecho a la intimidad con una existencia propia y plena[130], para pasar a ser tema fuera de toda discusión, como no podía ser de otro modo, tras la constitucionalización de su existencia en el artículo 18 de nuestro Texto fundamental.

Pero una vez que este derecho se considera pacíficamente como existente en el ordenamiento jurídico español por parte de la doctrina, la naturaleza jurídica del mismo siempre ha sido tratada en consideración a la relación del sujeto titular del mismo con los terceros, con la sociedad, en su capacidad de evitar que dichos terceros entrasen a conocer de determinados aspectos de la vida de su titular. En clarificadoras palabras de ALBAJALEJO[131] en su definición de este derecho; «Consiste el derecho a la intimidad personal en el *poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar,*

---

[128] Esta legislación, como por ejemplo la recogida en la Constitución Portuguesa de 1976, (la española es muy similar a ella), o la anglosajona, europea central, nórdica, la mediterránea o la de los países iberoamericanos viene recogida en un interesantísimo trabajo que recopila esta regulación en la obra de FARIÑAS MANTONI, ob. cit. nota 121, págs. 144 a 240. A él nos permitimos remitirnos para el interesado en profundizar en el estudio sobre el derecho a la intimidad en el derecho comparado.

[129] Así, en el clásico estudio del profesor CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Los derechos...*, pág. 53, en los derechos sobre la esfera secreta de la propia persona sitúa a los derechos sobre el secreto de la correspondencia y a la imagen, sin admitir la existencia autónoma de la intimidad (lo que se puede observar en el estudio tratado en la nota 1 de este capítulo). No obstante, en las ediciones posteriores a la LO. 1/82, de su obra CASTÁN ob. cit. nota 1, *Derecho civil...*, sí recoge y admite la redacción de la misma, con lo que acepta su existencia. También en esta línea, de subordinar el derecho a la intimidad a otros, encontramos, por ejemplo, al profesor LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 16, (en su edición de 1974, no en las posteriores), estima que la intimidad es un derecho «subrogado del honor».

[130] Así, por ejemplo, podemos citar dos trabajos anteriores a la misma, como son los de; IGLESIAS CUBRÍA, *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, 1970, págs. 21 y 22; o DESANTES,. J., *Intimidad e información, derechos excluyentes*, NT Nº 213, 1972, pág. 30, en los que se exponen opiniones de admisión sin tacha de la existencia de un derecho a la intimidad.

[131] Vid. ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 65.

poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado».

Así pues, gracias a que esta opinión se ha generalizado y a que la podemos considerar como mayoritaria en nuestra doctrina[132], hemos de admitir que la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad se plasma, casi únicamente, desde su aspecto social, trascendente, ya que se centra en la relación del titular del derecho con los terceros, y cómo, a través de esa relación el mismo, defiende el disfrute pacífico de este derecho de la personalidad.

Una vez centrado el concepto de derecho a la intimidad hemos de distinguir diferentes facetas del mismo[133] dentro de las cuales, a raíz de la LO. 1/82, cobra un gran interés la diferenciación que la misma hace en su redacción (que no en su contenido), de la intimidad familiar de la personal. Exponemos que se diferencia en su redacción pero no en su contenido porque en el enunciado de la ley y en algún artículo se nombran ambas, «intimidad personal y familiar», pero el mismo texto legal ni las define ni las diferencia.

La doctrina ha intentado salvar este vacío legal (lo que, como veremos, sólo ha conseguido la jurisprudencia), aportando diferentes definiciones de la intimidad familiar, aunque la dificultad de esta delicada delimitación se ha hecho patente en este intento[134]. Así, al respecto, nosotros opinamos que, mientras el derecho a la

---

[132] Así, estudian el derecho a la intimidad y lo centran en su relación con los terceros, entendiéndola, en la línea seguida por ALBADALEJO, como la posibilidad de que los terceros conozcan ciertos aspectos de la vida de su titular o no, LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 206, que gráficamente refleja que es; «el poder que la persona tiene de excluir a los demás del conocimiento de sus actos y actividades personales»; y también; STORCH DE GRACIA, J., *Acerca del derecho a la imagen de un torero por la difusión del video de su cogida y muerte*, LL., 1987, pág. 271; AUGER LIÑÓN, C., *La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, PJ. nº especial XIII, 1990, pág. 91; YSAS SOLANES, ob. cit. nota 31, pág. 811; GARCÍA GARCÍA y GARCÍA GÓMEZ; ob. cit. nota 120, págs. 23 a 25; GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pág. 132; VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, 1992, págs. 61 y ss; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 78, pág. 93; DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, pág. 355; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 40, págs. 39 a 43; CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 6, pág. 86; LASARTE, ob. cit. nota 8, pág. 217; o VILALTA, ob. cit. nota 31, pág. 8.

[133] Sobre las diferentes o múltiples facetas del derecho a la intimidad, tanto en nuestro derecho como en el comparado, Vid., por ejemplo a; LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 119, págs. 196 a 210.

[134] Algunos autores, a la luz de la Sentencia relativa al caso Paquirri y aquí citada con anterioridad, que trata de centrar la intromisión en la intimidad familiar, buscan aportar un criterio de diferenciación entre ambos tipos de intimidad. PARRA LUCÁN, ob. cit. nota 78, págs. 220 a 222, concluye con que hay que «distinguir a este respecto entre la intimidad de los miembros que componen la familia y la intimidad familiar en sí misma considerada, según la cual la familia podría organizarse su vida como tal, libre de cualquier injerencia». IGARTÚA, ob. cit. nota 82, págs. 1068 a 1071, acota algo más la

En la definición de intimidad por parte de nuestros Tribunales existe una Sentencia del más alto intérprete constitucional que se nos presenta como piedra angular que posteriormente aceptará y citará, incluso textualmente, el resto de la jurisprudencia. Esta es la STC 231/88 de 2 de diciembre[145], que en su FJ. 3° nos ofrece la definición del derecho a la intimidad, cuando nos dice que deriva; «sin duda de la "dignidad de la persona", que reconoce el art. 10 de la C.E., y que *implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás*, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana».

Como podemos observar esta definición se centra claramente en la misma perspectiva que observamos en la definición doctrinal, de relación con el contexto social (es decir, en el aspecto trascendente del derecho) en el que se sitúa el titular del derecho, y con la capacidad que el mismo tiene para que los terceros no entren en el ámbito que considere como vetado a los demás y de exclusivo conocimiento suyo o de quien él determine. A partir de ella, la misma es admitida, como decíamos en ocasiones citando explícitamente la resolución aquí recogida, por la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional como la válida, sin ningún tipo de duda, para definir el derecho a la intimidad[146].

Tras la definición, y con relación a cuál es la extensión de la misma, la doctrina jurisprudencial determina que el derecho a la intimidad se extiende también

---

afirmaciones en las STS; 28-10-86 (RJ. 1986\6015) -FJ. 7°-; 30-11-90 (RJ. 1990\9224) –FJ. 3°-; y la de 11-7-91 (RJ. 1991\5343) –FJ. 2°-.

[144] En acertadas y claras palabras sobre esta realidad que aquí señalamos, CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 40, pág. 45 nos señala que; «El Tribunal Supremo no nos ofrece a lo largo de la doctrina emanada de sus sentencias un concepto de este derecho, pues no lo define con concreción en ninguna de ellas, sino que trata de aproximarse a la notificación, acogiendo y excluyendo casuísticamente, en cada uno de los litigios que son sometidos a su consideración y estudio, los supuestos que juzga constitutivos de ataque al mismo...».

[145] Los hechos que motivaron esta resolución son los ya conocidos y estudiados en el presente trabajo, entre otras en la nota 103, relativos al intento de comercialización de un vídeo de Paquirri en el que aparecían imágenes tomadas en la enfermería de la plaza donde recibió la cogida que le provocó la muerte, en las que se apreciaba claramente la cornada y la angustiosa situación que se produjo.

[146] Podemos recoger al respecto numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, como las; 109/88 de 10-11 –FJ. 3°-; 197/91 de 17-10 –FJ. 3°-; 20/92 de 14-2 –FJ. 3°-; 219/92 de 3-12 –FJ. 3°-; 142/93 de 22-4 –FJ. 7°-; 117/94 de 25-4 –FJ. 3°-; 143/94 de 9-5 –FJ. 6°-; 151/97 de 29-9 –FJ. 5°-; 207/96 de 16-12 –FJ. 3°-; 144/99 de 22-7 –FJ. 8°-; y la 202/99 de 2-11 –FJ. 2°-.

a la intimidad física. En el FJ. 12º de la STC 120/90[147] se recoge que; «este Tribunal ha reconocido que en la noción de "intimidad personal" se integra la "intimidad corporal" –STC 37/1989 (RTC 1989\37), fundamento jurídico 4º-». Y la; «identifica únicamente como *"inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona"*»[148]. Así mismo, también el Tribunal Constitucional ha considerado otros casos en los que el derecho a la intimidad se encuentra en una situación indefinida en cuanto a su intromisión o no, como es la incomunicación de presos, estableciendo los criterios y requisitos necesarios para que la misma sea acorde a la Constitución[149].

También la citada STC 231/88 acomete una definición que, como vimos antes, no llevaba a cabo la doctrina con el éxito que sería deseable, la de la intimidad familiar. A mi juicio la aportación del Tribunal es realmente destacable y acertada, por su claridad y nitidez, cuando en su FJ. 4º nos indica que; «Debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y persona, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad el individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen»[150].

Como hemos podido referir el Tribunal Constitucional lleva a cabo lo que podríamos calificar como "un buen trabajo" en cuanto a aportar una clara y definitiva definición del derecho a la intimidad, que no se producía en nuestro sistema jurídico por la legislación vigente. Por su parte, el Tribunal Supremo, como ya referimos con

---

[147] Los hechos de esta sentencia se motivan por una huelga de hambre iniciada por algunos reclusos pertenecientes a los GRAPO. En la misma se determinaba si la actuación de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica, conforme a criterios de la ciencia médica, una vez que la vida de los mismos corre peligro, sin que sea preciso emplear la fuerza física para administrarlo era contraria o no al derecho a la intimidad. La STC estimó que no se producía con ello la vulneración del derecho a la intimidad.

[148] Otras resoluciones que consideran que el derecho a la intimidad abarca la intimidad física son las STC de; 137/90 de 19-7 –FJ. 10º-; 207/96 de 16-12 –FJ. 2º-.

[149] Así, de las STC; 128/97 de 14-7; 175/97 de 27-10; de 200/97 de 24-11; de 201/97 de 26-11; y de 58/98 de 13-3; se desprende que la incomunicación ha de respetar la intimidad, mediante un determinado procedimiento, que ha de ser a través de una autorización judicial, que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación al fin perseguido, levantando esta intervención en el momento en el que estas circunstancias no se den.

[150] La misma definición la adopta las SSTC; 197/91 de 17-10 –FJ. 3º-; y la 134/99 de 15-7 –FJ. 5º-.

anterioridad, no adopta expresamente esta definición, aunque en las sentencias en las que estudia las posibles intromisiones siempre aprecia el derecho a la intimidad como la posibilidad que su titular tiene de evitar que los terceros entren en su ámbito personal más cercano. Una Sentencia de la que podemos extraer la visión del Alto Tribunal Civil sobre lo que considera como derecho a la intimidad[151], y que ha sido citada y seguida por otras[152] es la STS de 20-2-89. (RJ. 1989\1213)[153] que en su FJ. 2° recoge que; «La esfera privada, como parte del derecho al honor de la persona[154], incluye aquel sector de circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares...».

3.3.3.- Situación del derecho a la intimidad tras la muerte de su titular.

Hemos de considerar, por lo tanto, que el derecho a la intimidad, como se configura casi unánimemente en nuestro sistema jurídico actual, es la facultad que tiene su titular de evitar que los demás, los terceros, entren y conozcan sobre un conjunto de situaciones o actividades que forman parte de su círculo íntimo, personal y familiar, y que se configura como necesario para el normal desenvolvimiento de la personalidad de cada cual. Es, con ello, un derecho que, a diferencia de los del honor y la intimidad, no se plasma en dos aspectos, el personal, inmanente y el social,

[151] Siempre en la línea que antes expusimos de que el Tribunal Supremo no nos da una definición tan nítida del derecho como la del Tribunal Constitucional, sino que simplemente entra a definir, caso a caso, cuándo se produce una vulneración del derecho y cuándo no.

[152] Podemos traer aquí las siguientes STS que aportan una visión social del derecho a la intimidad muy cercano al de la sentencia recogida a continuación. Serán las STS de; 29-3-88 (RJ. 1988\2480) – FJ. 2°-; 18-3-92 (RJ. 1992\2204) –FJ. 2°-; 2-2-93 (RJ. 1993\794) –FJ. 2°-; 26-7-95 (RJ. 1995\6596) – FJ. 9°-; 29-10-97 (RJ. 1997\7343) –FJ. 2°-.

[153] Los hechos se refieren a la publicación en cierto medio de comunicación de los datos relativos a la vida de la madre natural de un menor que fue adoptado por una artista ciertamente popular desde hace mucho tiempo, y que informó de la adopción, sin aportar, en ningún momento los citados datos. El Tribunal Supremo estimó que la publicación de dichos datos, en los que se informaba que la madre natural del menor llevaba un determinado tipo de vida, atacaba el derecho a la intimidad (entre otros) del menor

[154] Aquí observamos cómo, a raíz de la desacertada redacción de la LO. 1/82, en numerosas resoluciones judiciales se produce una desafortunada confusión entre los derechos que el citado texto regula, ya que la intimidad, en el momento en el que se dicta la referida sentencia no forma parte de ningún derecho, sino que, en nuestro sistema jurídico, ya se manifestaba como un derecho con una naturaleza jurídica autónoma.

trascendente, sino que únicamente se desarrolla en el aspecto social de esa relación del titular con los terceros.

Como ya defendí con anterioridad, es en esta relación en la que hemos de analizar la situación del derecho tras la muerte del titular, partiendo de la base de la absoluta necesidad de defenderlo[155]. Y en este contexto social en el que se desarrolló la vida del titular, el derecho a su propia intimidad (no el de la intimidad de sus familiares), puede ser vulnerado mediante la divulgación de hechos íntimos tras su muerte (que en vida pudo querer mantener siempre como vedados al conocimiento externo) por parte de unos terceros. Analizaremos a continuación el por qué de que defendamos que se puede vulnerar el derecho del fallecido (del que, recordemos, su naturaleza jurídica es eminentemente trascendente, no inmanente).

Analizando la LO 1/82, que como sabemos establece ciertas las intromisiones al derecho a la intimidad[156] en su artículo 7, las acciones contenidas en los apartados 1°, 2° y 5° ya recogidos anteriormente[157] se han de llevar a cabo en vida de la persona, pero pueden ser divulgadas una vez fallecida ésta en los términos recogidos en los apartados 3° y 4°[158], y será ese momento de la divulgación cuando se vulnere el derecho. Este derecho del que hablamos será el del finado, en relación a hechos íntimos de su vida, que le afectan a su derecho a la intimidad en la naturaleza jurídica que arriba admitimos como mayoritaria en nuestro derecho, en su naturaleza social, o trascendente. Dicha intromisión puede afectar o no al derecho de los familiares, pero, independientemente de ello, el que se ve directamente vulnerado en esos casos es el del fallecido.

Analizando la terminología de la exposición de motivos, comparándola con este concepto social de intimidad con el que hemos de trabajar, es evidente que esta intimidad del sujeto mientras estaba con vida ha de entenderse comprendida en el

[155] De hecho la misma Ley lo establece en su exposición de motivos, ya analizada aquí, cuando admite que tras la muerte de la persona queda la evidente necesidad de proteger lo que de ella queda en nuestra sociedad, que denomina como "memoria".

[156] Sobre la posible intención del legislador de considerar esta enumeración como números clausus o no, trataremos en la última parte de nuestra tesis doctoral, cuando analicemos la forma de defender las intromisiones que sufran los derechos de la personalidad de personas fallecidas (notas 86 y 87 del capítulo tercero).

[157] Que regulan las utilizaciones de diversos medios técnicos para obtener imágenes, grabaciones o cualquier otra forma de registro de actividades íntimas de los sujetos.

[158] Que son los encargados de recoger, como intromisión, la divulgación y la revelación de hechos o datos privados.

concepto de «memoria» que utiliza la misma. No se podría entender que se protege la memoria del fallecido entre nosotros sin que la misma abarque el respeto por mantener reservada al conocimiento de terceros la parte de intimidad que en su vida cotidiana él mantenía. Nos seguimos refiriendo siempre a actos del propio fallecido que pueden afectar **o no** al ámbito que su familia estime dentro de la intimidad familiar[159].

Al respecto, la doctrina española, en una postura muy mayoritaria, prácticamente unánime, sigue la argumentación seguida en primera instancia por la exposición de motivos de la Ley, así como las primeras resoluciones judiciales sobre el tema (que, como a continuación expondremos, a nuestro entender en la actualidad podemos considerar que han evolucionado), que aplican directamente el repetido texto del artículo 32 del Código Civil de extinción de la personalidad con la muerte[160]. Pero en esa defensa algunos autores hablan de que sólo se protege la intimidad del fallecido a través de la intimidad familiar[161], o que sólo se protege la memoria[162], y aquí ya hemos argumentado contrariamente a ello. Se protege la

[159] Con respecto a la necesidad de proteger esta memoria podemos considerar el caso de dos personalidades públicas que se han visto, tras su fallecimiento, comprometidos en cuanto a la posible vulneración de su derecho a la intimidad. Son los casos de personajes tan conocidos como el último presidente francés, Miterrand y la exesposa del heredero a la corona británica, Diana Spencer. Son casos que se han dado en países extranjeros, y que, quizás con un grado de una menor popularidad, se pueden haber apreciado en nuestro país, pero en los que, si se produjesen en nuestro país, el derecho español, tal y como está configurado en la actualidad, permitiría la defensa del derecho a la intimidad de la persona fallecida, que seguiría existiendo en el ámbito social en el que vivía, tras su muerte, independientemente de la afectación que sufriese la intimidad familiar. Incluso, desde una perspectiva moral, el derecho a la intimidad de los fallecidos, por no tener éstos capacidad de defenderlo, se debería proteger con una mayor intensidad que el de la intimidad familiar de personas plenamente capaces de actuar con esa finalidad protectora.

[160] Como ya hemos recogido, esta doctrina es unánime, y en general se pronuncia más en el análisis de los derechos de la personalidad en general o del derecho al honor, no en el del derecho a la intimidad. Estudiaremos la citada doctrina en profundidad en el siguiente capítulo del presente estudio, cuando tratemos los derechos de la personalidad post-mortem desde un plano general. Ahora, y defendiendo esta postura desde el estudio exclusivo del derecho a la intimidad exclusivamente, podemos encontrar a; PARRA LUCÁN, ob. cit. nota 78, pág. 222; IGARTÚA ARREGUI, ob. cit. nota 82, págs. 1068 y 1069; siguiendo expresamente la doctrina mayoritaria, aunque de la textualidad sus escritos también podamos descifrar implícitamente que el derecho a la intimidad que se defiende es el del fallecido, encontramos a; LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. nota 120, págs. 612 a 617; VIDAL MARTÍNEZ, ob. cit. nota 132, págs. 97 y ss.

[161] Como opina, entre otros, FARIÑAS MANTONI, ob. cit. nota 121, págs. 136 y ss y LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 119, págs. 262 a 265.

[162] Como, por ejemplo, encontramos en; ESPÍN CÁNOVAS, D., *La defensa post-mortem de la vida reservada en la Ley Orgánica 5 de mayo 1982 de protección civil del derecho al honor, la*

intimidad familiar si se ve afectada, con independencia de la protección de la intimidad del fallecido. Y se protege la memoria, pero la misma no se entiende sin que contenga la protección de la intimidad como derecho autónomo[163].

Llegados al estudio de la Jurisprudencia de nuestro Tribunales sobre el derecho a la intimidad tras la muerte de su titular, encontramos que las resoluciones de los mismos son algo más clarificadoras sobre la posibilidad de la existencia de la intimidad de una persona fallecida y la necesidad de defenderla, con independencia de la protección o no de la intimidad familiar.

Estudiaremos en primer lugar las resoluciones del más alto Tribunal civil, para acabar con las del Tribunal Constitucional. La primera Sentencia en la que el Tribunal Supremo se pronuncia es en la STS 28-10-86 (RJ. 1986\6015)[164], y en sus fundamentos jurídicos 6º y 7º se pronuncia sobre si ha sido violada «la intimidad... del torero fallecido», y que; «La persona de cuya intimidad se trata en el presente juicio era de profesión lidiador de toros», y para apreciar si ha habido intromisión o no, estudia los «usos, propios actos y pautas» no de su familia, sino los suyos mientras estaba en vida. Finalmente decide no considerar la existencia de intromisión porque, a su entender, el torero consintió la entrada de los terceros en esos ámbitos de su vida. Como vemos lo que se estudia es el derecho del fallecido, y cómo se vulnera este derecho una vez ocurrido el óbito.

---

intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en «Homenaje a Luis Díez del Corral, Madrid, 1987, págs. 226 y ss.

[163] En el estudio de ciertos autores que tratan la situación del derecho a la intimidad post-mortem encontramos que, en un principio, se sitúan donde la mayoría, negando la existencia de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular, para luego opinar que el derecho que se defiende es el de la intimidad del fallecido y ningún otro. Si se defiende este derecho, será que se estima que sigue existiendo ya que no tendría sentido defender algo que ya no existe. Así, lo encontramos reflejado en el estudio que ya ha sido citado con anterioridad de YSAS SOLANES, ob. cit. nota 31, págs. 811 a 813, que tras negar previamente la existencia del derecho opina que; «El plazo de protección de *la vida privada del fallecido **después de su muerte** ha de ser relativamente breve*». Como vemos habla de la existencia de una intimidad post-mortem. En la misma indefinición en sus palabras, al menos formal y externamente, y sobre la intimidad en concreto, encontramos a; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 78, pág. 110. Reiteramos que analizaremos esta doctrina con mayor detenimiento en el siguiente capítulo del presente estudio.

[164] Que es la primera sentencia del Tribunal Supremo que resuelve sobre el tema del torero Paquirri ya desarrollado aquí. Estimó que no había intromisión *en el derecho a la intimidad del torero fallecido* porque considera las imágenes de la enfermería como; «dentro del mismo espectáculo» criterio fue rechazado (a nuestro entender de manera harto acertada) por el Tribunal Constitucional. A continuación recogeremos los argumentos del mismo.

La siguiente Sentencia del Supremo sigue aclarándonos su posición. En la resolución de 7-3-88 (RJ. 1988\1603)[165], se estudian en el recurso de casación los argumentos de la sentencia de la segunda instancia, que se recogen en el FJ. 2° de la resolución del Alto Tribunal; «...lo que configura por sí solo una *intromisión ilegítima en el ámbito del honor* ***y la intimidad personal de dicho piloto*** (que había fallecido), *titular del derecho lesionado y cuya memoria constituye una prolongación de su personalidad*». Ante el estudio de la casación, el Tribunal Supremo, en su FJ. 10° desestima el recurso del condenado porque; «una cosa es la noticia y otra es la forma de comunicarla», con lo que considera que sí se produjo la intromisión **en el derecho a la intimidad del piloto fallecido**. Con ello admite la existencia del derecho del fallecido tras su muerte, y la necesidad de su protección sin que dependa de la relación con el sus familiares.

Seguidamente la Sentencia de 30-12-89 (RJ. 1989\8880)[166], en su FJ. 3° estima que, gracias al conocimiento público de unos hechos no se puede apreciar vulneración del derecho a la intimidad de una persona fallecida, pero esta determinación la toma alegando que no se produce; «mayor desmerecimiento para Pilar P., (que había fallecido) ***ni intromisión en su intimidad***». Si el Tribunal estimase que no existe el derecho a la intimidad post-mortem lo hubiese aclarado previamente, sin tener necesidad de entrar a estudiar si se vulneró o no.

La última Sentencia del Tribunal Supremo que trata del derecho a la intimidad de una persona fallecida es la de 27-6-96 (RJ. 1996\4792)[167], que al

[165] Los hechos que motivaron la Sentencia son los siguientes; Los periódicos "EL PAÍS" y "DIARIO 16" publicaron la información sobre un accidente aéreo ocurrido el 19 de febrero de 1985 en las cercanías del aeropuerto de Sondica en Bilbao, en el que murieron 148 personas, entre ellas el comandante de vuelo del avión, J.L. Patiño. En los artículos de las publicaciones, con algunas diferencias, se hacía un recorrido por la vida del comandante fallecido, y se referían asuntos privados como relaciones afectivas, filiaciones, supuestos problemas con el juego o el alcohol. Los hijos del piloto fallecido interpusieron demanda civil de protección de los derechos al honor y a la intimidad de su padre, admitida en primera instancia por el juzgado de I ª Instancia n° 26 de Madrid, y en parte por la Audiencia Provincial. La casación interpuesta por los diarios fue desestimada por considerar intromisión en el honor y la intimidad del piloto fallecido. Los recursos de amparo dieron lugar a dos resoluciones diferentes, que recogeremos a continuación.

[166] Los hechos se derivan de la emisión por parte de TVE el 12 de abril de 1985 una versión novelada de los hechos que desencadenaron en la ejecución por garrote vil en el periodo franquista de Pilar P. E. como autora de un delito consumado y dos frustrados de asesinato. Sus familiares iniciaron una acción por vulneración de la intimidad y la memoria de la fallecida, que prosperó en primera y segunda instancia. Interpuesta la casación por la empresa demandada, se estimó, declarando no haberse producido la vulneración en la intimidad de la fallecida (que se considera implícitamente que existía), por el hecho de tratarse de la historia novelada de un procedimiento penal que era de previo conocimiento público, no porque no existiese el derecho a la intimidad de la fallecida.

3.4.- Derecho al nombre.

3.4.1.- Introducción.

Tras el tratamiento que hemos desarrollado de los tres derechos de la personalidad que en su esfera espiritual tienen en nuestro derecho una mayor trascendencia legal, jurisprudencial y doctrinal, afrontamos a continuación el estudio del derecho al nombre. Éste se nos presenta como un evidente derecho-obligación[174] absolutamente necesario para que, en la vida jurídica actual, cada persona pueda llevar a cabo el adecuado desarrollo de su personalidad, tal y como preceptúa el artículo 10 de la Constitución Española.

El nombre, por el cual distinguimos a cada persona de los demás, es el más importante signo de identificación de las mismas[175], a través del cual desarrolla su vida en sociedad con plenitud. Pero, a pesar de su gran importancia, este derecho no ha gozado de una gran atención del legislador en todo lo relativo a su naturaleza jurídica como derecho de la personalidad[176], centrando su regulación en los requisitos que el mismo ha de cumplir para ser considerado como válido desde su perspectiva registral. Tampoco la jurisprudencia ha estudiado con verdadero detenimiento esta faceta del derecho.

Con toda esta situación jurídica, en este estudio del derecho al nombre expondremos la regulación jurídica española sobre sus requisitos registrales y la casi inexistente como derecho de la personalidad, así como las reflexiones que el mismo ha provocado en la doctrina, tanto patria como en algún derecho extranjero.

---

[174] Sobre la calificación del derecho al nombre y, relacionada con ella, su naturaleza jurídica en el derecho español actual, trataremos en el apartado dedicado a la situación de la discusión doctrinal sobre el mismo. No obstante, aquí nos interesa destacar principalmente que tal consideración como un derecho-obligación es ciertamente admitida en nuestro derecho sin gran discusión.

[175] El nombre se nos presenta como requisito previo y fundamental para considerar a la persona como tal en las relaciones jurídicas que ésta mantiene en sociedad. Al respecto, clarificadoras se presentan las palabras de ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 52; «Es el nombre medio fundamental de identificación de la persona en la vida social, e interesa a todas las ramas jurídicas, tanto privadas como públicas, pues no sólo importa en las relaciones de los particulares entre sí, sino también en las que mantiene la persona con el Estado». Suscribiendo esta misma opinión sobre su importancia y su fundamento como el más importante signo de identificación en nuestro derecho encontramos, por ejemplo y en épocas históricas diferentes a; CASTÁN, ob. cit. nota 1 *Los derechos...*, pág. 32 y ob. cit. nota 1, *Derecho civil...*, pág. 135; y a LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 211.

[176] Aunque, evidentemente, en este estudio sí que recogeremos con detenimiento tanto su regulación como la doctrina más relevante en relación a su consideración como derecho de la personalidad.

Una vez centrado este concepto del derecho al nombre, y en contraposición a la sistematización seguida en los derechos tratados con anterioridad, no analizaremos el posicionamiento jurisprudencial sobre el mismo, ya que, como hemos referido, las resoluciones de nuestro Alto Tribunal civil no se ha ocupado de analizar su definición como derecho de la personalidad[177]. Por ello finalizaremos estos epígrafes con el estudio de las vulneraciones que el derecho al nombre puede sufrir como derecho de la personalidad, en un primer momento en vida de su titular, y en un tratamiento conjunto a éstas, las que se pueden dar una vez éste ha fallecido.

3.4.2.- Definición del derecho al nombre.

3.4.2.1.- Definición legal.

El estudio sobre la definición legal del derecho al nombre en derecho civil (dejando a un lado la protección penal que haya podido tener en nuestro derecho[178]), se ha de desarrollar, en un principio, desde el análisis de la regulación que del mismo existe en el derecho registral. Dentro de éste no podemos considerar que se exista una verdadera definición del derecho, cuando en el artículo 53 de la LRC se establece que; «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos».

Como vemos, este texto se configura únicamente como una admisión de su regulación y de su protección jurídica, no como su definición. A partir de ahí, la ordenación registral, tanto de la LRC como del RRC, establece los requisitos jurídicos para inscribir un nombre y el apellido en el Registro Civil[179], la

[177] Como ya hemos expuesto con anterioridad, el derecho al nombre está regulado en gran medida desde la perspectiva de los requisitos necesarios para su válida inscripción registral. Por ello, desde esta visión, las resoluciones que ha provocado han sido principalmente las de la Dirección General de los Registros y el Notariado, que serán tratadas en el momento de analizar su definición legal. Será posteriormente, cuando analicemos la situación post-mortem del derecho al nombre, cuando expondremos la poca jurisprudencia que existe del mismo desde esta perspectiva de su naturaleza jurídica de derecho de la personalidad.

[178] La protección penal del derecho al nombre ha evolucionado de manera radical con la aprobación del actual Código Penal. En el antiguo (texto refundido de 1973), se protegía en el artículo 322, estableciendo como delito el uso público de nombre supuesto o la atribución de título de nobleza que no le perteneciera, y como falta en el artículo 571 la ocultación del nombre verdadero. Sin embargo, en el actual Código no existe ningún artículo dedicado a la protección del nombre, ni penando el uso de nombre ajeno o nombre falso, constituyéndose por ello, en nuestro derecho actual, como un ilícito civil o administrativo.

especialidad que se produce en los casos de adopciones[180], o cómo se ha de proceder ante la posibilidad que la misma le otorga al Ministerio de Justicia, del que depende el Registro Civil, a modificar el nombre o los apellidos de una persona tras solicitud de ésta[181]. Esta regulación es completada, desde el punto de vista práctico, por las Resoluciones de la Dirección General de Los Registros y del Notariado, que establecen las pautas de interpretación de la normativa en los casos dudosos que presentan una mayor conflictividad.

Esto lo podemos considerar en lo relativo a este tipo de regulación registral del derecho al nombre, que por no ser trascendental a nuestro trabajo no recogemos con mayor detenimiento. Con respecto a su naturaleza jurídica de derecho de la personalidad el legislador le ha prestado escasa o nula atención, no regulándolo como tal. Sin embargo, en la LO 1/82 de 5 de mayo, que como conocemos trata de la regulación de los derechos al honor, la intimidad familiar y personal y la propia imagen, el legislador vincula la vulneración del derecho al nombre con las sufridas por el derecho a la imagen, dándole un tratamiento similar en lo relativo a la posibilidad de su protección.

En torno a ello, cuando establece posibles intromisiones a estos derechos, el artículo 7.6° recoge que lo serán; «La utilización del *nombre*, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga». Desde nuestro punto de vista esta regulación es absolutamente incoherente desde la perspectiva de la sistematización de la protección de los distintos derechos,

---

[179] Regulados en los artículos 54 y 55 de la LRC y los 192 a 200 del RRC. En estrecha relación con los derechos de la personalidad y a la dignidad humana, el artículo 54 de la LRC establece que; «*Quedan prohibidos los nombre que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos* (...). ...los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo». El artículo 192 del RRC regula que; «Son nombres prohibidos por extravagantes los que por sí, o en combinación con los apellidos resulten contrarios al decoro de la persona». La Ley 40/99 de 5 de noviembre, de nombres y apellidos (mediante la que se le da renovada redacción a los artículos 54 y 55, recién recogidos, entre otros), modifica brevemente la regulación existente hasta el momento, para otorgar a los padres básicamente la facultad de elegir el orden de los apellidos de sus hijos, con la única obligación de establecer el mismo para todos ellos.

[180] Artículo 56 LRC y del 201 al 204 del RRC, en los que, acorde al resto de la regulación sobre adopción, en concreto el artículo 178 del Código Civil, se establece que los apellidos de los adoptantes puedan sustituir a los de la familia natural del adoptado.

[181] Esta posibilidad se regula muy en consonancia al principio de libre desarrollo de la personalidad en los artículos 57 a 62 de la LRC y en los 205 a 218 del RRC, y que a raíz de la citada Ley 40/99 también se prevé la facultad del interesado de modificar el orden de sus apellidos, una vez llegado a su mayoría de edad.

aunque, considerando la regulación del derecho al nombre existente hasta el momento en nuestro derecho, la misma era totalmente necesaria[182].

Esta forma de regulación del derecho al nombre influirá, necesariamente, en la manera en la que el mismo se protegerá frente a las intromisiones que sufra como derecho de la personalidad, ligándolo de manera evidente y definitiva a las intromisiones que sufre el derecho a la imagen. Todo ello será analizado en el último apartado del estudio del derecho al nombre.

Por último recogemos aquí la regulación legal que encontramos del derecho al nombre en el derecho italiano ya que, a pesar de no ofrecer tampoco una definición como tal del mismo, se nos presenta muy interesante en comparación con nuestro derecho en relación a la sistematización de la regulación, que sí encontramos en este derecho. Inicialmente ya la Constitución Italiana establece en su artículo 22 la protección del mismo, y el Código Civil completa esta regulación, en sus artículos 6 a 9, estableciendo su admisión y tutela en el derecho italiano, así como, incluso, la protección del pseudónimo[183].

3.4.2.2.- Definición doctrinal.

La doctrina española, en el estudio sobre el derecho al nombre, ha partido inicialmente de la regulación del mismo en el artículo 53 de la LRC. Así, numerosos autores[184] parten de esa regulación aquí ya recogida para aceptar la vigencia de dicho

[182] Y exponemos esta opinión por dos razones. Por un lado, en cuanto a la regulación del derecho al nombre, aún considerándose en nuestro sistema jurídico un derecho de la personalidad, no ha sido regulado como tal, por lo que era necesario que la legislación sobre los mismos acogiera la protección del derecho al nombre, admitiéndolos así, aunque no de manera explícita, esta naturaleza jurídica. Desde este punto de vista, la LO. 1/82 acomete esta necesaria regulación. Por otro lado, en relación a la necesaria sistemática jurídica, no es en absoluto adecuado que en la regulación de los derechos al honor, la intimidad familiar y personal y la imagen se introduzca, de soslayo, y apresuradamente, la protección jurídica de otro derecho, como es la del derecho al nombre. Esta es una muestra más de lo que ya hemos comentado en la presente tesis doctrinal; la falta de claridad en la redacción de la citada Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo.

[183] En el artículo 6 se recoge el derecho de todos al nombre y al apellido, así como que no se admiten cambios fuera de la ley. El 7 protege a la persona de la que se impugne su derecho al nombre, o la posibilidad de evitar la intromisión de terceros en el nombre de su titular. El 8 protege el nombre en su aspecto familiar. Por último, el artículo 9 establece que; «El pseudónimo, usado por una persona de manera tal que haya adquirido la importancia del nombre, puede ser protegido a tenor de lo regulado en el artículo 7».

[184] Entre los que podemos encontrar a; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Derecho civil...*, pág. 136; ROGEL, ob. cit. nota 15, pág. 61; IGARTÚA, ob. cit. nota 23, pág. 2249; LACRUZ, ob. cit. nota 13,

derecho en nuestro ordenamiento jurídico, sin entrar en mayores reflexiones sobre su definición. Sin embargo, en el estudio de estos autores que parten de la LRC y de todos los que han estudiado el nombre también encontramos definiciones que salvan la situación de vacío legal existente en nuestro derecho. Así, en una primera aproximación de ALBADALEJO[185]; «El nombre es el conjunto de palabras que designan a cada persona y la individualizan frente a todos», y, en una definición que recoge varios aspectos del derecho, LETE DEL RÍO[186] expone que; «En sentido jurídico, el nombre es el conjunto de palabras con que se identifica e individualiza a la persona en la vida social y que todos tienen el deber de respetar; pero el nombre no sólo es un signo o distintivo de la persona, sino que también es un reflejo de la propia personalidad.»

Una vez que hemos recogido una definición que centra la concepción del derecho al nombre, este último apunte que nos aporta LETE nos sirve para introducir el tema que trataremos a continuación, y que se manifiesta como el más interesante para nuestra tesis doctoral. Éste es el de si este derecho se puede considerar como un derecho de la personalidad o no[187].

En torno a esta cuestión, una parte minoritaria de nuestra doctrina opina que el nombre no se puede considerar un derecho[188], y dentro de ellos como derechos de la personalidad. En palabras de BERCOVITZ[189] porque; «no parece posible

---

pág. 63; MARÍN PÉREZ, P., *Derecho civil, T I. Derechos de la personalidad*, Madrid, 1985 pág. 114; MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 45, LASARTE, ob. cit. nota 8, pág. 218, y, por último, DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, en su 5ª edición, págs. 345 y ss.

[185] Cfr. ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 52.

[186] Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 211.

[187] Enfocaremos este pequeño estudio en las opiniones de los autores españoles que se han centrado en determinar si el derecho al nombre es un derecho de la personalidad o no, ya que es el punto de la discusión que nos interesa de cara a determinar su posible existencia post-mortem. No obstante, no podemos evitar recoger que esta discusión se encuadra, dentro de la discusión por la naturaleza jurídica del derecho al nombre, en un plano más amplio, partiendo de la discusión sobre si este derecho es una institución de Derecho público, al establecerse como una obligación de policía civil, o por el contrario si, dentro de la categoría de derecho subjetivo de carácter privado, se puede considerar como un derecho de propiedad, como un derecho de familia o, por último, como un derecho de la personalidad. Aquí únicamente recogeremos esta última discusión, por ser el único aspecto que entra dentro del objeto del presente estudio y por lo consolidado de la situación en nuestra doctrina, que exponemos a continuación.

[188] Uno de los autores que se sitúan en esta postura minoritaria, y que considera que más que de un derecho estamos tratando de un «atributo» es CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 6, pág. 96.

mantener semejante tesis si concebimos como bienes de la personalidad sólo aquellas facetas del individuo que son indispensables para una realización plena del mismo como ser humano».

No obstante esta minoritaria opinión, la mayoría de la doctrina[190] opina que sí estamos ante un derecho de la personalidad porque éste es un medio de individualización de la persona, tal vez el más importante, que por ello se configura como inherente e inseparable de la misma, lo que lo sitúa dentro de la esfera de los derechos de la personalidad.

En una opinión propia, y utilizando las propias palabras de BERCOVITZ, estamos precisamente ante un derecho de la personalidad porque el nombre sí que es, a todas luces, un derecho indispensable para la plena realización de la persona como ser humano, o en palabras de DÍEZ PICAZO[191], porque; «El nombre no es, en realidad, un mero signo distintivo, evoca a la misma persona, en sus cualidades morales y sociales. Por ello, su protección es protección de la personalidad, tanto desde el punto de vista físico como moral y social».

Por último, y alejados del derecho de la personalidad como tal, a raíz del artículo 53 de la LRC, en relación al 92 y 93 de la misma, al 293 del RRC y al 1902 del Código Civil, a pesar de no existir una regulación ex profeso para ello, el derecho al nombre se puede proteger por medio de la acción de impugnación contra quien indebidamente utilice el derecho de otro, y por la de reconocimiento que puede iniciar quien crea tener derecho al uso de un nombre contra quien lo desconozca o impida, con la correspondiente posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios causados. Todo ello sin perjuicio de la posible protección que se deriva del artículo 7.6 de la LO. 1/82, que veremos a continuación[192].

---

[189] Vid. BERCOVITZ, F. y RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 212.

[190] Entre la que se encuentran; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Derecho civil...*, pág. 138; ROGEL, ob. cit. nota 15, pág. 55; IGARTÚA, ob. cit. nota 23, pág. 2250; LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 63; MARÍN, ob. cit. nota 184, pág. 114; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 52; GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, pág. 95; MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 45; LASARTE, ob. cit. nota 8, pág. 218.

[191] Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, en su 5ª edición, págs. 345 y ss.

[192] Como ya referimos con anterioridad, esta posibilidad de protección será analizada en el próximo apartado, relativo a la que el nombre goza como derecho de la personalidad. Curiosamente hemos de manifestar que cuando los autores analizan la protección del derecho al nombre únicamente recogen ésta, según la hemos dejado aquí expuesta ahora, desde su faceta de derecho registral, no como derecho de la personalidad, indudablemente debido a que la citada LO. 1/82, en un principio, no regula el derecho al nombre. Como ejemplos de este tratamiento de la doctrina, podemos citar a;

Por último, y antes de terminar de referir la situación del derecho al nombre en nuestro sistema jurídico, apuntaremos que el seudónimo, a raíz de la regulación que encontramos en nuestro país[193], ha sido admitido como una realidad lícita en derecho, que, aunque no se pueda considerar con la misma naturaleza jurídica que el derecho al nombre, como un derecho de la personalidad, sí se puede proteger con la mismas acciones con las que se protege a éste, como una realidad similar al mismo, si en el pseudónimo se dan determinadas condiciones, como que no perjudique el derecho de terceros o que, a través de él, su titular sea identificado o conocido habitualmente[194].

Finalmente, y según hemos reflejado también en epígrafes anteriores, recogeremos aquí, con la finalidad de observar las grandes similitudes del derecho español con el italiano, que en éste la mayoría de la doctrina realiza una definición del derecho al nombre basada en la regulación tanto de la Constitución como del Código Civil que ya reflejamos con anterioridad, siendo también mayoritaria, al igual que en el derecho español, la postura que sitúa este derecho dentro de los pertenecientes a los de la personalidad[195]. Por último, también las acciones de defensa del derecho en el sistema jurídico italiano se centran en la de reclamación y de usurpación o impugnación[196].

CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Derecho civil...*, pág. 147; IGARTÚA, ob. cit. nota 23, pág. 2249; MARÍN, ob. cit. nota 184, pág. 115; a LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 218.

[193] El artículo 54 de la LRC admite su existencia, si bien que prohibe expresamente que se convierta en nombre. Por su parte, el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 reconoce el derecho del autor a divulgar su obra bajo seudónimo.

[194] Algunas referencias del derecho al seudónimo las encontramos en; MARÍN, ob. cit. nota 184, pág. 115; LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 218; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 61; y LASARTE, ob. cit. nota 8, pág. 219.

[195] Así lo reflejan escritos de autores italianos de las más variadas épocas, como recogemos a continuación; FERRARA, F., *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma, 1921, pág. 571; DEGNI, ob. cit. nota 37, pág. 167; CORRADO, R., *Diritto al nome e diritto all'onore*, RiDCo, 1949, págs. 211y ss.; SCHERMI, A, *Diritto alla riservatezza ed opera biografica*, GiCi, 1957, pág. 215; DE CUPIS, ob. cit. nota 17, págs. 426 y ss.; ALPA e BESSONE, ob. cit. nota 87, pág. 67; DOGLIOTTI, ob. cit. nota 38, pág. 579; SCOGNAMIGLIO, ob. cit. nota 85, pág. 101.

[196] Vid. FERRARA, F., ob. cit. nota 195, pág. 573; CORRADO, R., ob. cit. nota 195, págs. 212; SCHERMI, ob. cit. nota 195, pág. 215; DI MAJO GIAQUINTO, A., *Profili dei diritti della personalità*, RTDPC, 1962, pág. 90; ALPA e BESSONE, ob. cit. nota 87, pág. 69.

3.4.3.- Situación del derecho al nombre tras la muerte de su titular.

Un primer aspecto de la protección del derecho al nombre es el relacionado con su regulación desde el punto de vista registral. Ya hemos recogido con anterioridad que este derecho viene protegido a través del artículo 53 LRC y de las acciones de reclamación y de impugnación.

En relación al mismo existe cierta jurisprudencia que trata de un aspecto concreto del nombre, que es el del nombre comercial. Éste, en una derivación lógica tanto de la regulación arriba referida como de la relativa a la propiedad industrial, una vez que esté inscrito, queda protegido, y un tercero no puede, inscribiendo un nombre similar o igual, provocar confusión a los terceros, perjudicando el derecho de quien se inscribió anteriormente[197].

Pero en este estudio no nos hemos de centrar en este aspecto de la protección, sino en la que se le brinda al derecho al nombre en su relación con los derechos de la personalidad. Ya referimos con anterioridad que la LO. 1/82 reconoce (con una mala sistemática, ya antes dimos nuestra opinión) la protección del derecho al nombre junto con la del de la imagen en su artículo 7.6° cuando establece que será intromisión; «La utilización del *nombre*, de la voz o de la imagen de una persona[198] para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga»[199].

Así pues, con esta regulación, queda abierta la puerta a que la protección del nombre se amplíe, al menos, como vemos, desde el punto de vista legal. Desde el punto de vista jurisprudencial, como ya observamos en el estudio dedicado al derecho a la imagen, en la mayoría de los casos no se produce una vulneración del nombre únicamente ya que, cuando éste se vulnera, también se daña el derecho a la

---

[197] Jurisprudencia sobre el uso del nombre comercial y su admisión en el derecho español con la misma protección registral que el derecho al nombre no falta, y podemos citar, por ejemplo, las STS de; 11-7-80 (RJ. 1980\3867); 5-11-81 (RJ. 1981\5173); 14-1-83 (RJ. 1983\268); 11-10-84 (RJ. 1984\5187); y 4-7-95 (RJ. 1995\5461).

[198] Aquí hemos de hacer una aclaración también relacionada con la pésima sistemática de la LO. Como ya referí se establece la intromisión del derecho al nombre junto al de la imagen, ya que el artículo 7, en su encabezamiento indica que «Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2° de esta Ley», y el artículo 2° nos habla de protección «Del honor, la intimidad y la propia imagen», no del nombre. De ahí que manifestemos que con esta redacción sí se puede considerar protegido el derecho al nombre, pero no autónomamente, ya que la Ley no se plantea para regular el derecho al nombre, sino la del honor, intimidad o imagen, y el nombre sólo se protege en íntima relación con éste último.

[199] Hemos de tener en cuenta que esta redacción «de una naturaleza análoga», aunque sitúe la intromisión en el ámbito del tráfico comercial, deja abierta la posibilidad de una interpretación más amplia.

imagen del sujeto. En estos casos nuestros tribunales han resuelto las controversias que se les han planteado hasta ahora mediante la invocación de la vulneración del derecho a la imagen, que sí ocupa la redacción nuclear de la LO. 1/82, dejando a un lado la del derecho al nombre.

Pero sí que existe un caso resuelto por nuestro Tribunales en el que lo que se produjo fue la utilización únicamente del nombre de un personaje conocido, sin ninguna imagen del mismo. Esta resolución es la STS de 21-1-88 (RJ. 1988\131)[200]. En dicha resolución en la que se estudia si se ha vulnerado el derecho a la imagen a través del uso indebido **únicamente del nombre** de una persona en un cartel con fines publicitarios (que como vimos, es la única posibilidad que otorga la LO. 1/82), el Tribunal Supremo estima que sí se ha de proteger el derecho al nombre desde esta perspectiva suya de derecho de la personalidad, en su FJ. 2°; «El anuncio en cuestión no había incurrido en empleo de la imagen del demandante, ni contenía expresiones humillantes o vejatorias para el mismo, ni alusiones que afectaran a su vida privada o que pusieran de manifiesto que hubiera aparecido su denominación en una campaña publicitaria a cambio de una remuneración o compensación, por lo que el hecho cuestionado en cuanto a la intromisión ilegítima que significa sólo era *incardinable en el párrafo 6 del art. 7° de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, que señala como tal la utilización del nombre de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*». Finalmente el Juzgador estima que sí se produjo esta vulneración.

Como hemos visto, la Jurisprudencia ha admitido que el nombre, como derecho de la personalidad, se protege, siempre en íntima ligazón al derecho a la imagen. Pero no sólo ha sido ésta la que lo ha considerado. A pesar de que la

---

[200] En este punto de la exposición los hechos del caso son realmente interesantes; En un cartel que publicitaba una determinada actuación, junto a la imagen de una bailarina y actriz, en uno de los extremos del anuncio se contenía texto impreso con los datos de edad, profesión y otros personales de la actriz que ocupaban quince renglones, en tres de los cuales se leía «Último trabajo realizado: Carmen, junto a *Antonio Gades*, película nominada para el Oscar de Holliwood (sic) 1984». Antonio E. R., con nombre artístico Antonio Gades formuló demanda de juicio incidental contra la entidad "Varma S.A." ante el Juzgado de Primera Instancia n° 14 de Madrid, con reclamación de 20 millones de pesetas, por vulneración del derecho a la propia imagen, al haber utilizado su nombre en anuncios publicitarios. Como vemos, la acción es por vulneración de la imagen (motivado por la redacción de la LO. 1/82), pero lo que realmente se produce es un uso indebido únicamente del nombre, no de ninguna imagen del demandante. En primera instancia condenaron a la demandada a satisfacer al actor la suma de un millón de pesetas. Recurrido en apelación, la Audiencia Provincial rebajó la cantidad a cien mil pesetas. El recurso de casación pidiendo aumentar dicha cantidad no fue admitido, por no ser, según la resolución, el Quantum revisable en dicha instancia (esto último, la posibilidad de revisar el Quantum en casación o no, hay grandes divergencias, especialmente jurisprudenciales, y será estudiado en el tercer capítulo de este estudio).

doctrina no ha reflexionado con detenimiento sobre la relación que gracias a este artículo se produce entre el derecho al nombre y el de la imagen en cuanto derechos de la personalidad, el profesor IGARTÚA[201], estudia la apropiación comercial; «de la imagen y del nombre ajeno», considerando que ambas pueden ir de la mano en numerosas ocasiones[202].

Por lo tanto, el derecho al nombre, como derecho de la personalidad, se protege en nuestro derecho igual que el derecho a la imagen. Ya expusimos con anterioridad los argumentos que aportamos para defender que tras la muerte de la persona sigue existiendo el derecho a la imagen en su faceta social y que en muchos casos es éste el que se defiende por los familiares de su titular ya finado, independientemente de la lesión de su propio derecho.

En relación al derecho al nombre, una vez que ya hemos visto que se protege en vida junto al derecho de la imagen, hemos de estudiar si, tras la muerte de su titular, se dan las mismas condiciones que motivaban la defensa de la imagen post-mortem. Inicialmente, gracias a la legislación que regula este derecho, como ya vimos, queda claro que es un derecho que se mueve en un contexto social[203]. Una vez que fallece su titular, éste no sigue disfrutando de él, pero los terceros sí le siguen identificando con el mismo nombre que tenía en vida. Así mismo, este nombre podría ser utilizado por esos terceros ilícitamente; «con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» una vez que se produzca el citado fallecimiento, vulnerando con ello la protección que la LO. 1/82 le otorga a este derecho.

Tras esta relación, por tanto, hemos de admitir que el derecho al nombre de una persona fallecida puede sufrir una intromisión que afecte únicamente a esta misma, y que, con la sistemática de la LO. 1/82 deberá y podrá ser defendido, íntimamente ligado al derecho a la imagen, por los familiares del fallecido[204].

---

[201] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 82 en toda su extensión. Se configura éste como un estudio de gran interés en el sentido de observar cómo, en muchos casos, se produce la vulneración de ambos derechos a la vez. Así mismo, también refleja las intromisiones que pueda sufrir el nombre en diferentes situaciones, en atención a su consideración como derecho de la personalidad.

[202] También hemos de citar aquí a CARRASCO, ob. cit. nota 6, pág. 96, que en su línea antes reflejada de no creer que el derecho al nombre se configure como un derecho autónomo, defiende que «Los que pudieran atentar a la persona por la vía de la apropiación de su nombre no son atentados al derecho al nombre, sino, quizás, a la propia imagen (art. 7.6° LO 1/1982), o a la propia identidad.

[203] Ya referimos arriba, (ver nota 175) que en la actualidad el derecho se configura como el más importante signo de identificación de cada persona en su vida en sociedad.

Por todo lo referido opino que el nombre sigue con plena vigencia social una vez que fallece su titular, y que tras ello se protege (el mismo nombre del fallecido, aclaramos) en la misma medida y de una manera muy unida a la protección que el derecho le otorga a la imagen post-mortem. En cuanto a esta protección en concreto, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe relativo a la protección de la imagen tras la muerte de su titular.

[204] Todo ello, al igual que sucedía con los derechos analizados anteriormente, independientemente de que estos familiares, por la íntima relación que mantenían con el fallecido, puedan considerar que han sufrido ellos también una intromisión en un derecho de la personalidad del que ellos son titulares. Esto no impide que se haya producido la citada vulneración del derecho de la personalidad del fallecido, todo lo contrario, la intromisión en el derecho de los familiares ha sido provocada por la **previa** vulneración en el derecho del fallecido.

3.5.- Derecho al título nobiliario.

3.5.1.- Introducción.

En este epígrafe tenemos la intención de llevar a cabo un breve estudio de la naturaleza jurídica que en la actualidad se le ha de considerar al derecho al título nobiliario. A pesar de la brevedad con la que afrontamos este epígrafe, consideramos necesario introducirlo aquí, en el capítulo dedicado al estudio de la esfera espiritual de la persona y justo a continuación del tratamiento del derecho al nombre[205].

Por la especial naturaleza del derecho al título nobiliario modificaremos en cierta medida, si no la metodología, sí el objeto final del estudio de los derechos que hemos llevado a cabo en las páginas anteriores. En estos epígrafes analizaremos principalmente los aspectos que más nos interesan del derecho al título en relación al derecho al nombre, y a su posible protección junto a él[206]. Recogeremos aquí muy brevemente la legislación que regula este derecho, así como las principales discusiones doctrinales que provoca, y también la jurisprudencia (en algunos casos contradictoria) que se ha dado en nuestros Tribunales sobre los mismos.

Por último, una vez acotadas estas polémicas, y relacionadas directamente con los derechos de la personalidad post-mortem, analizaremos la estrecha relación del derecho al título nobiliario con el derecho al nombre y la forma de suceder en el mismo y de protegerlo tras la muerte de su titular, lo que sí hemos de situar dentro de nuestro tema de estudio.

---

[205] No obstante queremos dejar constancia que el estudio del derecho al título nobiliario tiene razón de ser en este capítulo por su estrecha relación con el derecho al nombre, y porque no existe unanimidad sobre si el mismo se puede considerar dentro de los derechos de la personalidad o no (recogeremos esta discusión doctrinal en el apartado correspondiente). Es evidente, como ya reflejamos en el estudio del derecho al nombre, que en la estructuración de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad en su esfera espiritual en nuestro derecho, tras la publicación de la LO. 1/82 y la jurisprudencia y doctrina a la que ésta ha dado a lugar, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen forman el núcleo de derechos más significativos y que hemos de considerar verdaderamente trascendentales para nuestro trabajo.

[206] Los que más nos interesan, como ya dejamos claramente reflejado, es el de si estamos ante un derecho de la personalidad o no, así como la posibilidad de la protección post-mortem del derecho. Pero centrados en el interés social y jurídico del derecho al título, no podríamos dejar de citar, al menos, por ejemplo, la polémica surgida a raíz de numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y alguna última del Constitucional, sobre si la discriminación de la mujer en cuanto a la sucesión es constitucional o no, y seguidamente, dejaremos indicada esta polémica jurídica.

3.5.2.- Definición del derecho al título nobiliario.

3.5.2.1.- Regulación legal.

La regulación legal de los títulos nobiliarios ha sufrido los avatares que la historia política española ha experimentado en los dos últimos siglos, experimentado grandes vaivenes a cada cambio de régimen[207]. Esta regulación ha sido muy cambiante, por lo que aquí intentaremos exponerla de la manera más esquemática y simple posible.

Una vez finalizado el Antiguo Régimen, con la implantación del Estado liberal tras la promulgación de la Constitución de 1812, ciertas instituciones feudales pervivieron, como lo hizo el reconocimiento de los títulos nobiliarios otorgados hasta el momento. La regulación jurídica de esta pervivencia se produjo a través del artículo 13 del Decreto XXXVIII de las Cortes Constitucionales del trienio liberal, de 27 de septiembre de 1820[208].

Con el paso del tiempo, y llegada la primera República, por medio de un Decreto de 25 de mayo de 1873 se prohibió a partir de ahí la concesión de nuevos títulos, aunque no se impedía el uso de los concedidos hasta el momento[209].

Tras la restauración de la monarquía, a través del Decreto de 25 de junio de 1874 se derogó el citado anteriormente, restableciendo la regulación de primer tercio de siglo. Así mismo, a inicios del presente siglo se completó la regulación sobre este derecho, en diversos aspectos[210].

Una vez llegada la Segunda República, el Decreto de 1 de junio de 1931[211] volvió a pronunciarse en términos muy similares a la regulación de la Primera

---

[207] En una regla de tres histórica muy lógica, en los dos cortos periodos republicanos que ha vivido nuestra historia política en los siglos XIX y XX, el reconocimiento legal de los títulos nobiliarios sufrió un evidente recorte, para cambiar a una regulación más favorable en los periodos monárquicos o en el último régimen de este siglo previo a la democracia.

[208] El texto íntegro es; «Los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutan como anejas a ellas subsistirán en el mismo pie y seguirán el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia».

[209] El texto especifica que no se concederían en el futuro nuevos títulos; «si bien no se pondrían impedimentos al uso que se hiciera de los antiguos en las relaciones privadas y sociales».

[210] A través del Real Decreto 27 de mayo de 1912 con el texto refundido regulador de los mismos, y sus complementarios de 28 de junio de 1915. Sobre inscripciones en el Registro Civil, decreto de 29 de julio de 1915, y sobre certificaciones de los Reyes de Armas, Decreto de 8 de julio de 1922 de rehabilitación de títulos y la Real Orden de 21 de julio de 1915 con Estatutos de la Grandeza.

República, prohibiendo la concesión de títulos en lo sucesivo sin impedir que en las relaciones sociales se siguiesen utilizando los ya obtenidos.

Tras finalizar la guerra civil española se promulgó la Ley de 4 de mayo de 1948, que deroga el decreto de 1-6-31 y la Ley de 30-12-31[212], que fue desarrollada por el Decreto de 4 de junio de 1948. Este último, en lo que más interesa al presente estudio, en lo relativo a la sucesión post-mortem de los mismos, en su artículo 5 dispone que; «El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el Título de concesión, y en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia».

Finalmente, ya en la España democrática y constitucional actual se publica la última regulación relativa a los mismos en el Real Decreto de 11 de marzo de 1988, a través del cual se modifican los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912 y de 8 de julio de 1922, sobre la concesión y rehabilitación de títulos nobiliarios y grandezas.

Con estas breves referencias hemos de dar por finalizada la relación de avatares que la regulación sobre títulos nobiliarios ha "sufrido" en nuestro derecho. No obstante, existe otra normativa, realmente residual en cuanto a su situación en nuestro ordenamiento, pero que va a tener gran importancia en relación al uso que se haga del título, y con ello la protección jurídica que el mismo pueda tener. Ésta es la contenida en el artículo 135.3º del RRC., cuando el mismo regula los asientos establece que; «En los asientos se expresarán los títulos nobiliarios o dignidades cuya posesión legal conste o se justifique debidamente en el acto». Con ello, el título se puede inscribir en el Registro Civil junto al nombre, y será usado unido a él como parte del mismo.

3.5.2.2.- Posturas doctrinales.

El principal tema de discusión de la doctrina de verdadero interés para nuestro trabajo respecto a los títulos nobiliarios, y por lo que lo hemos traído a esta tesis doctoral, es si los mismos se han de considerar derechos de la personalidad o no. Debido a esto no estudiaremos aquí las definiciones que se han dado, que por lo general se desarrollan muy similares a las del derecho al nombre, no aportando un

[211] Aprobado y ratificado con fuerza de ley por la Ley de 30 de diciembre de 1931.

[212] Su primer artículo dispone que: «Se restablecen, en cuanto no se opongan a la presente Ley y Decretos que la complementen, las disposiciones vigentes hasta el 14 de abril de 1931 sobre concesión, rehabilitación y transmisión de Grandezas y Títulos del Reino, ejercitándose por el Jefe del Estado las gracias y prerrogativas a que aquéllas se refieren».

concepto en sí, sino constatando la existencia de su regulación. Al respecto, traeremos aquí, solamente, la acertada definición de MARÍN PÉREZ[213], según la cual el derecho al título nobiliario; «es un derecho exclusivo y excluyente de usar y disfrutar, social, pública y privadamente, del nombre o calificativo del título, con todas las prerrogativas legales y tradicionales inherentes a él».

Los autores que afirman que el derecho al título si se encuentra dentro de los derechos de la personalidad[214] argumentan que la naturaleza jurídica del mismo es la misma que la del nombre, ya que, según ellos, igual que éste, el título sirve igualmente para identificar e individualizar a la persona, y por ello junto a él se ha de considerar derecho de la personalidad.

Sin embargo, en la doctrina española va abriéndose paso la postura que estima que el derecho al título nobiliario no es derecho de la personalidad[215], y la principal argumentación que se ofrece al respecto es que se trata de una merced o dignidad social otorgada sólo a ciertas personas, con lo que no cumple los requisitos necesarios existentes en nuestro Derecho civil para poder estimar que nos encontramos ante un derecho de la personalidad.

Personalmente me sitúo en esta segunda postura por varias razones. La primera es que el derecho al título no cumple con uno de los requisitos fundamentales que en el epígrafe de los caracteres de los derechos de la personalidad estudiábamos para apreciar la existencia de uno de ellos. Éste es el de la inmanencia; que el derecho existiese en cada persona por el simple hecho de su nacimiento, o, al menos, estuviese latente en el elenco de sus derechos. En el caso de los títulos, que únicamente se obtienen por concesión de la libérrima voluntad del Jefe del Estado, y a partir de ahí, por sucesión, no estamos ante un derecho susceptible de que TODOS puedan ser titulares del mismo. Una segunda razón es que el derecho puede ser muy importante para su titular, o para quien crea tener una expectativa de derecho de

---

[213] Vid. MARÍN, ob. cit. nota 184, págs. 115 y 116.

[214] En esta postura situamos, en diferentes épocas históricas a; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Derecho civil...*, pág. 148; MARÍN, ob. cit. nota 184, págs. 115 y 116; y a ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 62, si bien este autor aclara que para él, el derecho al título nobiliario es un derecho de la personalidad de carácter «especial».

[215] La postura contraria la observamos en; LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 219; o LASARTE, ob. cit. nota 8, pág. 220. Pero también hemos de citar a los autores que, simplemente, no los citan en sus clasificaciones y relaciones de los derechos que engloban dentro de los derechos de la personalidad, como son; LACRUZ, ob. cit. nota 13, págs. 63 y ss.; ROGEL, ob. cit. nota 15, págs. 54 y ss.; MALUQUER, ob. cit. nota 9, págs. 44 y ss.; o DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, págs. 336 y ss.

ostentarlo[216], pero esto no hace en absoluto que estemos ante una realidad que se deba considerar imprescindible para la realización plena del individuo como ser humano, o para el libre desarrollo de su personalidad, ya que éste se podrá producir con absoluta plenitud sin necesidad de que la persona sea titular de este derecho.

Ahora bien, una vez negado su carácter de derecho de la personalidad, y debido a que la existencia del título es algo lícito y admitido en derecho civil[217], estoy de acuerdo con LETE[218] en su opinión (que formula tras negarle al derecho ser de la personalidad) de que, respecto a sus titulares, ese derecho; «se agota en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros *de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre*; es decir, su esencia o consistencia se agota en su existencia».

Así pues, aunque el derecho no sea de la personalidad, una vez se es titular de él, debido a su naturaleza y a la redacción del artículo 135.3° del RRC, que incluso permite inscribirlo junto al nombre, el título pasa a ser parte de este derecho, y se protegerá junto a él. Recordemos a este respecto que el nombre, en consonancia con el derecho a la imagen se podía defender como derecho de la personalidad también tras la muerte de su titular[219].

3.5.2.3.- Jurisprudencia sobre el derecho al título nobiliario.

El derecho al título nobiliario, a pesar de su inicial falta de peso como derecho material dentro de todo nuestro sistema jurídico de derecho civil, ha presentado una gran conflictividad ante nuestros Tribunales[220].

---

[216] Como es habitual en quien aprecia un enriquecimiento o engrandecimiento (¿?) del propio nombre o del familiar si se obtiene dicho título. De ahí se ha derivado una apreciable litigiosidad en nuestros Tribunales cuyos protagonistas suelen ser varias personas que creen tener mejor derecho para ser titulares del mismo título.

[217] Recordemos que arriba recogimos toda la regulación de nuestro sistema jurídico que admite la existencia en él del derecho al título nobiliario. Esta licitud también se desprende de la numerosa jurisprudencia que ha venido a resolver los procedimientos referidos a ellos y que trataremos en el próximo epígrafe.

[218] Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 219.

[219] Este tema de la protección jurídica del derecho al título nobiliario lo dejamos aquí sólo apuntado, para ser tratado con detenimiento en el apartado dedicado a la situación del mismo tras la muerte de su titular.

De esta jurisprudencia únicamente nos centraremos en los aspectos relacionados con el derecho como derecho de la personalidad, o en sus aspectos sucesorios, por ser de nuestro interés. No obstante, al menos, citaremos simplemente, por su interés, que hay también otras materias sobre las que usualmente se han tenido que pronunciar las resoluciones judiciales, como son, por ejemplo, el orden jurisdiccional que ha de resolver las disputas[221], la rehabilitación de títulos anteriormente en desuso por parte del Jefe del Estado[222] o la cesión de los mismos[223], y por último, la materia menos estable en la jurisprudencia; el plazo de prescripción para la acción judicial de reclamación del título[224], en las que se han discutido si el plazo hemos de situarlo en 15 o 40 años[225], triunfando en este momento, la segunda opinión[226].

---

[220] Como ya reflejamos basada la misma, como no podía ser de otro modo, en el derecho que varias personas aspiran tener para ser los legitimados jurídicamente para ostentar determinado título o gracia, con exclusión de otros.

[221] Contra las resoluciones del Ministerio de Justicia resolviendo determinadas concesiones o rehabilitaciones se darán los procedimientos ante la Jurisdicción contencioso administrativa, como las sentencias de la Sala cuarta del Tribunal Supremo de; 13-3-87 (RJ. 1987\3628); 13-4-87 (RJ. 1987\4440); 25-5-87 (RJ. 1987\5840); 4-10-88 (RJ. 1988\7425); o 24-11-93 (RJ. 1993\8258). En cuanto a las reclamaciones entre particulares, será la jurisdicción civil la que resuelva, como las resoluciones de la Sala primera del Tribunal Supremo de; 13-10-93 (RJ. 1993\7512); 24-1-95 (RJ. 1995\164); 18-4-95 (RJ. 1995\3421).

[222] Sobre las que se pueden apreciar las Sentencias del Tribunal Supremo de; 7-12-88 (RJ. 1988\9324); 7-3-90 (RJ. 1990\1676); 3-1-92 (RJ. 1992\708); 19-2-94 (RJ. 1994\1233); o 7-11-94 (RJ. 1994\8580).

[223] En las sentencias del Alto Tribunal de; 27-7-87 (RJ. 1987\5877); o 5-3-92 (RJ. 1992\2392).

[224] Se puede apreciar este interés en el buen número de resoluciones que ha provocado: 23-1-87 (RJ. 1987\349); 5-6-87 (RJ. 1987\4044); 22-2-88 (RJ 1988\1075); 10-3-88 (1988\1811); 3-1-90 (RJ. 1990\3); 8-10-90 (RJ. 1990\7481); 12-12-90 (RJ. 1990\9997); 6-.3-91 (RJ. 1991\3072); 12-6-91 (RJ,. 1991\4446); 21-2-92 (RJ. 1992\1420); 24-3-92 (RJ. 1992\2281); o la de 16-11-94 (RJ. 1994\8839).

[225] Esta discusión doctrinal, y las dudas de la jurisprudencia los podemos apreciar en que, mientras que las resoluciones de 27-7-87 (RJ. 1987\5877) y la de 3-1-90 (RJ. 1990\3) vinculan la prescripción de la acción a la adquisitiva, es decir, a un plazo de 40 años, una intermedia a ellas, la de 20-2-88 (RJ. 1988\1075) estima que la acción, a tenor del artículo 1964 del Código Civil, prescribe a los 15 años por ser una acción personal sin término especial.

[226] La sentencia de 16-11-94 (RJ. 1994\8839) nos ofrece, a nuestro entender, el argumento definitivo, cuando en su FJ. 4° establece que; «Es doctrina ya consolidada y uniforme de esta Sala la de que la prescripción adquisitiva o usucapión de un título nobiliario se produce por la posesión ininterrumpida del mismo durante cuarenta años; resultaría contrario a la más elemental lógica jurídica el establecer que la acción para hacer valer el mejor derecho a una dignidad nobiliaria se extingue por el transcurso sólo de quince años, ya que ello conduciría al absurdo jurídico de que el mero detentador de un Título sin haber consolidado su derecho por la usucapión de cuarenta años se vería protegido frente al que ostentara un mejor derecho genealógico a dicho Título, al que se negaría

Pero entrando en su consideración como derecho de la personalidad, sólo una resolución se ha pronunciado claramente sobre ello, la de 28-11-81 (RJ 1981\4676) en su CDO. 8°, que ha sido admitida y seguida por la STC 27/82 en su antecedente segundo, y se muestra muy cercana a lo que aquí defendimos con anterioridad, cuando expone; «que tratándose de un derecho dimanante de una voluntaria concesión (...) no es productor en el ámbito jurídico, de un derecho inherente a la personalidad que deba ser objetivamente amparado con absoluta plenitud en todo tiempo y circunstancias, puesto que no todos tienen derecho al título nobiliario, y sí únicamente aquellos a los que se les haya legalmente concedido». Tras esta resolución, la STC 126/97 de 3 de julio –FJ.15°-, sin decir explícitamente que el título no es derecho de la personalidad sí se sitúa en la postura mayoritaria en la doctrina, cuando recoge que; «no tiene cabida en nuestro ordenamiento respecto a aquellas situaciones que poseen una proyección general», y que; «sólo posee hoy un valor meramente simbólico».

Así pues, hemos de entender que la Jurisprudencia, que posteriormente a estas resoluciones no se ha pronunciado al respecto, tampoco considera que el derecho al título nobiliario sea un derecho de la personalidad, por no gozar de la característica de inmanencia (al menos latente) a toda persona.

En cuanto al régimen sucesorio, tras la promulgación del RD de 4-6-48, que desarrolla la Ley de 4 de mayo del mismo año, y su artículo 5° que ya recogimos arriba, se configura como un régimen especial. En primer lugar se tendrá en cuenta lo dispuesto en el título de concesión, para después, y sólo en caso de no disponer éste nada, seguir el tradicionalmente observado en la materia, aplicando la jurisprudencia este precepto pacíficamente[227].

Pero es aquí donde nos encontramos con la situación más controvertida. El orden de sucesión tradicionalmente seguido en la materia es el de la Leyes de Toro, de 1505, de las que se desprendía que la sucesión, al igual que la de la Corona, se basaba en los principios de primogenitura, masculinidad y representación[228]. Durante

el ejercicio de su referido mejor derecho por no haber usado del mismo dentro del plazo de quince años.».

[227] Lo que se puede comprobar, entre otras, en las resoluciones del Supremo de; 20-6-87 (RJ. 1987\4540) –FJ. 1°-; 27-7-87 (RJ. 1987\5877) –FJ. 2°-; 13-10-93 (RJ. 1993\7512) –FJ. 4°-.

[228] Esta regulación proviene de los mayorazgos regulares desde la promulgación de las Leyes 27 y 40 a la 46, en 1505. No entramos a exponer toda esta regulación, por ser secundaria en nuestro único propósito de dejar aquí reflejada esta polémica jurídica. Para el interesado en el tema, la misma viene

mucho tiempo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo estimó que la preferencia del varón, tras la promulgación de la Carta Magna, era discriminatoria, y por lo tanto, inconstitucional[229]. Esta doctrina fue admitida por el Tribunal Constitucional hasta su resolución 126/97 de 3 de julio, que ha adoptado la postura contraria[230], con la natural polémica social al respecto[231]. No me resisto a finalizar el epígrafe sin manifestar que me sitúo junto a la Jurisprudencia del Tribunal civil[232].

3.5.3.- Situación del derecho al título nobiliario tras la muerte de su titular.

Una vez estudiada la naturaleza jurídica del derecho al título nobiliario y la sucesión del mismo tras la muerte de su titular hemos de ver la situación en la que el mismo se encuentra tras dicho fallecimiento. Como ya defendimos en la parte dedicada a nuestra doctrina, somos de la opinión de que este derecho no es de la personalidad, pero que una vez que alguien es titular del mismo, pasa a ser parte del nombre (incluso se puede inscribir en el Registro Civil como tal), y a tener, junto a él

---

desarrollada, entre otras, en las resoluciones del Tribunal Supremo de 20-6-87 (RJ. 1987\4540) –FJ. 1°- y en la de 27-7-87 (RJ. 1987\5877) –FJ. 2°-.

[229] Postura sostenida reiteradamente en las STS de; 7-7-86 (RJ. 1986\4414) –FJ. 2°-; 20-6-87 (RJ. 1987\4540) –FJ. 1°-; 27-7-87 (RJ. 1987\5877) –FJ. 2°-; 21-12-89 (RJ. 1989\8861) –FJ. 3°-; 24-1-95 (RJ. 1995\164) –FJ. 1°-; 18-4-95 (RJ. 1995\3421) -FJ. 3° y 4°-.

[230] En sus FJ. 12° a 16° estima que, debido a que la institución es simbólica y sin mayor valor jurídico, su pervivencia se ha de considerar en nuestro derecho civil ligada a su naturaleza histórica, y que si sigue considerándose en el derecho actual es en consideración de su recuerdo histórico, y con las características que tenía en dicha situación histórica ha de continuar.

[231] Surgida justo a continuación de su promulgación con numerosas tomas de postura tanto jurídicas como en prensa. Entre estas últimas, y denotando la polémica suscitada podemos señalar el artículo publicado por Natalia Figueroa en el periódico EL PAÍS de 11 de marzo de 1998 bajo el clarificador título de «¿Somos las mujeres de peor condición?»

[232] Y ésta es mi postura por varias razones. En principio porque, de los criterios de sucesión de los mayorazgos, todos son acorde al derecho civil salvo el de preferencia del varón, que ha de ceder ante el principio constitucional del artículo 14, que se ha de aplicar a todo el ordenamiento jurídico español. Tampoco se puede aplicar analógicamente lo recogido para la Corona porque esta regulación, tras su inserción en el artículo 57 de la Carta Magna, ha adquirido carácter de Derecho público constitucional, lo que no ha pasado con el derecho al Título. Finalmente, si bien el derecho al título no es derecho de la personalidad, no se puede argumentar, como hace el Constitucional que al ser simbólico se ha de quedar como tal, ya que tiene gran importancia para quien lo aspire ostentar (de ahí la gran litigiosidad que provoca), y no puede quedar al margen de un principio constitucional de imperativa aplicación a todo el ordenamiento jurídico.

la misma protección. Esta opinión nuestra es la que observamos también en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional[233].

Pues bien, una vez admitido que se protege igual que el nombre, ya recogimos en su estudio que éste se puede considerar bajo el manto protector de la LO. 1/82, en su artículo 7.6°. En esta situación la cuestión que se nos plantea es clara, ¿Se podrá proteger el título al igual que el nombre como un derecho de la personalidad?

La respuesta que nos aporta la jurisprudencia es afirmativa. En la resolución de 26-1-90 (RJ. 1990\26)[234] -FJ. 3°-, tras recoger que el artículo 7.6° tipifica como intromisión ilegítima; «la utilización del nombre de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga», considera que en este caso, se produce la intromisión; «al utilizar la denominación Bradomín (derivada del título de Marqués de Bradomín) para la comercialización de un vino». Así pues, el título se puede proteger como parte del nombre dentro de los derechos de la personalidad.

A raíz del mismo caso de lesión del nombre a través de la del título (siempre ligada a la del derecho a la imagen, como ya expusimos en el anterior epígrafe dedicado al derecho al nombre), que ha sido recogida por LASARTE[235], desarrolla este análisis de la situación post-mortem del derecho, ya que en dicha resolución era al padre del actor a quien se le había otorgado el título, y la demanda estaba interpuesta protegiendo el derecho al título nobiliario del padre fallecido, aceptando finalmente el Tribunal Supremo la existencia de dicho derecho.

---

[233] Así, en la STC 27/82 de 24 de mayo, en su FJ. 2°, cuando analiza la naturaleza jurídica del derecho al título se expone que; «su contenido jurídico se agota en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros *de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre*». La STC 126/97 de 3 de julio, en su FJ. 12° recoge esta argumentación, con sus mismos términos.

[234] Los hechos son los siguientes; Una cooperativa usaba el nombre de Bradomín para la denominación de un vino de origen. Con anterioridad, el Rey Juan Carlos I, mediante Real Decreto de 24 de junio de 1981 le concedió a Ramón María del Valle Inclán el Marquesado de Bradomín, como aprecio a su memoria, con todas las connotaciones que supone la concesión, como el derecho al uso y a su protección registral. Su hijo interpuso demanda de protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales *por utilización del nombre a título nobiliario otorgado a su padre* en la denominación de vino de origen. La misma fue desestimada en primera y segunda instancia, y el Tribunal Supremo estimó que sí existía intromisión en el derecho al nombre como derecho de la personalidad por el uso ilegítimo del derecho al título.

[235] Vid. LASARTE, ob. cit. nota 8, pág. 221. En ella el autor recoge que; «el Tribunal Supremo ha considerado aplicable el artículo 7°6 de la LOHIP (textualmente referido al nombre) a los títulos nobiliarios». Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1990 considera que utilización del título nobiliario "Marqués de Bradomín" para designar una marca de vino implica una intromisión ilegitima que es protegible por el derecho a la imagen.

Por todo lo referido, tras el fallecimiento de alguien que en vida ha sido titular del derecho al título nobiliario, se puede lesionar dicho derecho, lo que provoca la lesión del derecho al nombre[236]. En esta situación ambos derechos (nombre y título) tendrán la misma protección que la imagen (es decir, como derecho de la personalidad) gracias al artículo 7.6 de la LO/82. Por lo tanto, en nuestro sistema jurídico, el derecho al título nobiliario, tras la muerte de su titular sigue existiendo y es susceptible de protección.

Ésta es la situación que creemos que se da, pero antes de acabar este epígrafe hemos de hacer una matización. Una vez fallecido el titular de un derecho al título, éste pasa a quien le suceda. Así pues, si tras el fallecimiento se produce la intromisión en el derecho al nombre a través de la del derecho al título, a quien se estará atacando es al actual poseedor del título, no a su antecesor fallecido. Pero ello no impide que, utilizando el título junto al nombre del fallecido (no de su familiar vivo, ahora titular del mismo), se lesione el derecho a la imagen o al honor del finado. Esta situación se produjo en el caso resuelto en la sentencia del TS de 13-12-89 (RJ. 1989\8827)[237], en la que se estudia la posible intromisión en el derecho al honor de una persona fallecida, identificada por su título de Alteza Real junto a su nombre.

[236] Que ya analizamos con detenimiento en el epígrafe anterior, a cuyos argumentos nos remitimos.

[237] Los hechos son; En una revista se publicó un artículo sobre Su Alteza Real don Alfonso de Borbón y Dampierre, en el que se le tildaba de; «fantasmagórico pretendiente al trono de Francia» y de otros calificativos. Su esposa, en nombre del hijo de ambos (no tenía por qué actuar en nombre del hijo, ya que la LO. 1/82 le permitía actuar en el suyo propio), interpuso demanda de protección en defensa del honor del fallecido. En primera instancia se absolvió a los demandados condenándolos en segunda. En casación, sobre la vulneración en el honor **del fallecido** a través del uso de su título, el Tribunal Supremo estimó que, si bien la frase arriba recogida es soez, no es injuriosa, absolviendo a los demandados.

3.6.- Derecho de autor.

3.6.1.- Introducción. Cuestión previa.

En el presente epígrafe afrontamos el estudio del derecho de autor. Previamente hemos de aclarar que, a pesar de que lo hayamos situado dentro de los derechos de la personalidad en su esfera espiritual, ésta no es en absoluto una postura pacífica en la doctrina y jurisprudencia española. Por ello, en el siguiente apartado desarrollaremos la situación de esta controversia y expondremos la razón de habernos decantado por la postura de situar el derecho de autor (en su perspectiva moral) dentro de los derechos de la personalidad[238].

Situamos el tratamiento de este derecho en el último lugar de los destinados a los derechos de la personalidad en su esfera espiritual porque el mismo no forma parte del núcleo central de los mismos, léase honor, intimidad familiar y personal e imagen (al que se ligan el derecho al nombre y al título nobiliario) que ya han sido tratados.

Ello no obstante, es éste un estudio que puede resultarnos de gran interés, debido a que el derecho de autor ha sido legislado en nuestro país, así como en gran parte del derecho comparado[239], ciertamente con una mayor atención (tanto en su situación en vida del titular como tras la muerte del mismo) que los derechos contenidos en la LO. 1/82 de 5 de mayo. Así pues, del detenido estudio de la regulación de la situación post-mortem del derecho moral de autor podemos obtener una visión de conjunto más adecuada de cuál podría ser el camino que en un futuro próximo pueda tomar en nuestro sistema jurídico la regulación del resto de los derechos de la personalidad de la esfera moral tras la muerte de su titular.

Como reflejamos en su título, centraremos el contenido de esta introducción en una cuestión previa, que será trascendental en el desarrollo de estos epígrafes. Ésta es la actual diferenciación que en la totalidad del derecho europeo se da entre

---

[238] Sobre la diferencia que se da entre las dos esferas fundamentales del derecho de autor, esto es, la patrimonial y la moral, la naturaleza de cada una de ellas en nuestro derecho o la adecuación de este término de "moral" para el derecho de autor o no, trataremos justo a continuación en esta misma introducción. No obstante no haber expuesto el tema aún, aclaramos previamente que nos decantamos por considerar esta diferenciación como adecuada, y situamos dentro de los derechos de la personalidad a la esfera moral del derecho de autor.

[239] La importancia del tema en el derecho comparado, especialmente en el europeo, motiva que en este apartado de la tesis doctoral nos centremos más en la regulación existente en estos otros derechos extranjeros que en apartados anteriores, lo que sin duda, creemos, enriquecerá la adecuada visión de conjunto que se debe tener sobre la situación de este derecho post-mortem.

dos aspectos del derecho de autor, como son el patrimonial y el "moral" o más personal, su adecuación o no, lo acertado de su terminología, las consecuencias que supone, etc.

Debido a que lo que interesa a este estudio es dicha diferencia, y no otros aspectos paralelos, no nos detendremos en estudiar con atención el desarrollo histórico que ha experimentado el mismo, con su aparición en el último cuarto del siglo pasado en los sistemas jurídicos francés y alemán, o su virtual configuración como derecho autónomo tras el Convenio de Berna de 1886[240].

Como comentábamos, el derecho de autor ha sido admitido como derecho autónomo en los sistemas jurídicos europeos desde finales del siglo pasado, por lo que su "historia vital" no es desdeñable. En ella loa principales temas de discusión son el de la naturaleza jurídica del mismo (a la cuestión de si estamos ante un derecho de la personalidad o no le dedicamos el siguiente epígrafe), y el de si ésta se pueden desprender varios aspectos claramente diferenciados.

Esta diferenciación ya fue acogida en nuestro derecho a mitad de siglo por el profesor CASTÁN[241], cuando defendía que; «La vieja discusión acerca de la naturaleza jurídica del derecho de autor (...) se va despejando en la actualidad merced a la distinción que en su contenido se hace de dos categorías de poderes: los *derechos materiales*, pecuniarios o patrimoniales (que giran en torno a la publicación y explotación de la obra, cesión o enajenación, etc.) y los *derechos morales*, personales o extrapatrimoniales (que salvaguardan la paternidad de la obra y la defensa de su integridad)». A este último lo llama Derecho ***moral*** de autor. Tras esta categórica afirmación, en nuestro país poco a poco se afianza esta postura, separando claramente los dos aspectos del derecho, los patrimoniales y los morales, postura ésta que se ha de considerar pacíficamente admitida en la doctrina española actual[242].

---

[240] Sobre el desarrollo histórico del derecho de autor, y tras esta admisión del mismo como tal en el citado Convenio de Berna de 1886, junto con los problemas que se observaron en el mismo, y su progresiva admisión en todo el derecho comparado europeo durante la década de los 30 del presente siglo, se puede consultar un estudio de la primera mitad del mismo (lo que refleja lo avanzado que el mismo se encontraba cuando el resto de los derechos de la personalidad en su esfera espiritual aún gozaban de un tímido reconocimiento inicial), como es el de; PÉREZ SERRANO, N., *El derecho moral de los autores*, ADC, II., 1949, págs. 7 y ss.

[241] Vid. en su obra; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Los derechos...*, págs. 5 y 58. En este texto recoge que el origen de esta diferenciación lo hemos de situar en Alemania con KOHLER, y que fue seguida en el derecho italiano por DE CUPIS, DEGNI o GANGI.

[242] Así, en esta posición, además del trabajo ya citado en esta introducción, anterior al del profesor CASTÁN de PEREZ SERRANO, ob. cit. nota 240 en su totalidad, podemos encontrar, entre otros muchos, y citando tanto a autores cercanos a los anteriores como a otros más actuales, a; MARÍN

También la jurisprudencia española, siguiendo una tendencia que ya empezó a ser marcada por una antiquísima jurisprudencia italiana[243] desde hace bastante tiempo hasta nuestros días, sigue esta línea señalada, de diferenciar claramente entre ambos tipos de derechos. Así lo podemos apreciar muy claramente ya en la STS de 21-6-65 (1966\3607)[244] que en su considerando primero define la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, defendiendo que; «La construcción jurídica de dicha propiedad (la intelectual) es considerada en torno a la publicación y explotación de la obra, su cesión o enajenación –denominados derechos patrimoniales- y los dirigidos a salvaguardar la paternidad de referida obra y a la defensa de su integridad, con un conjunto de facultades que se concentran en lo que se llama usualmente derecho moral de autor...». Tras esta primera admisión, que como vemos no es en absoluto reciente, en la actualidad hemos de considerar que la jurisprudencia admite absolutamente la diferenciación que observamos en nuestra doctrina entre ambos aspectos del derecho de autor[245].

Por último, las posibles dudas que nos puedan surgir sobre la existencia en el derecho español de un derecho de autor que separa las facultades patrimoniales de las personales las elimina absolutamente la Ley de Propiedad Intelectual[246], que recoge

---

PÉREZ, ob. cit. nota 184, pág. 107; LETE DEL RÍO, ob. cit. nota 3, pág. 220; STORCH GRACIA, J., *Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta*, LL., 1989, págs. 1178 y ss.; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 69, o a GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, pág. 67.

[243] Como lo demuestran las fechas de las primeras sentencias italianas que llevan a cabo esta diferenciación; las de Cass. Sez. II Civil de 17-11-1931; o las de Trib. Apel. Milano 17-11-38 y, más cercana, la de 17-10-63; o por último, la de Cass. Sez. I; 19-7-66.

[244] Los hechos se refieren a un tema que tuvo una segunda resolución de nuestro Alto Tribunal Civil tras la publicación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, que citaremos posteriormente. Los mismos se centran en que una empresa, tras comprar una escultura a Don Pablo Serrano, la desmontó y guardó por no ser adecuada para el hotel en el que se pretendía situar. El escultor interpuso demanda de protección del derecho de autor por el desmonte de la obra, que no prosperó, por diferenciarse claramente entre las facultades patrimoniales y las morales de dicho derecho y, estar en dicho tema, según el Tribunal Supremo, ante un tipo de ejercicio del derecho patrimonial de la empresa sobre la obra, no ante la vulneración del derecho moral del autor sobre ella.

[245] Como se puede apreciar en las innumerables Sentencias del Tribunal Supremo que así la acogen, como las de; 14-10-83 (RJ. 1983\5326) –Cdo. 1°-; 14-2-84 (RJ. 1984\1129) –Cdo. 3°-; 9-12-85 (RJ. 1985\6320) –FJ. 3°-; 5-6-87 (RJ. 1987\4006) –Cdo. 2°-; 3-6-91 (RJ. 1991\4407) –FJ. 4°-; 2-3-92 (RJ. 1992\1834) –FJ. 2°-; 19-7-93 (RJ. 1993\6164) –FJ. 3°-; 29-12-93 (RJ. 1993\10161) –FJ. 2°-; 28-1-95 (RJ. 1995\387) –FJ. 3°-; 30-10-95 (RJ. 1995\7653) –FJ. 3°-; 31-3-97 (RJ. 1997\3578) –FJ. 4°-; 20-2-98 (RJ. 1998\971) –FJ. 2°-; 22-4-98 (RJ. 1998\2598) –FJ. 4°-; 26-6-98 (RJ. 1998\5019) –FJ. 1°-.

en su articulado claramente esta diferenciación, cuando en su Capítulo III°, en el que se regula el del derecho de autor, recoge su contenido, y dedica su primera Sección al Derecho moral, la segunda a los Derechos de explotación y la tercera a otros Derechos.

Una vez centrada y aclarada la separación que en nuestro sistema jurídico realiza tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia de los dos aspectos del derecho de autor (de lo que derivamos que, por un lado, se encuentra el derecho patrimonial de autor, y por otro el moral, que es un derecho personal, íntimamente ligado a la persona), en este epígrafe analizaremos únicamente este último, ya que es el que se podría encuadrar dentro de los derechos de la personalidad, porque en el caso del derecho patrimonial de autor nos encontramos claramente ante un derecho de propiedad[247].

Así mismo, hemos de destacar también que esta dicotomía es la admitida con total generalidad en el derecho comparado. En cuanto a la legislación, tanto la europea como la del resto de países extranjeros admite la citada diferenciación, en la legislación vigente en la actualidad y en la promulgada anteriormente[248]. También encontramos con asiduidad en la doctrina comparada la admisión de esta separación entre los dos conceptos, con gran influencia en nuestro derecho, lo que ocurre tanto en doctrina italiana[249] como en la de otros sistemas jurídicos[250].

---

[246] Promulgada por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que modifica en determinados aspectos la anterior Ley de 11 de noviembre de 1987.

[247] Así pues, éste será nuestro planteamiento a partir del presente momento. Hemos de aclarar aquí, ya incidiremos con mayor profundidad en ello en su momento, que la legislación no ha llevado a cabo esta diferenciación en el resto de los derechos de la personalidad, ya que, como ya estudiamos anteriormente, la LO. 1/82 los trata en su totalidad, reconociéndole su carácter personal, aunque con la posibilidad de que al mismo se le una cierta progresiva patrimonialización. Por todo ello, en estos derechos –honor, intimidad e imagen- ambos aspectos son uno solo, como ya expusimos en los epígrafes dedicados a los mismos.

[248] Así lo podemos observar en las legislaciones de sistemas jurídicos, en inicio tan dispares, como los de; Italia, tanto la Ley de 7-11-1925, arts. 16 y ss., o la vigente en la actualidad de 22-4-41, arts. 20 y ss; Méjico, Ley de 21-12-47, arts. 1 y ss.; Salvador, Ley de 6-9-63, arts. 5 y ss.; Hungría, Ley de 26-4-69, arts. 8 y ss.; Japón, Ley de 1-1-71, arts. 18 y ss.; o la de Yugoslavia, Ley de 20-7-68, arts. 29 y ss.

[249] Así, en el derecho italiano, en diferentes épocas jurídicas, podemos recoger a; FERRARA. L., *La nuova legge italiana sul diritto di autore*, RiDCo, 1941, I, págs. 4 y ss.; NAPOLITANO, G., *La nuova legge italiana sul diritto di autore*, DiA., 1941, pág. 116; FABANI, M., *Diritti morali degli autori dell'opera cinematografica e potere di disposizione del film*, DiA., 1972, pág. 444; DE CUPIS, ob. cit. nota 17, pág. 583; RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato 2, Persone e famiglia*, UTET, 1982, pág. 170;PERLINGERI, P., *Il diritto civile nella legalità constituzionali*, Napoli, 1988, pág.

Por último, y antes de entrar en el análisis de la discusión planteada en la doctrina española sobre si el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad o no, no queremos dejar de citar que la terminología utilizada para designar estas facultades, la de derecho *moral* de autor no nos parece la más indicada. Antes citaremos a qué facultades nos referimos (las desarrollaremos más adelante), y serán las que el derecho le concede a cada autor por el hecho de publicar su obra, que no están relacionadas con la posibilidad de explotarla, sino con la de ser reconocido como autor de la misma y a que ésta no sea violada como obra de su ingenio por la cual desarrolla su personalidad.

Es evidente que éste no se puede calificar de derecho "moral" en contraposición a la posibilidad de un derecho "inmoral" o "amoral" de autor, o porque el mismo contenga la condición moral del mismo, o un mayor valor moral en su contenido. Calificar a cualquier derecho como moral no es la opción más adecuada, pero, quizás probablemente, no exista una terminología que fuese adecuada para todos, ya que si denominamos a estos derechos como personales estaríamos ante la misma cuestión. ¿Significaría ello que el derecho de explotación no es personal? Evidentemente no.

Mucho se ha escrito sobre la inadecuación de esta terminología y la posibilidad de adoptar los términos de paternidad intelectual, derechos personales, derecho de respeto personal, etc.[251], pero la del *"Derecho moral de autor"*, que empezó a gestarse a finales del siglo pasado y que terminó por aceptarse en Europa en la primera mitad del presente[252], a pesar de que hayamos reflejado su

387; SCALASI, A., *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, págs. 155; TRANE, P., *In tema di disponibilità della tutela del diritto morale dell'autore all'integrità dell'opera*, DinfInf, 1990, pág. 193; RICCIUTO, V., *La pubblicazione dell'epistolario confidenziale di uno scrittore. Ancora in tema di personalità morale dell'autore dopo la sua morte*, DinfInf, 1995, en todo su texto.

[250] Como por ejemplo en el derecho francés, con; KAISER, ob. cit. nota 142, págs. 472 y ss.; o también, DESBOIS, H., *Le droit joral des auteurs (Vingt ans de jurisprudence française)*, DiA, 1979, pág. 337. Así mismo, admitiendo también esta diferenciación en un sistema jurídico nada parecido al español, en el rumano, podemos encontrar a; IONASCO, A., *Il diritto di autore in romania*, DiA., 1970, pág. 101.

[251] Estudios en los que se manifieste la inadecuación de esta terminología, así como todos los intentos que se han dado en nuestra doctrina para denominar a este conjunto de facultades, lo podemos encontrar, por ejemplo en; PÉREZ SERRANO, ob. cit. nota 240, pág. 8; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 69; o, en un estudio reciente que analiza con algo de detenimiento la polémica que ha suscitado la terminología; GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, págs. 80 a 84.

inadecuación, hoy en día es la plenamente aceptada en la legislación, tanto española[253] como comparada[254], así como en la jurisprudencia patria y extranjera[255], por lo que será la terminología que usaremos en la presente tesis doctoral de aquí en adelante.

3.6.2.- Premisa; El derecho moral del autor, ¿Derecho de la personalidad o no?.

En el presente apartado analizaremos una cuestión que hemos de considerar previa al estudio del derecho moral de autor tras la muerte de su titular, y es la de si el mismo se ha de considerar como derecho de la personalidad o no. Como es evidente, si no lo fuese, este estudio aquí estaría de más, ya que en la presente tesis estudiamos únicamente los derechos de la personalidad post-mortem. Es ésta una discusión ciertamente interesante dentro de todo lo relacionado con el derecho de autor, ya que es el punto de principal discordia en la doctrina española[256].

En un principio, del análisis de la legislación española, no podemos sacar conclusiones claras. Esto es debido a que la misma no se pronuncia con claridad sobre si el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad o no (creemos que intencionadamente, ya que, ante la polémica, el legislador opta por quedar al

---

[252] Sobre el surgimiento histórico de la terminología de derecho *moral* de autor también nos remitimos, por no ser tema a desarrollar aquí, al excelente trabajo del profesor PÉREZ SERRANO, ob. cit. nota 240, págs. 7 a 16, que estudia no sólo su surgimiento sino su consagración legislativa en el derecho comparado.

[253] Así, si bien no fue utilizada esta terminología en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 (aunque sí recoge algunas facultades del derecho moral), la Ley 17/1966 de 31 de mayo sobre Derechos de Propiedad Intelectual en las Obras Cinematográficas la usaba en su artículo 4°. Por último, y como ya hemos reflejado, en la actual legislación del texto refundido de 1996 se cita expresamente esta terminología de los Derechos morales dentro de las facultades del autor, conteniendo dicha sección los artículos 14 a 16.

[254] Así, además de en la legislación comparada contenida en nuestra nota 248, lo encontramos en las leyes de la RFA de 9 de septiembre de 1965, la colombiana n° 23 de 28 de enero de 1982 o en el Código Portugués del Derecho de Autor, en su capítulo VI, que se regula a partir de la Ley 45/85 de 17 de septiembre.

[255] Ambos casos, de admisión sin ninguna duda de esta terminología en la jurisprudencia española y comparada quedaron ampliamente citados en las notas 243 y 245.

[256] Una cosa hemos de destacar previamente. Como se verá a continuación, ésta no es en absoluto una cuestión pacífica en nuestra doctrina, ya que las posturas están en la actualidad ciertamente lejanas y encontradas. Por ello este estudio no podremos concluirlo certificando una única postura válida, debiendo centrarnos en exponer las principales posturas existentes en la actualidad, sus razonamientos y, tras ello, aportar y fundamentar nuestra opinión al respecto.

margen). Así, antes de diferenciar en el capítulo III° del primer libro de la LPI. entre derecho moral, derechos de explotación u otros derechos, el artículo 2 del texto refundido del 96, cuando legisla el contenido de la propia LPI nos dice que; «La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter *personal* y patrimonial...». No existe ninguna otra manifestación al respecto, por lo que podemos acreditar que el legislador, voluntariamente, queda al margen de la cuestión[257]. En cuanto a la legislación comparada, la situación es similar a la española[258].

Una vez observada la neutralidad que presenta la legislación respecto a la naturaleza jurídica del derecho moral de autor, estudiaremos las enriquecedoras y variadísimas posturas doctrinales que existen en torno a la misma. La diversidad se desprende del hecho de que, incluso dentro de los dos posicionamientos principales, los que le niegan el carácter de derecho de la personalidad y los que se lo otorgan, las argumentaciones son de lo más diversas.

Iniciaremos la exposición de la situación doctrinal actual en nuestro derecho civil con los autores que le niegan el citado carácter. Entre éstos, iniciada por el profesor BELTRÁN DE HEREDIA[259], una corriente se centra en que este derecho moral de autor; «implican una exteriorización que afecta no al ingenio en sí, ni a la posibilidad o libertad de su actuación, sino a sus expresiones concretas. Suponen una creación que, como la literaria o la artística, sale fuera de nuestro ser personal»[260]; es decir, se basa en la exteriorización que la obra supone respecto al autor. Otros autores argumenta falta de uno de los caracteres que se han de dar en estos derechos, como es el de la esencialidad, que no lo aprecian en el derecho moral de autor[261]. También algún estudio se centra en la existencia de un único derecho, que contiene

---

[257] En la superficial y breve exposición de motivos del Texto Refundido de 1996, que es el vigente en la actualidad en cuanto a la regulación de la propiedad intelectual, tampoco encontramos un pronunciamiento al respecto.

[258] La Ley Italiana de 1941, por ejemplo, en su artículo 20 que regula el contenido del derecho moral, también se limita a enumerar las facultades que el mismo conlleva.

[259] Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 12, pág. 55.

[260] Otros autores que siguen este posicionamiento, y en algunos casos citando expresamente el trabajo de BELTRÁN DE HEREDIA, son; LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 63; ROGEL, ob. cit. nota 15, págs. 55 y ss.; LETE, ob. cit. nota 3, pág. 221.

[261] Entre los que citaremos a; STORCH GRACIA, ob. cit. nota 242, pág. 1179, o a; OLLERO TASSARA, A., *Derechos del autor y Propiedad Intelectual. Apuntes de un debate*, PJ., n° 11, Sep. 1988, pág. 47.

los aspectos personales y patrimoniales, y que ese único derecho de autor no se puede considerar de la personalidad[262]. Por último, algunos autores optan simplemente por no recogerlos en sus enumeraciones de los derechos de la personalidad[263].

En cuanto a los autores que opinan que el derecho moral de autor sí es un derecho de la personalidad, también varias son las argumentaciones. Estos autores, hay que aclararlo, hablan siempre del derecho moral, claramente diferenciado del patrimonial. Por ello, en un inicio, algún autor se sitúa, sin especificar mucho más, en una situación en la que se admitía que este derecho es uno más de la personalidad, con lo que no se podían independizar de ésta[264].

Posteriormente, otro sector doctrinal se centró, en palabras de CASTÁN[265], en que este derecho; «atañe a un bien ideal, inseparable de la persona», que por ello se constituye como; «un bien personal de la paternidad intelectual, modo de ser moral de la persona del propio autor»[266]. Otro sector doctrinal opina simplemente que, al estar tratando del derecho moral de autor, su propia naturaleza lo sitúa dentro de los de la personalidad[267].

Por último, recogeremos a continuación una postura que nos parece fundamental en esta justificación de la naturaleza del derecho como uno de los derechos de la personalidad, y que desmonta una de las teorías que lo niegan. Ésta, proviniente de la doctrina italiana, es la que propugna ESPÍN CÁNOVAS[268], que ha

---

[262] Cfr. BERCOVITZ, F. y RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 209. Postura que como vimos con anterioridad, es absolutamente minoritaria en nuestro derecho, en el que se admite (nos referimos a legislación, jurisprudencia y doctrina) la plena separación entre los aspectos patrimoniales y los morales del derecho de autor.

[263] Como observamos en las enumeraciones de los derechos de la personalidad que llevan a cabo tanto DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, págs. 336 a 371; o LASARTE, ob. cit. nota 8, págs. 209 a 231.

[264] Estos autores, situados en los inicios del estudio del derecho moral de autor, son; PÉREZ SERRANO, ob. cit. nota 240, pág. 22, o; MADRIDEJOS, ob. cit. nota 11, pág. 277.

[265] Cfr. CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Los derechos...*, pág. 58.

[266] En una opinión seguida por otros autores, como, por ejemplo; MISERACHS SALA, P., *Acotaciones históricas a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, LL., abril 1985, pág. 2; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 70; o MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 45.

[267] Entre los que citaremos a; MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, pág. 107; MONTÓN, ob. cit. nota 5, pág. 874; CARRASCO, ob. cit. nota 6, pág. 97.

[268] Esta postura, que comentamos inicia en la doctrina italiana DE CUPIS (ya lo reflejamos en el epígrafe dedicado a los caracteres de los derechos de la personalidad, en concreto el de la esencialidad), es seguida por ESPÍN CÁNOVAS en varias obras, como, por ejemplo; ESPÍN

sido seguida por algún autor[269], y que se centra en el carácter de esencialidad del derecho de autor. Esta postura defiende que cada persona nace con una determinada capacidad creadora, que desarrollará en menor o mayor manera, o no desarrollará, pero dependiendo únicamente de su propia voluntad, sin necesidad de ninguna habilitación externa a su persona. Así pues, éste es un derecho innato en potencia, por lo tanto con una esencialidad especial, pero que sí goza de este carácter, por lo que sí se ha de considerar como derecho de la personalidad.

Finalmente, respecto a las diversas posturas existentes sobre este tema, el presente estudio no sería completo si no recogiésemos que algún autor manifiesta sus dudas cuando nos expone que «tal vez» el derecho moral de autor podría ser derecho de la personalidad[270].

Antes de entrar con la exposición de la situación en la doctrina comparada, toda vez que acabamos de explicar el derecho patrio, expondré mi postura personal al respecto. Ésta es la de que nos encontramos con un verdadero derecho de la personalidad por varias razones. La primera es que este derecho sí es esencial. Como vimos en el capítulo en el que tratamos de la misma[271], ésta implica que el derecho sea innato, y éste es el punto en el que inciden ciertos autores para negarles su carácter de derecho de la personalidad. Pero como ya expuse allí, hay algunos derechos que son innatos sólo en potencia, en expectativa, y que la persona los puede desarrollar en determinado momento de su vida por su propia voluntad. Es fundamental el hecho de que este desarrollo no depende de la concesión del derecho, ni de terceros, sino de su propia libertad. Es por ello por lo que estos derechos, entre ellos el moral de autor, sí se han de considerar como innatos, aunque no surjan plenamente justo con el nacimiento de la persona, porque nacen plenamente sólo cuando ésta los desarrolle, son innatos "en potencia". Algo parecido sucede con el derecho a la imagen. Hasta que no la captamos no nace el derecho del que gozamos en potencia o en expectativa.

CÁNOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, 1991, pág. 19, o en ; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos del autor de obras de arte*, Madrid, 1997, pág. 45.

[269] Como es GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, págs. 95 y ss.

[270] Duda al respecto que no hace sino confirmar lo discutido de la cuestión y que observamos claramente en; CLAVERÍA, ob. cit. nota 2, pág. 106.

[271] Que fue tratado en el epígrafe dedicado a los caracteres de los derechos de la personalidad, en la parte preliminar, epígrafe 5.1.

Pero una vez que la persona se convierte por propia voluntad en titular del derecho moral de autor en toda su extensión[272], éste cumple absolutamente el carácter de esencialidad, porque, como decía BELTRÁN DE HEREDIA[273] en el citado epígrafe en el que lo estudiamos, sin este derecho; «quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada del valor real, inactuada en su plenitud. En otras palabras, constituyen la esencia de la misma, en el sentido estricto del término». Todo ello es así porque, contrariamente a lo que opina parte de la doctrina, no hablamos de algo externo, el objeto, la obra de arte, sino del derecho moral, la íntima conexión personal que se establece entre el creador y su obra. Ésta es la única forma a través de la que el autor desarrolla plenamente su personalidad, por lo que el derecho moral de autor es indispensable para su desarrollo, configurándose como inseparable de la persona misma.

Completamos esta argumentación con la consideración de que, una vez que vemos que el derecho es innato o en potencia, y esencial, tras surgir el mismo cumple con todos los caracteres de los derechos de la personalidad que vimos en el epígrafe 5 de la parte preliminar, es inherente a la persona, irrenunciable, indisponible, imprescriptible e inexpropiable, por lo que se ha de considerar plenamente como un derecho de la personalidad.

Tras haber expresado nuestra opinión y antes de entrar en la reflexión sobre la postura jurisprudencial, dejaremos reflejado que en el derecho comparado más cercano a nosotros la situación parece más clara. En el derecho italiano la inmensa mayoría[274] de los autores defienden que el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad, ya que se considera, sin dudas, esencial e inseparable a la misma[275].

---

[272] Lo que sucede con el simple hecho de que una persona sea autor de una obra. Según el artículo 5 del Texto refundido de 1996, autor es; «la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica». Como vemos, la adquisición de esta condición sólo depende de la libérrima voluntad del sujeto y su capacidad creativa anterior, en lo que no interviene para nada ni terceros ni la administración, (ésta sólo para registrar la obra como suya, y en ningún caso para considerarlo como autor).

[273] Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit. nota 12, págs. 89 y ss.

[274] Una rara excepción puede ser FERRARA, que en sus obras; ob. cit. nota 195, págs. 375 y ss. o en; ob. cit. nota 37, págs. 77 y ss.

[275] Como podemos observar en autores de muy diferente épocas, como; DEGNI, ob. cit. nota 37, págs. 213 y ss.; NAPOLITANO, ob. cit. nota 249, pág. 116; DE CUPIS, ob. cit. nota 17, pág. 587; RESCIGNO, ob. cit. nota 249, pág. 170; PERLINGERI, ob. cit. nota 249, pág. 387; SCALASI, ob. cit. nota 249, págs. 154 y ss.; TRANE, ob. cit. nota 249, pág. 197; RICCIUTO, ob. cit. nota 249, págs. 632 y ss.

En la doctrina francesa, a partir de la Ley de 11 de marzo de 1957, la situación es similar, ya que la obra forma parte de su espíritu, y la proyección del pensamiento del propio autor[276].

Por último, en cuanto a la jurisprudencia, a pesar de una falsa impresión inicial de que la misma le niega el carácter de derecho de la personalidad, no podemos considerar que respecto a este tema la misma tenga una opinión definida. Y decimos lo de la falsa impresión porque nuestro Tribunal Supremo[277], en un principio se manifiesta claramente en contra de esta posibilidad. Así, las Sentencias de; 9-12-85 (RJ. 1985\6320) –Cdo. 3°-; 2-3-92 (RJ. 1992\1834) –FJ. 2°-; o 30-10-95 (RJ. 1995\7653) –FJ. 3°-; contienen, respectivamente, claras expresiones del tenor de; «el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad»; «el derecho moral antes aludido, con facultades personalísimas, aunque no sea derecho de la personalidad», centrando su posición en que el mismo no disfruta del carácter de esencialidad, ya que «toda persona no es autor».

Pero a pesar de la teórica claridad de estas sentencias[278], otras resoluciones del Alto Tribunal nos llevan a reflexionar. Y esto es así porque, además de que en algunas de ellas se le conceda al derecho el ya citado carácter personal o personalísimo[279], en otras se les advierten caracteres que sólo disfrutan los derechos de la personalidad propiamente dichos, cuando se nos dice que el derecho moral de autor; «es un elemento espiritual o vínculo moral que liga la obra a su creador»[280]; «es un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad»[281]; o «es una manifestación de la personalidad»[282].

---

[276] Lo que se puede apreciar claramente también en diversas épocas históricas, en autores con trabajos como; COLIN y CAPITANT, *Traité de Droit civil,* núms. 581 a 585, París, 1957; KAISER, ob. cit. nota 142, págs. 472 y ss; DESBOIS, ob. cit. nota 250, págs. 333 y ss.; o MAZEAUD (H. Y J.), *Leçons de Droit civil,* I-2°, núm. 669, París, 1981.

[277] Analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo por ser éste el que ha se ha pronunciado sobre la posibilidad o no de que el derecho moral de autor sea un derecho de la personalidad, mientras que el Tribunal Constitucional no ha estudiado esta controversia.

[278] Nos manifestamos con esta reserva ya que en las resoluciones aquí recogidas se sitúa el juzgador en una posición algo ambigua, ya que en ellas se admite que estamos ante un derecho que disfruta de un evidente carácter personalísimo, y así expresamente se refleja, aunque a continuación se le niega rotundamente su carácter de derecho de la personalidad.

[279] Lo que observamos en las resoluciones de; 14-10-83 (RJ. 1983\5326) –Cdo. 1°-; o de 3-6-91 (RJ. 1991\4407) –FJ. 4°-.

[280] Vid. STS 14-2-84 (RJ. 1984\429) –Cdo. 3°-.

Por último, para acabar con la evidente conclusión de que no podemos considerar la jurisprudencia del Tribunal Supremo como claramente definida, la última sentencia que se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del derecho moral de autor hasta la fecha[283], la de 28-1-95 (RJ. 1995\387) –FJ. 3°- admite explícitamente su condición de derecho de la personalidad (eso sí, citando la indefinición doctrinal y jurisprudencial) cuando recoge que; «La naturaleza jurídica de los derechos de autor resulta debatida, pero no se puede desconocer su aspecto de integrar efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima».

Recapitulando la situación aquí desarrollada, mientras que la legislación no se pronuncia, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran divididos sobre si el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad o no (aunque, como acabamos de ver, parece que se decanta por su admisión como tal, gracias a su admisión de hecho sobre ello). En esta situación, ya expusimos el por qué de que nuestra opinión es considerarlo como tal. A partir de ahí, estudiaremos la definición que existe en nuestro sistema jurídico del derecho moral de autor y, con mayor detenimiento, su situación post-mortem.

3.6.3.- Definición del derecho moral de autor.

Así pues, una vez que hemos definido cuestiones trascendentales, pero previas, en cuanto al derecho de autor, esto es, que tiene dos aspectos claramente diferenciados, derecho patrimonial y derecho moral, y que de ellos consideramos que el derecho moral es un derecho de la personalidad, nos centraremos aquí en el estudio de la definición de este último.

---

[281] Vid. STS 5-6-87 (RJ. 1987\4006) –FJ. 3°-.

[282] Vid. STS 19-7-93 (RJ. 1993\6164) –FJ. 3°-.

[283] A partir de esta resolución el resto de sentencias (las posteriores a 1995 que se contienen en la nota 245), quizás con la intención de no incidir aún más en lo dividido de la doctrina jurisprudencial, únicamente resuelve los casos que se le presentan, aclarando que admite la diferenciación entre el derecho patrimonial y el moral, pero sin pronunciarse sobre si éste es un derecho de la personalidad o no. Es por ello por lo que, a pesar de la evidente claridad de esta resolución, toda vez que no ha sido reafirmada por la jurisprudencia posterior, no damos por asentado este posicionamiento en la misma.

3.6.3.1.- Definición legal.

Centrados en el Derecho Civil[284], nuestra legislación, a pesar de regular con profusión las diferentes facultades que al autor le otorga este derecho moral, no nos ha ofrecido una definición del mismo[285]. Podemos considerar, junto con cierta doctrina[286], que la primera aparición del derecho moral de autor en nuestro derecho la debemos situar en 1933, con la inclusión en nuestro Derecho del Convenio resultante de la Conferencia de Roma de 1928[287].

Anteriormente a este Convenio, la Ley que reguló la Propiedad Intelectual en España (con algunas modificaciones, eso sí) durante más de un siglo, la de 10 de enero de 1879, junto a su reglamento de 3 de septiembre de 1880, no contenía si quiera la terminología de derecho moral de autor, cuanto menos nos daba una definición del mismo, aunque sí proteja algunas facultades que podríamos calificar como "personales"[288]. En cuanto a la terminología, el Proyecto de Ley de Propiedad intelectual de 1934 es el primero que la introduce, aunque nunca llegó a ver la luz[289].

---

[284] La regulación penal del derecho de autor ha variado sustancialmente con la promulgación del nuevo Código Penal. En el antiguo (texto refundido de 1973), la protección de este derecho se desarrollaba a través de los artículos 534, 534 bis a, b y c, y el 534 ter, en una sistematización no demasiado adecuada. Sin embargo, en el actual Código (aprobado mediante LO. 10/95 de 23 de noviembre) se recondujo la regulación penal de este derecho, a través de la inclusión de un capítulo, el XI°, que recoge todos los delitos contra la propiedad intelectual, el mercado y los consumidores, dentro del libro II°, de los delitos y sus penas, (Título XIII°; delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico), artículos 270 a 288. No analizaremos esta regulación, por no ser de nuestro interés, aunque adelantamos que tampoco ofrece una definición del derecho moral de autor.

[285] Por lo que podríamos considerar que este epígrafe, en lugar de denominarse "definición legal" podría ser llamado "regulación legal". Hemos decidido dejarlo así porque nuestra intención es llevar a cabo este estudio con la intención de llegar a obtener una adecuada definición del derecho moral de autor.

[286] Entre la que citaremos a; PÉREZ SERRANO, ob. cit. nota 240, págs. 12 y ss.; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *derechos...*, pág. 58, o a; GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, págs. 100 y ss.

[287] Convenio que entra en vigor en el Derecho español a través de la Ley de 21 de julio de 1932, publicada en la Gaceta de Madrid del día 25 de abril de 1933. Sobre los Convenios Internacionales en los que se trató y se fueron legislando las bases del derecho de autor, tanto en su faceta patrimonial como moral, expondremos unos breves datos a continuación, cuando tratemos sobre la definición del mismo en la legislación extranjera. A ese lugar nos remitimos para consultar el texto del artículo 6 bis del Convenio (ver nota 294), si bien el mismo nunca se introdujo en la Ley de 1879, con lo que su virtualidad en nuestro derecho fue relativa.

[288] Así, el artículo 7 establecía que; «Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun para anotarlas», y el 8; «No es necesaria la publicación de las obras para que la Ley ampare la propiedad intelectual. Nadie, por tanto, tiene derecho a publicar sin permiso del autor una producción científica, literaria o artística que se haya estenografiado, anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición pública o privada, así como tampoco las explicaciones orales». Otras

En esta situación, la primera vez que se cita expresamente en nuestra legislación el derecho moral de autor es en la Ley 17/1966 de 31 de mayo[290], si bien no se acomete una definición, como tampoco se lleva a cabo en la Ley del Libro de 12 de marzo de 1975, aunque contiene algún artículo relativo al mismo.

Llegamos así a la legislación actual, la que hemos de centrar en el Real Decreto Legislativo 1/96 de 12 de abril, en el que básicamente se refunde la Ley 22/87 de 11 de noviembre con las diversas disposiciones que se publicaron a continuación de la misma[291]. En cuanto al derecho moral el texto refundido coincide con lo contenido en la Ley 22/87.

Este texto, en su Capítulo III°, que estudia el contenido del derecho de autor, regula antes que los derechos de explotación (Sección segunda), el Derecho moral, en su Sección primera, (artículos 4 a 16). Sin embargo, como indicábamos, de la Ley no podemos entresacar un concepto del derecho moral de autor, ya que no lo aporta. El artículo 14 únicamente recoge, en un principio, sus características; es «irrenunciable e inalienable» (en el artículo 2° lo califica como derecho de carácter «personal»). Continúa la regulación del artículo 14 exponiendo las facultades que se le conceden al autor, dentro de su derecho moral, como son las de; 1°.- Divulgar o no la obra y cómo hacerlo; 2°.- Desarrollar esa divulgación bajo nombre, seudónimo, signo o anónimo; 3°.- Obtener reconocimiento como autor; 4°.- Exigir respeto a la

---

facultades de las que podríamos considerar hoy como dentro del derecho moral de autor (aunque de manera muy lateral), los encontramos en los artículos 19 o del 21 al 25 del citado cuerpo legal.

[289] Preparado por la Comisión designada por la Orden Ministerial de 24 de febrero de 1934, redactado el 24 de mayo siguiente. En dicho texto, del que insistimos que no entró nunca en vigor, su artículo 19 establecía que; «El derecho moral del autor es inalienable. Por tanto, independientemente de los derechos patrimoniales, y aún después de la cesión de éstos, el autor conserva siempre la facultad de reivindicar la paternidad de la obra, así como la de oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de ella que para su honor y reputación fuera perjudicial». Evidentemente la entrada en vigor de este artículo hubiera sido muy importante para la implantación del derecho moral de autor en nuestro sistema jurídico en dicho momento histórico.

[290] En su artículo 4.3° se le otorga al autor de estas obras la posibilidad de; «exigir, tanto en la realización como en la exhibición el respeto a su aportación, pudiendo perseguir las alteraciones sustanciales que se lleven a cabo sin su autorización, así como los demás actos que atenten contra su *derecho moral de autor*.

[291] Se refunden en este texto la citada Ley y las Leyes; 20/92 de 7 de junio; 16/93 de 23 de diciembre, 43/94 de 30 de diciembre, 27/95 de 11 de octubre o la 28/95 de 11 de octubre. Las últimas cuatro Leyes incorporaban al derecho español sendas Directivas europeas, sobre protección de programas de ordenador, derechos de alquiler y préstamos sobre el derecho de autor, el plazo de protección del mismo o lo relativo a la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable.

integridad de la obra; 5°.- Modificar la obra (con condiciones); 6°.- Retirar la obra del comercio (con condiciones); 7°.- Acceder al ejemplar único[292].

Antes de reflejar la situación de la conceptualización del derecho moral de autor en el derecho comparado, hemos de reflejar que muchos fueron los Convenios Internacionales que empezaron a celebrarse en el siglo pasado que tratan la situación del derecho de autor en general, incluido el importante Convenio de Berna de 1886[293], pero no es hasta la ya citada con anterioridad Conferencia de Roma de 1928, que modifica este último tratado, en el que se recoge plenamente, aunque para nuestra desgracia también sin citarlo expresamente ni definirlo, el derecho moral de autor[294].

En el derecho comparado, ya antes de la promulgación de este importante Convenio, algunas legislaciones introdujeron poco a poco ciertos derechos personales del autor, sin nombrar al derecho moral, como las de Polonia (1926), Rumania (1923) Checoslovaquia (1926), o Italia (1925)[295]. Pero es posteriormente cuando empiezan a proliferar legislaciones que tratan del derecho personal o moral de autor, aunque todas en la línea que en la actualidad presenta la española, sin

[292] Ésta es toda la regulación que esta Sección contiene sobre el derecho moral de autor en vida de su titular. Posteriormente, en los artículos 15 y 16 regula la situación post-mortem del mismo, lo que analizaremos, respetando la sistemática seguida hasta el momento en la presente tesis doctoral, cuando centremos su concepto en vida del titular.

[293] Este derecho se trató en los Congresos de Bruselas, 1858; Amberes, 1861 y 1877; París, 1877; Londres, 1879; Lisboa, 1880; Viena, 1881; Roma, 1882 y las Conferencias de Berna, celebradas entre 1884 y 1886, que dieron como resultado el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886, que entró en vigor el 5 de diciembre de 1887, y que constituye uno de los instrumentos internacionales más importantes para la generalizada admisión posterior en los derechos continentales de la regulación del derecho de autor. Fue la base de la regulación internacional de este derecho, completado y modificado en numerosas ocasiones, para adaptarlo al paso del tiempo, en París, 1896; Berlín, 1908; Berna, 1914; Roma, 1928; Bruselas, 1948; Estocolmo, 1965; y por último, de nuevo en París, 1971.

[294] El texto de su artículo 6 bis es el siguiente; «1°.- Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, y lo mismo después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva el derecho de reivindicar la paternidad de la obra, así como el derecho de oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de dicha obra que fuese perjudicial a su honor o a su reputación». En el apartado 2° se establece que cada legislación nacional protegerá este derecho con los medios que establezca, así como la protección post-mortem del derecho, que ya recogeremos con posterioridad. Como vemos, se acoge la protección del derecho, citando las facultades que le otorga, pero no se define.

[295] Esta última, por ejemplo, en su artículo 16 reconoce, sin citar el derecho moral la facultad del titular (independientemente de la patrimonial) de reclamar «en todo tiempo» el derecho de paternidad, de reconocimiento, o de respeto.

aportar una definición del mismo, recogiendo únicamente algunas facultades, pero sin definir el derecho, utilizando unas leyes esta terminología de moral[296] y otras no[297].

Las Leyes europeas posteriores al Convenio de 1928 que más nos pueden interesar tampoco elaboran expresamente una definición del derecho moral, aunque sí regulan con cierto detenimiento algunas facultades del mismo, siempre independientemente del derecho patrimonial de autor. Así, la Italiana de 22-4-41, en su artículo 20 y 21 recogen el derecho de paternidad, de respeto, de inédito o de modificación de la propia obra. En el Derecho francés, la Ley de 11-3-57, modificada por la de 31-7-85, en sus artículos 6, 7, 11 y 32, establece el derecho como perpetuo, inalienable e imprescriptible, y le reconoce las facultades de paternidad, inédito, publicar con seudónimo o anónimamente, o de arrepentimiento o retirada de la obra. La Ley alemana de 9-9-65, artículos 11, 12, 13, 14, 42 y 25 reconoce las mismas facultades. La portuguesa, con apenas 15 años de vida[298], tras diferenciar específica y claramente entre los dos aspectos del derecho[299], dedica un capítulo entero del; «Código portugués de derecho de autor y derechos conexos», el VI° del Título I°, arts 56 a 62, al derecho moral, calificándolo de «inalienable, irrenunciable e imprescriptible», con unas facultades similares a las observadas anteriormente en el derecho español.

[296] Como la del Salvador de 6-9-63, en su artículos 5, 6 y 7; o la de Hungría, de 26-4-69, en sus artículos 8 a 12. Ambas, como citábamos establecen las facultades del derecho moral de autor, sin definirlo.

[297] Como apreciamos en las de Méjico, 21-12-47, de Bulgaria, 12-11-51; la de Yugoslavia, 28-9-57; o en la de Japón, 1-1-70.

[298] Código portugués de los derechos de autor y derechos conexos de 14 de marzo de 1985 (aprobado por Decreto-Ley 63/1985), modificado por Ley de 17 de septiembre de 1985 (Ley 45-1985).

[299] En su artículo 9.1; «el derecho de autor comprende derechos de carácter patrimonial y de derechos de naturaleza personal, denominados derechos morales». El 9.3 empieza a regular las facultades cuando establece que; «Independientemente de los derechos patrimoniales, e incluso después de la transmisión o extinción de éstos, el autor goza de derechos morales sobre su obra, especialmente el derecho de reivindicar la respectiva paternidad y asegurar su genuinidad e integridad».

3.6.3.2.- Definición doctrinal.

La doctrina española tampoco ha dado a luz gran cantidad de textos que traten de encontrar una definición definitiva del derecho moral de autor.[300] Como veremos después, la doctrina también afrontará el estudio del derecho moral desde la misma perspectiva que tomó en su momento PÉREZ SERRANO[301] (y que después también tomó la Ley), enumerando únicamente las facultades que le otorga al autor. Así, este autor, en un primer intento de acotar la Ley, nos dice que; «se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial. A lo cual ha de agregarse que el propósito inspirador es salvaguardar derechos tan sagrados para la personalidad del autor como el de...», y posteriormente enumera sólo las facultades otorgadas al autor, tales como paternidad, integridad, inédito o arrepentimiento.

Pero a pesar de todo ello, también podemos encontrar en nuestro derecho algún ejemplo de trabajos que acometen la difícil tarea de definir el derecho, como el del profesor CASTÁN[302], cuando nos dice que; «El derecho moral de autor (y cita a DE CUPIS[303]) constituye un derecho privado que tiene por objeto, no la obra del ingenio, que es un bien de naturaleza patrimonial, sino, más bien, el bien personal de la paternidad intelectual, modo de ser moral de la persona del propio autor», o el de MARÍN PÉREZ[304] que, aunque también cita las facultades, nos ofrece una interesante visión; «El derecho moral de autor, que se constituye como un verdadero derecho de la personalidad, ya que consiste en la facultad que a éste ha de reconocerse, en orden a la publicación de la obra, a exigir que la misma se lleve a cabo de forma que no lesione su reputación y buen nombre, que esa publicación se haga...», y sigue citando las facultades.

Por otra parte, la práctica totalidad del resto de la doctrina patria que analiza el derecho moral de autor lo hace desde la misma perspectiva que toma la Ley de

---

[300] Esto le hizo a GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, cuando en su obra monográfica sobre el derecho moral de autor en la LPI trata su concepto, citar solamente a dos autores españoles, como con PÉREZ SERRANO y ESPÍN CÁNOVAS (para definir el derecho), y posteriormente pasar a estudiar la doctrina comparada, debido a esta falta de definiciones. Aquí traeremos a estas páginas algún autor más.

[301] Vid. PÉREZ SERRANO, ob. cit. nota 240, pág. 9.

[302] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Los derechos...*, pág. 58.

[303] En su obra; DE CUPIS, ob. cit. nota 17, pág. 261.

[304] Vid. MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, pág. 107.

Propiedad Intelectual[305], es decir, no define inicialmente el derecho y centra la explicación de su objeto y naturaleza jurídica en la enumeración de sus facultades[306], que podríamos citar como las de; *Divulgación* (decidir si la divulga o no y cómo); *Paternidad* (que le sea reconocida); *Integridad* (de la obra); *Modificación* (respetando derechos adquiridos de terceros); *Retirada* (indemnizando los derechos de los titulares de la explotación); *De acceso al ejemplar único o raro de la obra* (indemnizando al titular del derecho); todas ellas contenidas en el artículo 14 del Texto Refundido de la LPI.

Vista la situación en el derecho español[307], muchos tratadistas del mismo han acudido a la referencia del derecho comparado para contar con definiciones del derecho moral de autor plenamente satisfactorias[308]. El principal aporte que ha hecho respecto a estas definiciones la doctrina comparada es centrar la identidad entre la propia obra y el desarrollo de la identidad de su autor.

Centrados en el derecho italiano, desde antiguo esta doctrina nos ofrece muestras de estas definiciones[309], pero con la intención de aportar en este trabajo una definición reciente que nos parezca completa, ZENO ZENOVICH[310], que estudia este tema con detenimiento, opina que; «individualizado de la obra existe un interés

[305] Basándose en el artículo 14 de la Ley 22/87 de 11 de Noviembre, que en su redacción inicial era similar al del texto refundido de 1996. Hemos de hacer notar la influencia que ha tenido el derecho comparado en esta situación, de ahí que en este epígrafe hacemos mucho mayor hincapié en él que en el resto de esta tesis doctoral. Esta realidad la certificamos en el hecho de que un autor que enumera las facultades mucho antes de la publicación de esta Ley, en 1962, como es MADRIDEJOS, coincide casi totalmente en su enumeración con la de la misma y la de la doctrina, salvo en la posibilidad de acceso al ejemplar único, gracias a la sintonía de nuestro sistema jurídico con los sistemas europeos.

[306] Entre estos autores, que únicamente se centran en las facultades (porque los citados con anterioridad, además de aportar una definición, también las citan), podemos citar a; MADRIDEJOS, ob. cit. nota 11, pág. 277; LETE, ob. cit. nota 3, págs. 220 y 221; OLLERO, ob. cit. nota 261, pág. 43; ESPÍN, ob. cit. nota 268, *Las facultades...*, págs. 54 y ss.; MALUQUER, ob. cit. nota 9, págs. 45 y ss.; o CARRASCO, ob. cit. nota 206, pág. 97.

[307] En el que, insistimos, algunos trabajos hay que buscan esta definición, pero, como hemos visto, no son muy numerosos.

[308] Como, entre otros muchos, el profesor CASTÁN, que como vimos, cita expresamente en su definición la obra del maestro DE CUPIS, ob. cit. nota 17, págs. 583 y ss.

[309] Obras de las que son fiel reflejo las de; DEGNI, ob. cit. nota 37, págs. 238 y 239; o la de NAPOLITANO, ob. cit. nota 249, pág. 116.

[310] Vid. ZENO ZENOVICH, V., *Disponibilità del diritto morale d'autore e spot pubblicitari nei film*, DinfInf, 1985, pág. 238.

personal, elemento esencial para la valoración de la reputación del autor, de tal modo que cada acto que altere negativamente la percepción que el público tiene de la obra y sea susceptible de cambiar, perjudicando, el juicio sobre ella, necesariamente recae y afecta a la personalidad del autor». Como vemos, se incide en la conexión obra-personalidad del autor[311], en la línea de otros autores italianos actuales[312].

En cuanto al derecho francés, también encontramos esta identificación ya desde antiguo[313], y también en autores actuales, cuando observamos que MAZEAUD[314], exponiendo la naturaleza del derecho moral de autor nos dice que; «La obra forma parte integrante de la personalidad del autor; es la creación de su espíritu, su pensamiento proyectado en el espacio y fijado en el tiempo. No puede por tanto, separarse enteramente de él». Sin embargo no nos resistimos a aportar la definición que, siendo lo más breve posible, nos parece muy acertada, la de SILZ[315]; «El derecho moral es un derecho absoluto que permite al autor hacer respetar su personalidad en su actividad creadora y en la obra misma».

Recapitulando, y buscando aportar una definición propia del derecho moral de autor[316], lo podríamos definir como; «Un derecho de la personalidad, íntimamente ligado al propio autor, que adquiere por el simple hecho de publicar una obra, y que tiene por objeto (independientemente de los derechos de explotación de los que el autor es titular) la creación intelectual de la misma, a través de la cual desarrolla plenamente su personalidad y capacidad creadora, y que a su vez protege el respeto y reconocimiento de su paternidad y a que la obra sea conocida tal y como la concibió el propio autor». Este derecho se manifiesta atribuyendo al autor las facultades contenidas en el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual.

---

[311] Independientemente de que estos y otros autores también identifiquen el derecho según las facultades que al autor se le aprecian o conceden.

[312] Como son; RESCIGNO, ob. cit. nota 249, pág. 171; ALPA y BESSONE, ob. cit. nota 87, págs. 75 y ss.; PERLINGERI, ob. cit. nota 249, pág. 387; o, por último, también TRANE, ob. cit. nota 249, pág. 193.

[313] Vid. COLIN y CAPITANT, ob. cit. nota 275, núm. 586. O, incluso más antiguamente, en 1935, MICHAELIDES NOVAROS, G., *Le droit moral d'auteur*, París, 1935, págs. 68 y 69, que también se apoya en citar algunas facultades, para hacer más cercana la definición.

[314] Vid. MAZEAUD, ob. cit. nota 276, núm. 669.

[315] Vid. SILZ, *La notion juridique de droit moral de l'auteur, son fondement, ses limites*, RiDC., T. XXXII, pág. 332.

[316] Intentando que no se centre únicamente en las facultades que la Ley le otorga al autor.

3.6.3.3.- Definición jurisprudencial.

Si hasta ahora no habíamos contado con una definición del derecho, parece que nuestra jurisprudencia va a paliar en algo la situación, ya que en la misma sí que podemos encontrar una postura clara, tanto respecto a la definición como a la fundamentación de este derecho moral de autor.

Así, ya desde la antigua resolución de 21-6-65 (RJ. 1965\3670)[317] –Cdo. 1°- se decanta por una corta y acertada definición que ha sido citada por otras sentencias[318]; «es el derecho personalísimo que el autor tiene a la paternidad de su obra, a que la misma no se deforme ni mutile y a reproducirla», que podemos completar con lo contenido en la resolución de 14-2-84 (RJ. 1984\1129) –Cdo. 3°-; «que liga la obra a su creador».

Así pues, es la Jurisprudencia la que consigue desempantanar algo el tema. La misma logra, a pesar de las mínimas aportaciones legales y algo más numerosas doctrinales antes también recogidas, centrar adecuadamente qué hemos de entender por el derecho moral de autor. Han sido pocas las sentencias estudiadas y que han afrontado esa definición, pero han sido ciertamente decisivas y definitivas para que podamos abordar con mayor garantías el estudio de su situación post-mortem que iniciaremos justo a continuación[319].

---

[317] Los hechos son los contenidos en la nota 244.

[318] Que siguen básicamente esta línea, que como veremos (aunque cita algunas de las facultades del derecho moral), sí que podemos considerarla como una verdadera definición del derecho. Estas otras resoluciones que básicamente siguen esta antigua definición, aunque hagan un mayor hincapié en el fundamento del derecho, sus aspectos prácticos o facultades que otorga al autor, son las STS. de; 14-10-83 (RJ. 1983\5326) –Cdo. 1°-; 5-6-87 (RJ. 1987\4006) –Cdo. 3°-; 2-3-92 RJ. 1992\1834) –FJ. 2°-; 20-2-98 (RJ. 1998\971) –FJ. 2°-; 22-4-98 (RJ. 1998\2598) –FJ. 4°-; 23-3-99 (RJ. 1999\2005) –FJ. 3°-. Con respecto a esas pequeñas diferencias que pueden haber entre sentencias, una importante aportación en cuanto al fundamento del derecho nos parece la de la resolución de 30-10-95 (RJ. 1995\7653) –FJ. 3°-, que establece que el derecho es; «derivado de la creación y paternidad de la obra que aporta a la sociedad y que por su talento, genio o ingenio, arte o inspiración, han logrado crear».

[319] Pero antes de acabar este epígrafe recogeremos que existen dos resoluciones del Tribunal Supremo ciertamente interesantes, especialmente respecto a la fundamentación de la misma. Una es la resolución de 9-12-85 (RJ. 1985\6320) –FJ. 3°- más centrada a las facultades del derecho. Otra, la de 3-6-91 (RJ. 1991\4407) –FJ. 4°-, más al contenido filosófico del derecho. Citaremos esta última, ya que la primera es ciertamente extensa, y no tan interesante a nuestro trabajo. En ella, se recoge que este derecho satisface; «su propia estima y prestigio del autor de una obra de creación y reconocimiento por los demás, como proceso de socialización de la cultura, mediante el cual los hombres adquieren valores y comunicaciones espirituales, que contribuyen a su perfección humana». Nos parece una interesante forma de destacar la importancia del reconocimiento del derecho moral de autor, tanto para éste como para la colectividad en la que vive y se expresa su obra.

3.6.4.- Situación del derecho moral de autor tras la muerte de su titular.

Entramos en este momento a abordar el apartado fundamental, para el presente trabajo, del estudio del derecho moral de autor, el de su situación post-mortem. Le hemos dedicado una especial atención a este derecho, a pesar de no ser de los del bloque fundamental de la LO 1/82 porque, llegados a este momento, podremos observar cómo en cuanto a su situación post-mortem ha sido más tratado por la legislación que el resto de los derechos de la personalidad, con lo que nos puede servir de referencia sobre cuál puede ser el futuro de la regulación de dicho situación de éstos.

Aclaramos que estamos ante el estudio de la regulación post-mortem del aspecto moral del derecho de autor, de sus cualidades personalísimas, del que antes hemos fundamentado el por qué, a nuestro entender, se trata de un derecho de la personalidad. Nada nos interesa, ni será tratada aquí, la situación post-mortem de sus facultades patrimoniales[320].

Tomamos, por lo tanto, este aspecto moral del derecho de autor como referente de los derechos regulados en la LO. 1/82[321] porque se trata de un derecho de la personalidad y porque se ha de identificar, en su situación post-mortem, con el aspecto social de los derechos al honor, intimidad e imagen que, a nuestro entender, siguen existiendo entre nosotros tras la muerte de su titular, como ya expusimos y fundamentamos en los epígrafes dedicados monográficamente a los mismos. Esto es así porque estos derechos (ya se trataron su contenido y definición), tienen un contenido eminentemente personal en nuestro sistema jurídico español, sin el que no existirían como tal, contenido que se ha de identificar necesariamente con el del aspecto moral del derecho de autor. Todo ello independientemente de la progresiva patrimonialización que hayan podido experimentar estos derechos a raíz de la

[320] Estas facultades patrimoniales, al tratarse de un derecho únicamente patrimonial, no presentan ningún interés para el contenido de la presente tesis doctoral, el de los derechos de la personalidad, que se caracterizan precisamente por este carácter personalísimo. Éste es el por qué de que aquí no profundicemos más en su análisis. Sin embargo, es evidentemente interesante para este trabajo la situación post-mortem del aspecto moral del derecho de autor, en el que sí que nos extenderemos algo.

[321] Nos referimos evidentemente al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. No citamos aquí expresamente el derecho al nombre (y el relacionado con él en cuanto a su protección, el del título nobiliario) porque, como analizamos y expusimos en los epígrafes relacionados a ellos, estos derechos se protegen relacionados (casi subordinados) a la protección que esta LO. 1/82 le otorga al derecho a la imagen, aunque en su naturaleza jurídica de derecho fundamental son derechos autónomos.

práctica social y de la publicación de la LO. 1/82, como ya reflejamos en el lugar oportuno[322].

Entrando en el contenido de este epígrafe, en el mismo analizaremos punto por punto la situación post-mortem del derecho moral de autor, en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tanto la española como la comparada. Como veremos, seguiremos prestando atención al derecho comparado, ya que en el mismo se ha producido una gran admisión de la regulación post-mortem de este derecho, inspirando así a la legislación española.

3.6.4.1.- Legislación.

La legislación histórica española, en su inicio no reguló la protección del derecho moral tras el fallecimiento de su titular. La Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 no establece nada al respecto, aunque sí recogiese algunas facultades de este derecho, sin citarlo.

Hasta la última ley de 1987 no se regula expresamente y con detenimiento esta situación, si bien podemos considerar que en nuestro derecho se protege el derecho moral de autor post-mortem indirectamente a través del ya citado Convenio resultante de la Conferencia de Roma de 1928, que admitido en nuestro derecho a través de su publicación en España[323], contenía en su articulo 6 bis la siguiente redacción;

> «La Conferencia expresa el deseo de que los países de la Unión estudien la posibilidad de introducir en sus respectivas legislaciones, si ya no contienen disposiciones a este respecto, reglas encaminadas a *impedir que después de la muerte del autor su obra sea deformada, mutilada o alterada de cualquier otro modo, con perjuicio del renombre del autor y de los intereses de la literatura, de la ciencia y de las artes*»[324].

---

[322] En el epígrafe dedicado a los caracteres de estos derechos de la personalidad ya reflejamos que en nuestro derecho estábamos asistiendo a la adquisición de estos derechos de un carácter algo más patrimonializado. Esto no es óbice para que el aspecto esencial de estos derechos sea el de ser personalísimos, e inherentes a la persona, independientemente de esta circunstancia. Así lo ha querido la LO. 1/82, que ha regulado estos derechos desde esta perspectiva personal, admitiéndole este rasgo patrimonial al considerar como lícito el consentimiento, y su revocación; «previa indemnización de daños y perjuicios a quien se hubiese prestado el mismo». Esta forma de legislar nos hace pensar que estamos ante unos derechos personalísimos con cierta patrimonialización, pero en ningún caso unos derechos con dos aspectos diferenciados, como ocurre con el derecho de autor.

[323] Ya dejamos aquí indicado que dicho Convenio fue aceptado en nuestro país mediante ley de 21 de julio de 1932, insertado con su texto íntegro en la Gaceta de Madrid del día 25 de abril de 1933.

Antes de la legislación actual existe en nuestro derecho un intento de regulación del derecho moral post-mortem, pero el mismo, en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1934, no vio nunca la luz[325]. Posteriormente, las leyes sobre las obras cinematográficas de 31 de mayo de 1966 y del Libro de 12 de marzo de 1975 no regulan expresamente esta situación. Contrariamente a ellas, la Ley 22/87 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual sí lo hace en sus artículos 15 y 16. La analizaremos junto con lo contenido en el Texto Refundido del Real Decreto legislativo 1/96, toda vez que ambas regulaciones son absolutamente similares.

En este texto legislativo se recoge la defensa post-mortem del derecho moral en la sección donde éste se regula, la primera relacionada con el contenido del derecho de autor, en los artículos 15 y 16[326]. En ellos se diferencia el tratamiento que se le da al derecho, dependiendo de las facultades de las que hablemos[327]. Este tratamiento es el siguiente:

A) Las facultades 5ª, 6ª y 7ª, modificar la obra, retirarla y hacerse con el ejemplar único de la misma, desaparecen tras la muerte del autor.

---

[324] Como vemos ésta no es una verdadera protección del derecho moral de autor tras la muerte de su titular, sino que recoge la necesidad de introducirla en las legislaciones de cada país. No obstante, tras la admisión de este Convenio en nuestro país, lamentablemente, el contenido del mismo no se tradujo en la deseable revisión de la LPI de 1879. Por ello que opinemos que en España no se protegía realmente el derecho moral de autor post-mortem, sino solamente, como calificamos, de manera indirecta, ya que el texto del Convenio arriba recogido no tiene vocación de protección, sino de principio programático ideal. Así también lo manifestaba CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Los derechos...*, pág. 59.

[325] Ya recogimos en la nota 289 la tramitación parlamentaria del mismo, así como el primer párrafo de su artículo 19, que recoge la regulación del derecho moral de autor. El segundo trata de la situación post-mortem. Su texto íntegro era; «Las obras de importancia notoria para el arte, la educación o la cultura no podrán ser modificadas o alteradas después de la muerte del autor en forma que disminuya su valor o estimación pública. Las Corporaciones que por precepto de la Ley o de sus Estatutos estén encargadas de la defensa o custodia de los intereses literarios, culturales o artísticos, tendrán derecho a impedir que se perjudique o deprecie la obra, y a tal efecto podrán solicitar del Estado que adopte las medidas necesarias».

[326] Es de destacar que prácticamente se le presta más atención a esta regulación post-mortem, quizás por lo delicado de la misma, que a la de su situación en vida, dedicándole dos artículos a la primera y uno a la segunda.

[327] Recordamos ahora, con la intención de hacer más cómodo el seguimiento de la exposición, que es el artículo 14 de la LPI el que contiene las facultades que contiene el derecho moral de autor y que se otorgan al autor, que son; 1ª.- A divulgar su obra y cómo; 2ª.- A hacerlo con su nombre, seudónimo, signo o anónimo; 3ª.- A que se le reconozca como autor; 4ª.- A que la obra quede como él la creó; 5ª.- A modificar él la obra, respetando los derechos de terceros; 6ª.- A retirar la obra del comercio, por cambiar las convicciones morales del autor, también respetando los derechos de terceros; 7ª.- A acceder al ejemplar único de la obra.

B) Las facultades 3ª y 4ª, es decir, las de exigir el reconocimiento de la condición de autor y el respeto a la obra, quedan plenamente vigentes tras el citado óbito de manera perpetua, *sin limitación alguna de tiempo* a determinadas personas legitimadas por la Ley, que serán, en este orden;

1°.- La persona natural o jurídica designada por el autor en testamento.

2°.- En su defecto. los herederos.

3°.- En su defecto el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales u otras instituciones públicas culturales legitimadas para ello.

C) La facultad 1ª (y por ello la 2ª)[328], a divulgar la obra y a cómo hacerlo seguirán vigentes en manos de los legitimados citados en la letra B por un periodo de setenta años[329], sin perjuicio de la cláusula subsidiaria en interés de la cultura contenida en el artículo 40 de la LPI[330].

Así pues, con esta regulación, el derecho moral de autor no desaparece tras la muerte de su titular, sino que siguen existiendo determinadas facultades. Por un lado, la obra ha de quedar tal y como está, y nadie la puede cambiar respecto a cómo la terminó su autor. Pero a raíz de ahí, los legitimados podrán decidir si divulgan o no las obras que el autor no divulgó en vida (con ciertas matizaciones), y cómo lo hacen, durante 70 años a partir de los cuales la obra entra a formar parte del dominio público. En este momento cualquiera podrá divulgarla y explotar esta divulgación respetando la paternidad e integridad de la obra[331].

---

[328] Dejamos aquí avanzada nuestra opinión al respecto, sobre la que profundizaremos en el apartado dedicado a la situación jurisprudencial. La Ley no dice nada sobre la facultad 2ª del artículo 14, ya que en su artículo 15.2 habla de la facultad contenida en el punto 1°. Pero opinamos que si se le da a alguien la capacidad de decidir sobre la divulgación, también se le otorga la de decidir cómo se divulga (la facultad 2ª), ya que va implícita en la primera.

[329] En un principio la Ley de 1987 recogía que este periodo sería por 60 años, aunque en virtud de la Ley 27 de 11 de octubre de 1995 se incorpora la Directiva 93/98/CEE del Consejo de la Unión Europea de 29 de octubre, armonizando este plazo en el previsto para la Unión Europea. Posteriormente, en el texto refundido ya se recogió esta iniciativa, igualando el plazo del ejercicio de los derechos patrimoniales post-mortem con el de esta facultad personal en concreto.

[330] Este artículo, bajo el título de «Tutela del derecho de acceso a la cultura» recoge que; «Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución (promover la cultura), el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo».

Por último, y quizás en el aspecto más interesante para nosotros sobre el derecho de autor post-mortem en este momento, sin limitación de tiempo alguna se han de proteger, y siguen con ello vivas entre nosotros, las dos facultades a través de las cuales manifiesta más plenamente su personalidad el autor, como son las de respetar la obra tal y como él la concibió y que siempre se le reconozca como autor de la misma. A nuestro entender la consecuencia lógica es evidente, el derecho moral de autor (del autor fallecido) sigue con plena vida y vigencia una vez que éste perece, no desaparece, y es este derecho el que defienden los legitimados para ello.

Pasamos a exponer ahora la legislación comparada sobre este derecho. Antes hemos de recordar que la primera protección que a nivel global se le concedió en el derecho internacional se dio en el Convenio resultante de la Conferencia de Roma de 1928[332], aunque la última redacción que al respecto se le dio al citado artículo fue la de la Revisión de Estocolmo de 1967[333].

Iniciamos el estudio de la legislación comparada con los sistemas jurídicos que más se asemejan al nuestro, que por ello nos serán de gran interés. En cuanto al derecho italiano, éste es el primero en recoger en toda Europa esta regulación con cierta amplitud, ya que en su Ley de Autor de 7-11-1925 ya se regulaba la posibilidad de proteger algunas facultades del derecho moral de autor tras el fallecimiento de su titular[334]. Así, en sus artículos 24 y 25 se regulan diversos aspectos post-mortem[335].

---

[331] En el apartado dedicado a la discusión doctrinal, expondremos las dudas más interesantes que la regulación ha suscitado entre nuestros autores, como si se ha de respetar o no la voluntad del fallecido al respecto, qué hacer en caso de varios legitimados o la limitación acordada para esta legitimación.

[332] Artículo 6 bis. Vid. nota 294.

[333] Última elaboración del artículo 6 bis porque en la siguiente revisión del Tratado en la Conferencia de París de 1971 éste no se modificó. Por lo que respecta a su contenido final, y en lo referido a la protección de la paternidad e integridad de la obra, el mismo es; «Serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales y ejercidos por todas las personas e instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos».

[334] Decimos bien en relación a que es ya la primera legislación que lo recoge, antes incluso que cualquier Convenio internacional, como reflejamos arriba. Recordemos que por esa fecha la legislación española sobre el derecho de autor ni siquiera citaba expresamente el derecho moral, cuanto menos su protección post-mortem, que se introdujo en la normativa de 1987 (ciertamente tardía en comparación al año 1925, en el que se estableció en el derecho italiano).

[335] Toda vez que nos centraremos en la legislación vigente en la actualidad, en este momento sólo recogeremos aquí el texto de estos dos artículos; El 24 recogía que; «Después de la muerte del autor,

a la obra, nada dice la citada legislación, aunque la doctrina estima que se le ha de aplicar el mismo régimen que al de divulgación[338]. Respecto a la facultad de retiro de la obra, la misma no existe tras la muerte del titular del derecho de autor[339].

En cuanto a la Ley alemana de 9-9-65, hemos de tener en cuenta que dentro de la misma el derecho moral no tiene una virtualidad propia, sino que goza de una regulación conjunta a la del derecho patrimonial[340]. En cuanto a su protección post-mortem, el derecho de publicación, regulado en el artículo 42 de la Ley, puede ser anulado por el autor durante dos años tras la cesión de la obra. La discusión doctrinal se centra en si esta facultad se le transmite o no al mandatario post-mortem en caso de haberlo[341]. En todo caso los legitimados serán los herederos, o un mandante si lo hubiese determinado el fallecido. Las facultades de revocar la obra y de modificarla se pueden hacer valer si se demuestra que el fallecido lo dejó indicado o que quiso hacerlo y no pudo. No obstante, todas las facultades del derecho moral de autor se extinguen a los 70 años de la muerte del mismo[342].

Finalmente, en el Código portugués de 1985 se legitima en su artículo 57 a los sucesores del autor para defender las facultades de paternidad e integridad, hasta la caída de la obra en el dominio público, función que le corresponderá a partir de ahí

[338] Ciertamente la Ley sí que le concede esta facultad al autor en vida, pero nada dice tras su muerte de ella. No obstante, toda vez que el derecho a la divulgación post-mortem está tan plenamente recogido en la legislación, la doctrina ha considerado que no se le puede conceder a alguien el derecho a divulgar, que es lo más, sin darle lo menos, el de respetar la obra ya divulgada, que es un derecho que va conexo al primero. No obstante ello, la jurisprudencia no ha interpretado la Ley de una manera tan laxa. Para consultar esta situación en el derecho francés, se puede consultar a; MANCA GRAZIADEI, A., *Il diritto morale di autore in Italia, Francia e Germania: vicende post-mortem auctoris*, DiA, 1987, págs. 230 a 235; y en nuestro derecho, a; ESPÍN, ob. cit. nota 268, *Las facultades...*, pág. 130.

[339] No recogida en el artículo 32 de la Ley de autor francesa, bajo la argumentación de que se le concedería una excesiva discreccionalidad al autor.

[340] Todo ello en la mejor tradición alemana de la teoría monista de los derechos de la personalidad estudiados aquí con anterioridad. El derecho de autor es uno en sus dos aspectos, moral y patrimonial, y con ello el moral obtendrá la misma regulación y protección que el patrimonial.

[341] El centro de la discusión se centra en la posibilidad de que el fallecido establezca claramente su postura con respecto a la posibilidad de retirar la obra. En esta situación chocarían los intereses de los derechos de explotación y los del titular de esta facultad moral. La doctrina alemana se decanta por admitir esta posibilidad en caso de mandamiento expreso. Vid. MANCA, ob. cit. nota 338, pág. 240.

[342] Junto con la extinción de las facultades patrimoniales. Vemos en esta situación la principal diferencia entre el derecho alemán y los derechos español e italiano, en los que estas facultades de protección de la paternidad y de respeto a la integridad de la obra son perpetuas.

al Ministro de Cultura. Éste podrá también defender la obra antes si se encontrase en peligro por desidia de los titulares del derecho[343].

Por último, y con la intención de no extender innecesariamente el epígrafe, citaremos que no es ésta la única legislación que recoge la defensa post-mortem del derecho moral de autor, ya que también la llevan a cabo los sistemas jurídicos de países sudamericanos[344], de la órbita socialista[345] y otros ciertamente alejados de nuestro entorno jurídico[346].

Hemos recogido con profusión la legislación existente tanto en España como en el derecho comparado por un motivo ya antes apuntado, y éste es el de que el derecho moral de autor, quizás porque la necesidad de esta regulación se ha planteado con anterioridad a la del resto de los derechos de la personalidad, ha sido el derecho más regulado en cuanto a su situación post-mortem. Así, en la práctica totalidad de los derechos estudiados se admite que algunas facultades personalísimas del derecho moral de autor se perpetúan tras su muerte.

Con todo ello hemos querido aportar al presente trabajo una reflexión jurídica sobre la línea que puede seguir la posible evolución futura del resto de los derechos de la personalidad. Como ya reflejamos, creemos que el aspecto social de los mismos sigue vigente tras la muerte de su titular.

A continuación reflejaremos las posturas doctrinales que se han dado en nuestro derecho y en el comparado, que incidirán en los mismos aspectos que trata la legislación, ya expuestos con anterioridad, por lo que nos supondrá una exposición no tan extensa.

---

[343] Como vemos el régimen jurídico es ciertamente diferente a los vistos. En primer lugar se legitima sólo a los sucesores, no al designado en testamento, y esta protección es limitada en el tiempo, dándole gran preponderancia a la figura del Estado como defensor de la obra.

[344] Así, en legislaciones de diferentes épocas, como la mejicana, de 21-12-47, que en su artículo 8 establece la protección durante 20 años tan solo; o la brasileña de 24-12-66, que en su artículo 25 le da la legitimación a los herederos o al designado testamentariamente, hasta que la obra cae en dominio público, momento en el que la defensa la llevará a cabo el Estado.

[345] Muy en la línea de los sistemas totalitarios socialistas. Así, la Ley búlgara de 12-11-51 establece en su artículo 18 que se los legitimados son los herederos, la mujer (sic) y los hijos mayores de edad, pero la obra, a los ¡10 años! pasa a ser propiedad del Estado. En la Ley húngara de 20-7-68, se legitima al designado testamentariamente y en su defecto a los sucesores –art. 12-, durando la protección 50 años tras el fallecimiento. En la Yugoslava de 20-7-68 se transmite al designado en testamento o a las asociaciones de autores, por 50 años –art. 79-.

[346] Como en la Ley japonesa entrada en vigor el 1-1-71, que en sus artículos 112, 115, 116 y 120 establece que la protección a una obra tras la muerte de su titular la podrá ejercer su familia o el designado testamentariamente, durante 50 años tras su muerte, según el artículo 51.

3.6.4.2.- Posturas doctrinales.

Quizás motivado por la cercanía a nuestros días de la promulgación de la legislación de la *Propiedad Intelectual que vino a reconocer en nuestro país* la posibilidad de la defensa post-mortem del derecho moral de autor[347], no han sido muchos los autores que han estudiado con gran profundidad el tema, aunque no nos falten elementos de juicio para analizar determinadas cuestiones. Antes de citar la situación en nuestra doctrina de los motivos de discusión más interesantes no podemos dejar de nombrar que ya en 1949 el profesor PÉREZ SERRANO se adelantó tres décadas a la legislación y propuso que, acorde con el Convenio de Roma, ya introducido en nuestra legislación, se regulase sobre esta situación post-mortem, llegando incluso a proponer en aquel momento histórico cómo podría desarrollarse la citada futura regulación del tema[348].

Iniciando el estudio de las posturas doctrinales que se han dado sobre esta regulación, analizaremos aquí los temas de discusión que más nos interesan. Nos detendremos especialmente, como no podía ser de otra forma, en el fundamento de la legitimación, en el por qué de la defensa post-mortem de este Derecho que establece la Ley, así como del objeto de la misma, sobre si se protege el derecho del fallecido, el de los legitimados o de qué derecho estamos hablando. Antes analizaremos brevemente las facultades que el citado cuerpo legal establece.

Sobre la regulación de éstas en general no existen grandes conflictos doctrinales. Así, dada la claridad de la ley en algunos puntos, poco se puede discutir sobre a quién se le legitima para actuar (designado, herederos y Estado, en este orden). Sobre qué facultades se le otorgan a estos legitimados, tampoco hay grandes dificultades, ya que la Ley las cita con la misma enumeración que tienen en el artículo 14 (nada dice da las 5ª, 6ª y 7ª y sí cita las 1ª, 3ª y 4ª)[349]. Por último, tampoco

---

[347] Hemos de reconocer que la legislación que por primera vez reconoció estas facultades tiene 13 años de vida en la actualidad, lo que ha provocado que a raíz de ella no se desarrollen aún numerosos trabajos que la estudien en profundidad. Tras esta reflexión sobre la escasa doctrina española estudiaremos la situación del derecho comparado, lo que nos dará más datos para extraer conclusiones. Baste comparar los trece años de vida de la legislación española con los 58 de la italiana o los 42 de la francesa, por ejemplo, lo que ha motivado que en estos derechos exista un mayor bagaje doctrinal en relación a la discusión sobre los temas más controvertidos e interesantes para el presente estudio.

[348] Vid. PÉREZ SERRANO, ob. cit. nota 240, págs. 23 a 26. En dicho trabajo ya comenta el autor las posibilidades de la regulación en cuanto a quién se le podría conceder la legitimación: a quien el autor designe, a sus familiares en general o herederos en particular o al Estado. Como sabemos, la legislación, estableciendo cierta preferencia en los designados, los recogió a todos.

ofrece dudas el plazo que se les da para actuar a los legitimados (para divulgar o no 70 años, y para defender la paternidad y la integridad no hay límite de tiempo)[350].

Visto esto, los problemas que plantea el articulado son principalmente dos. El primero es la posibilidad de que existan varios legitimados, ya que tanto el autor puede nombrar a varias personas como tales o los herederos pueden ser una pluralidad de sujetos. En este caso no habría problema ninguno si todos están de acuerdo en qué hacer, en cuyo caso eso es lo que se llevará a cabo, salvo que todos estén de acuerdo en no divulgar y que esto se pueda considerar perjudicial para la cultura española por parte del Estado, que podría decidir divulgar la obra[351].

Pero el principal problema surge si no existe acuerdo entre los legitimados. En este caso existirá una evidente duda sobre lo que hacer, ya que unos pueden decidir sí divulgar y otros no hacerlo. Algún autor ha propuesto, al amparo de los artículos 398 y 895 del Código Civil que se tome la decisión según la mayoría[352]. Pero la mayor parte de la doctrina ha opinado que, análogamente al artículo 7.2 de la LPI dedicado a las obras colectivas, a pesar del silencio legal, en caso de disenso se ha de acudir a la autoridad Judicial[353]. Sin duda estoy con esta segunda postura, ya

---

[349] Como vemos, no hemos recogido en esta enumeración a la facultad 2ª, la de decidir cómo se divulga la obra, si bajo seudónimo, nombre, signo o anónimamente, ya que, como antes defendimos, consideramos que de la capacidad de divulgación ya se desprende que con ella también se otorga la facultad de decidir cómo se divulga la obra. De hecho, sobre este tema la doctrina que toca este tema y que citaremos a continuación ni siquiera se pronuncia. Lo que podría plantear más problema es si el legitimado a divulgar post-mortem ha de respetar la voluntad del autor, y la forma en la que éste divulgaba su obra en vida. Sobre la obligación de respetar esta voluntad trataremos justo a continuación.

[350] Así, los autores se pronuncian con serenidad y seguridad sobre estos temas. Alguno puede opinar sobre si esta legislación le parece la más acertada o no, si la exclusión de ciertas facultades es adecuada o no, si los legitimados deberían de ser otros o estar en otro orden, etc., pero no se plantean dudas sobre la interpretación que se ha de hacer de estos aspectos. Así, sobre estos temas que hemos citado, podemos observar la admisión de estas cuestiones en los trabajos de, ESPÍN, ob. cit. nota 268, *Las facultades...*, págs. 122 a 128; GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, págs. 132 a 140; o en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2ª ed., Madrid, 1997, págs. 245 a 267.

[351] Esto sucede porque el artículo 15 de la LPI posibilita al Estado acudir al artículo 40 de la misma en caso de que los legitimados decidan no divulgar. Este artículo le da esa capacidad al Estado, tras autorización judicial, en el caso de que dicha divulgación sea contraria al buen desarrollo de la cultura española. Lo que expresamente dice el artículo 40 es que si esta falta de divulgación es contraria al artículo 44 de la Constitución, podría actuar el Estado. Este artículo recoge en su punto 1º que; «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho».

[352] Vid. BERCOVITZ, ob. cit. nota 346, págs. 259 a 262.

[353] Así, sigue esta postura, en una opinión manifestada vigente la Ley de 1879; LACRUZ BERDEJO, *El ejercicio «post-mortem auctoris» del aspecto moral de la propiedad intelectual*, Temis

que estamos ante una situación muy delicada, relativa a la obra de alguien ya fallecido, en la que, además de la protección de la personalidad del autor finado, también entran en consideración aspectos públicos de protección de la cultura, con lo que se ha de aplicar por analogía lo ya acogido en el citado 7.2 de la LPI para las obras colectivas[354].

El segundo problema que se plantea es el de si es necesario que los legitimados respeten la voluntad del fallecido. En principio, una cierta lógica inicial nos haría decantarnos claramente por el hecho de que, si se conoce la voluntad del fallecido, sea absolutamente necesario que se respete[355], y así se ha pronunciado cierta doctrina[356]. Pero la legislación española no sólo es que calle al respecto, sino que lo ha hecho expresamente, ya que en la tramitación parlamentaria se eliminó una enmienda encaminada a recoger el respeto a la voluntad del fallecido[357], con lo que, a día de hoy, si existiese un solo legitimado para actuar en la defensa de estos derechos post-mortem y no cumpliese dicha voluntad, parece que con la legislación hoy en día vigente en la mano, poco se podría hacer por evitarlo[358].

Por último, entramos a analizar el fundamento de la defensa post-mortem. Partimos del reconocimiento de que existe una postura mayoritaria en la doctrina que estudia los derechos de la personalidad en general que estima que tras su muerte los

---

(Ciudad), 1962, nº 11, pág. 43. Y más actualmente; ESPÍN, ob. cit. nota 268, *Los derechos...*, pág. 167; y GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, págs. 135 a 140;

[354] Independientemente de que existan también otras razones justificadas en el derecho comparado, como que las dos legislaciones anteriores a la española que se pronuncian sobre el tema, la italiana de 1941 en su artículo 24 y la francesa de 1957 en el 20, hayan también optado por esta solución judicial de la controversia. Defendemos que no se puede dejar al juego de las simples mayorías esta decisión, lo que podría en la práctica hacer prevalecer intereses desconocidos (en algunos casos seguro que económicos) debido a que se ha de guardar el máximo respeto a la paternidad de la obra y a la cultura. Sin duda la mejor solución será que un tercero, investido de autoridad para ello, como es el Juez, decida esta controversia según lo más acorde a la Ley, a la voluntad del fallecido y a la cultura.

[355] Más si, como veremos a continuación, consideramos que la legitimidad otorgada a ciertas personas se basa en el respeto a la obra y, a través de ella, a la personalidad del fallecido.

[356] Vid., por ejemplo, a ESPÍN, ob. cit. nota 268, *Las facultades...*, págs. 124 y ss.; y a GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, pág. 137.

[357] Concretamente la enmienda 226 de la tramitación de la Ley, presentada por Coalición Popular. Recordemos que en la legislación comparada, artículo 24 de la ley italiana y 40 de la francesa sí se recoge expresamente que se ha de respetar la voluntad del fallecido.

[358] Tampoco si existiesen varios y actuasen de común acuerdo, aunque si hubiesen discrepancias, esta vulneración de la voluntad del fallecido se podría evitar acudiendo como antes dijimos a la autoridad judicial.

mismos desaparecen[359]. Pero quienes han estudiado este derecho en concreto reflexionan generalmente en otro sentido. Ya LACRUZ, en su estudio ciertamente anterior a la Ley del 87, expresaba que el legitimado; «no es titular», sino que ha de «hacer uso de estas facultades en defensa de la memoria del causante, la pervivencia de los derechos morales sólo es válida en el sentido de que ésta debe estar *orientada a la salvaguarda del pensamiento de quien dio vida a la obra*»[360].

En los estudios actuales no son pocos los autores que opinan así. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS defiende que la legitimación existe; «para exigir el cumplimiento de la voluntad del autor en el *ejercicio que hubiera hecho de las facultades personalísimas*»[361]. ESPÍN, por ejemplo, en su explicación sobre el fundamento de la legitimación, estima que; «Se explica que las Leyes proporcionen los medios precisos para conservar *la memoria de los creadores y de sus obras*»[362].

Finalmente, entre los autores que han estudiado con profundidad el tema GONZÁLEZ LÓPEZ defiende que; «el ejercicio de las mencionadas facultades, a la muerte del autor, sirve para salvaguardar la relación indisoluble que existe entre el autor y su obra, y no para satisfacer un interés propio de los mismos (los legitimados), pues si fuera así, no podría afirmarse la perpetuidad de estas facultades, sino el nacimiento de un derecho nuevo»[363].

Definitivamente hemos de situarnos con esta postura. Estimamos que lo que se defiende son ciertas facultades del derecho moral de autor del fallecido por otras personas. Precisamente por ello se limitan las facultades, porque las que han quedado fuera de la posibilidad de ejercicio post-mortem (modificación, retirada de la obra y acceso al ejemplar único), están tan íntimamente ligadas a la voluntad y a la

[359] Sobre esta postura mayoritaria ya la hemos recogido en los apartados dedicados al derecho al honor, a la imagen y a la intimidad (apartados 3, 1, 2 y 3 de este primer capítulo de la segunda parte de esta tesis doctoral). No obstante, en el próximo capítulo (epígrafe 3.1.1) las estudiaremos con verdadero detenimiento, y a él nos remitimos. Así y todo, citando los autores que se sitúan en esta postura, se puede observar a; ESPÍN, ob. cit. nota 268, *Las facultades...*, pág. 61; o a BERCOVITZ, ob. cit. nota 346, pág. 253.

[360] Vid. LACURZ, en su obra de 1974, ob. cit. nota 349, pág. 39.

[361] Vid. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T V., Vol. II, Madrid, 1985, pág. 769. Como vemos se refiere a las facultades que el autor hubiera desarrollado y que no puede por haber fallecido. Estas facultades son las el propio autor, tal y como lo entendemos nosotros.

[362] Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 268, *Las facultades...*, pág. 123.

[363] Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 10, pág. 135, en lo que nos parece una argumentación concluyente.

posibilidad de cambio en la personalidad del autor, que nadie podría ejercerlas por él si ya falleció. Por ello mismo, algunas facultades del propio autor fallecido –las mismas que cuando vivía-, como las de defensa de la paternidad y de la integridad de la obra, sí las pueden ejercitar los legitimados, que defienden así la personalidad del autor ya desaparecido tras su óbito, y por lo tanto, el derecho del finado[364].

Si no hablásemos del derecho del fallecido, y estamos con GONZÁLEZ LÓPEZ en que en este caso se habría creado un derecho nuevo, lo que no ocurre aquí. Es más, de hecho, el legitimado no puede alegar su propio interés, sino el del autor fallecido[365]. De ahí también que sea altamente censurable que la Ley haya callado con respecto a la necesidad de respetar la voluntad del autor en el caso de haberla hecho constar éste expresamente.

Sin intención de extendernos más en este ya de por sí largo (pero interesante para las cuestiones aquí planteadas) estudio del derecho moral de autor, recogeremos brevemente la situación del mismo tras la muerte de su titular en el derecho extranjero. Como ya reflejamos el mismo tiene una vida mucho más larga que la del derecho español[366], ya que el tiempo de la vigencia de la legislación es ciertamente mucho mayor. Así, sólo nombraremos las posturas más admitidas en especial en el derecho italiano (todas estas referencias a la Ley las consideramos conocidas, por haber sido ésta tratada en el epígrafe relativo a la definición legal).

Así, en el mismo no existe gran discusión sobre la legitimación que se establece en la Ley de 1941; o a la persona designada por el fallecido o a sus herederos, y en ciertos casos al Ministerio de Cultura[367], o que la duración del

[364] Porque como ya comentamos cuando defendimos que el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad, a través de la obra el autor desarrolla su personalidad en sociedad e individualmente de una manera plena y absoluta, desarrollo que no se podría producir en el creador en el caso de limitarle su derecho moral de autor, o en el caso de no preveerse su protección post-mortem.

[365] Consideremos también que pueden ser diferentes las personas legitimadas para defender el derecho moral de autor post-mortem que los beneficiarios del derecho patrimonial de explotación de la obra tras el óbito.

[366] Para incidir en el estudio de la historia del derecho moral de autor en su situación general y post-mortem, en el derecho italiano, se puede consultar; VARIOS AUTORES, *Diritto d'autore*, DC, Vol. IV, 1989, págs. 366 a 367; GIANNINI, A., *Opere postume*, RiDI., 1956, I, pág. 430.

[367] Vid. VARIOS, ob. cit. nota 366, pág. 424; GIANNINI, ob. cit. nota 366, pág. 433; RESCIGNO, ob. cit. nota 249, pág. 177.

derecho post-mortem es de 50 años[368]. En relación a dos situaciones ciertamente discutidas en nuestra doctrina, en el derecho italiano queda muy claro que se ha de respetar absolutamente la voluntad del autor, en especial en los casos en los que la misma consta por escrito[369], o que en caso de existir disenso entre varios legitimados, será la autoridad judicial la que decidirá[370]. Por último, y sobre el punto que nos parece ciertamente más interesante en nuestra tesis doctoral, es posición pacíficamente aceptada en toda la doctrina italiana que lo que se defiende es el mismo derecho del fallecido, pero por otra persona[371], no el derecho de los legitimados.

3.6.4.3.- Jurisprudencia.

En lo relativo a la jurisprudencia española pocas conclusiones podemos sacar de su doctrina sobre la situación del derecho moral de autor tras el fallecimiento de su titular. Y ello es así porque, además de que se han dado un número bastante corto de resoluciones que han decidido situaciones conflictivas sobre el tema, en las mismas lo único que ha desarrollado el Tribunal Supremo es lo contenido en la legislación, que ya fue aquí reflejado, sin especificar su postura en torno a las situaciones más conflictivas de la misma citadas en el estudio de las posturas doctrinales. Por ello (por la claridad de la regulación) nosotros deducimos que la jurisprudencia admite la pervivencia post-mortem del derecho moral de autor.

Por todo ello, a parte de significar el limitado número de resoluciones que afectan el tema[372], sí que queremos reflejar que ya en un tiempo muy lejano, en la

---

[368] Vid. VARIOS, ob. cit. nota 366, pág. 433; GIANNINI, ob. cit. nota 366, pág. 436; RESCIGNO, ob. cit. nota 249, pág. 177.

[369] Como por ejemplo, vemos en; VARIOS, ob. cit. nota 366, pág. 424; GIANNINI, ob. cit. nota 366, pág. 433; DE CUPIS, A., *La propietà intellettuale delle opere postume*, DFDP., 1987, pág. 314.

[370] Vid.; VARIOS, ob. cit. nota 366, pág. 424; GIANNINI, ob. cit. nota 366, pág. 434; DE CUPIS, ob. cit. nota 369, pág. 314.

[371] Vid.; VARIOS, ob. cit. nota 366, pág. 424; GIANNINI, ob. cit. nota 366, págs. 430 y ss.; RESCIGNO, ob. cit. nota 249, pág. 177; DE CUPIS, ob. cit. nota 369, pág. 313; PERLINGERI, ob. cit. nota 249, pág. 388 y 388. Por último, debido a que creemos que no debemos alargar más el epígrafe, para consultar otros aspectos del derecho comparado europeo respecto al derecho moral de autor post-mortem, hemos de citar el excelente trabajo de; MANCA, ob. cit. nota 338.

[372] Entre las que podemos citar bien pocas, todas referidas por lo general a acciones que emprendían los legitimados para salvar la obra de un familiar fallecido, pero tanto desde el punto de

resolución de 4 de abril de 1936 se estudió el caso de una legitimación post-mortem, en principio sólo de derechos patrimoniales, pero finalmente con un gran contenido moral, por el tenor de la discusión planteada[373], resolución en la que se admitió que un familiar de una persona fallecida pueda ejercer facultades cercanas al derecho moral de autor tras la muerte de su autor.

3.6.5.- Epílogo.

El derecho moral de autor post-mortem ha gozado de una gran atención en esta tesis doctoral, al menos en relación al resto de los derechos de la personalidad. Y esto ha sido así, ya comentamos anteriormente la razón, por la mayor regulación que sobre el mismo existe, y por la extendida concepción legal, doctrinal y jurisprudencial vigente sobre la necesidad (imprescindible e ineludible) que tiene el derecho regular y proteger la situación de las obras (desde este aspecto personalísimo) tras la muerte de su titular.

Como hemos visto, se considera que hay ciertas prerrogativas personalísimas del titular del derecho moral de autor que siguen vigentes tras su muerte, y con esta vigencia, se legitima a ciertas personas a defender este derecho. Reiteramos una vez más que para nosotros se trata del derecho del fallecido, que una vez producido el óbito no desaparece, sino que sigue plenamente vigente, y en algunas de sus facultades, sin límite de tiempo, de una manera perpetua. Quizás alguna ambigüedad de la Ley puede hacernos pensar que no sólo se otorgan facultades defensivas, por la laguna legal que existe en relación a la voluntad del autor[374].

---

vista de la integridad de la obra como de su explotación. Así, podríamos citar las resoluciones del Tribunal Supremo de; 30-10-95 (RJ. 1995\7653); o de 20-2-98 (RJ. 1998\971).

[373] En la resolución de 4-4-1936, la número 13 civil de ese año en los repertorios, la heredera del autor de la letra de "La Verbena de la Paloma", Don Ricardo de la Vega, denunció a una empresa mercantil por la explotación de la obra contando únicamente con la autorización del autor de la música, no de éste, que había creado la obra. La petición fue estimada por nuestro Alto Tribunal Civil.

[374] Con este comentario nos referimos a la laguna legal existente en cuanto a la obligación de los legitimados de cumplir la voluntad del causante o no. Si se le concede a alguien la posibilidad de decidir sobre la divulgación de la obra y no se le obliga a cumplir escrupulosamente con la voluntad del autor fallecido, se le está dando capacidad para decidir sobre la forma de divulgar la obra, con lo que se le estarían concediendo unas ciertas facultades positivas del derecho moral del autor fallecido (no del suyo), y no sólo facultades negativas o defensoras del mismo. Esta laguna legal merece por ello, a nuestro entender, una crítica, y debería ser solventada.

Pues bien, creemos que el detenido estudio de esta situación nos puede dar una perspectiva de por dónde puede encaminarse en un futuro la legislación y la consideración doctrinal de la situación post-mortem del resto de los derechos de la personalidad. Como hemos expuesto en el estudio de cada uno de ellos, tras la muerte de su titular los mismos no desaparecen, al menos en su perspectiva social, y éste es el aspecto del derecho de la persona fallecida que defienden los legitimados por la LO. 1/82.

Así pues, respecto a la situación post-mortem de los derechos de la personalidad, considero que hemos de interpretar la regulación de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, en sintonía o de una forma muy similar a la del derecho moral de autor. Esta perspectiva social de los derechos de la personalidad sigue vigente entre nosotros, y es la que defienden sus familiares, contrariamente a la opinión manifestada por la doctrina mayoritaria, que opina que los derechos de la personalidad desaparecen con la muerte de su titular.

En el segundo capítulo de esta parte segunda (y central) del presente estudio analizaremos la situación de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular en su esfera espiritual[375] desde una visión de conjunto de los mismos, encuadrando el estudio de cada uno de ellos que hemos llevado a cabo en este epígrafe 3 en un marco global, el más adecuado para terminar de acotar y analizar completamente este problema. En ese tratamiento recogeremos toda la legislación existente sobre el tema, que es realmente escasa, así como las posturas doctrinales que la misma ha provocado, intentando aportar posturas originales y novedosas a lo existente en la actualidad, así como adelantar la posible evolución de la consideración sobre los mismos.

Pero antes de llegar dicho análisis, y en el epígrafe cuarto de este primer capítulo analizaré todo lo relacionado con la situación post-mortem de los derechos de la personalidad de la esfera física de la persona. En dichos epígrafes recogeremos TODO lo relacionado con ellos, debido a que no son tantos los interrogantes que plantea dicha situación[376], y a que el verdadero interés y objeto de esta tesis doctoral es la situación post-mortem de los derechos de la personalidad en su esfera espiritual.

[375] Nos referimos básicamente a los derechos de la personalidad regulados en la LO. 1/82; honor, intimidad familiar y personal e imagen.

[376] Y por tanto su trascendencia en la discusión actual sobre el tema central de esta tesis es mucho menor.

Y esto es así porque tras la muerte de la persona algunos derechos de la personalidad en su esfera física pierden toda virtualidad, como ocurre con el derecho a la vida, esencialmente, o con el derecho a la libertad[377]. Por ello en el citado grupo de epígrafes de los derechos de la personalidad en su esfera corporal estudiamos principalmente el derecho a la integridad física, y sus aspectos post-mortem, como son la disposición de partes separadas del cuerpo o la del cadáver, y todo lo relacionado con la Ley de trasplantes, agotando en ellos el tratamiento de dicho tema y toda su problemática.

[377] Sobre si el derecho a la libertad pertenece o no a los derechos de la personalidad ya tratamos en el capítulo dedicado a la clasificación de los derechos de al personalidad.

4.- ESFERA CORPORAL DE LA PERSONA.

4.1.- Planteamiento.

Una vez desarrollado el detenido análisis de cada uno de los derechos de la personalidad en su esfera espiritual por separado, y como ya comentamos al final del epígrafe anterior, entramos ahora en el análisis de la problemática que en la actualidad presentan los derechos de la personalidad en su esfera física o corporal, en concreto, evidentemente, en la situación en la que quedan tras la muerte de su titular.

Como señalamos cuando expusimos las clasificaciones que se han producido en la doctrina española y en la comparada sobre la pluralidad de derechos de la personalidad[378], en la actualidad hemos de considerar pacíficamente admitido que estos derechos se dividen en dos esferas, la espiritual y la corporal.

En cuanto a la espiritual, la componen todos los derechos que hemos recogido en el epígrafe 3 anterior[379], y de los que ya expusimos una primera aproximación al concepto y a la posible situación post-mortem de cada uno de ellos. Esta esfera ocupará toda la extensión de los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte (y con ello, la mayor parte de la presente tesis doctoral), debido a que, una vez publicada la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo sobre protección del honor, la intimidad y la propia imagen, es esta esfera espiritual la que presenta un verdadero interés jurídico, motivado en un inicio por la tímida reacción doctrinal que provocó, y por su posterior desarrollo jurisprudencial, pero sobre todo porque el estado actual en el que la cuestión se encuentra es, a nuestro entender, susceptible de evolucionar. Es por ello por lo que el grueso y la parte central de esta tesis se dedicará a la situación de los mismos analizados desde una perspectiva conjunta.

Pero en las clasificaciones de los derechos de la personalidad no sólo existen estos derechos "espirituales", sino que también encontramos los derechos de la esfera corporal[380], que aunque no se manifiesten como la base de nuestro estudio en

---

[378] En el epígrafe segundo del presente Capítulo Primero.

[379] No queremos realizar esta afirmación sin aclarar, como ya lo hicimos en su lugar oportuno, que no todos los derechos antes estudiados son aceptados como de la personalidad pacíficamente, como destacamos, por ejemplo, en el caso del derecho de autor, en su faceta personalísima del derecho moral de autor.

[380] Traemos aquí los derechos que considerábamos como tales en el epígrafe dedicado a las clasificaciones. Éstos eran; derecho a la **vida;** el derecho a la **libertad** y el derecho a la **integridad física** (y dentro de este derecho situábamos el derecho a la **disposición de las partes separadas del**

concreto, sí que se debemos considerarlos importantes en la configuración de la teoría de los derechos de la personalidad, ya que sin ellos, al menos sin alguno de ellos, los demás no podrían existir[381], por lo que su análisis en el presente trabajo es imprescindible. Así pues, en el presente epígrafe acometeremos en toda su extensión el estudio de estos derechos,

Para el adecuado tratamiento de la situación en la que los derechos de la personalidad de la esfera corporal quedan tras la muerte de su titular hemos de llevar a cabo una primera división. Primeramente deberemos comenzar con una breve referencia a los derechos a la vida y a la libertad, derechos ligados, en lo relativo a su disfrute del titular, éstos sí, únicamente a su existencia física y corporal, sin una caracterización jurídica social concreta, salvo, simplemente, la de la vida en sociedad del mismo. La persona o disfruta de su derecho a la vida o no lo hace, y si ha muerto, de este derecho ya no es titular, y por ello poco más se puede decir[382], como así ocurre con el derecho a la libertad, que requiere inexcusablemente la vida previa. Al detallado estudio de estos dos derechos de la personalidad, y a la referencia, que necesariamente tendrá que ser escueta, a la situación en la que quedan tras el fallecimiento del titular dedicaremos el primer apartado del presente epígrafe.

Una vez acabado el estudio inicial de estos derechos nos centraremos en el derecho a la integridad física, del que se deriva, en inicio, el derecho a la disposición corporal, es decir, a la donación inter vivos, y muy conectado a éste, el derecho a la donación post-mortem. Ésta, la donación de órganos en una persona fallecida, es decir, el derecho a la disposición del cadáver[383], constituirá el argumento central del

---

cuerpo, tanto en vida como tras la muerte, y este último lo definiríamos como el derecho a **disponer del cadáver**).

[381] Evidentemente, en una primera aproximación, nos referimos al derecho a la vida, que por simple definición es un derecho previo a los demás, sin el que todo el resto de elenco de derechos que el ordenamiento jurídico otorga a las personas (entre ellos los derechos de la personalidad) no servirían para nada. En el siguiente apartado lo estudiaremos con más detenimiento.

[382] Sobre las consecuencias jurídicas que en terceros puede tener la reparación que éstos deben tener cuando sufren la pérdida de la vida de un ser cercano, trataremos en uno de los epígrafes finales del presente trabajo, en el último capítulo del mismo, cuando estudiemos las formas de protección de los derechos de la personalidad, y dentro de ellas, las medidas resarcitorias con respecto al sufrimiento que los familiares del fallecido sufre cuando se lesiona el derecho a la personalidad de un finado, y en concreto la indemnización que se suele establecer.

[383] Sobre la discusión doctrinal de si lo que se da es un verdadero derecho, una función, o un deber de *pietas* de los familiares, hablaremos con extensión en su epígrafe correspondiente. Para el tratamiento de este planteamiento, y antes de entrar en la exposición de la polémica, nos decantamos por la expresión más común, la de derecho de disposición del cadáver. También hemos de aclarar que

presente epígrafe sobre los derechos de la personalidad desde una perspectiva corporal, ya que es el único aspecto de los mismos que se produce, o tiene sus principales efectos, tras la muerte del titular, y por lo tanto podemos decir que, desde ese punto de vista, se sitúa en el mismo centro neurálgico del tema de la presente tesis.

Es por ello por lo que aquí sí que analizaremos con profundidad, y en toda su extensión, la problemática que existe en la actualidad sobre el derecho a la disposición del cadáver, y subsiguientemente sobre la donación de órganos[384] dentro de nuestro sistema jurídico. Así, en el tratamiento de este último derecho, *principalmente intentaremos desentrañar su naturaleza jurídica*, es decir, si es un derecho de disposición, un derecho subjetivo, un deber-poder de los familiares, un deber relacionado con la *pietas* familiar o, por último, y aquí entronca directamente con esta tesis doctoral, si estamos ante una derivación post-mortem del derecho a la integridad física.

Así pues, una vez hecha la necesaria, a nuestro entender, reflexión sobre los fundamentos y antecedentes de este epígrafe y de su situación dentro de la sistemática de la presente tesis, entramos en su estudio con los límites y extensiones antes expuestos.

4.2.- Primera referencia a los derechos a la vida y a la libertad.

4.2.1- Derecho a la vida.

Entramos en el análisis de un derecho que, desde su punto de vista estrictamente jurídico, no es fácil de estudiar. Y ello es así porque la vida es lo primero (algunos dirían que lo único) que tenemos, y conecta directamente con nuestro yo interno y más profundo, por lo que, sin duda, la objetivación de la razón respecto a ella es prácticamente imposible, gracias a que la razón es parte misma de la propia vida.

---

del derecho a la disposición del cadáver no sólo se desprende la donación de órganos, sino también las disposiciones relativas al destino de los restos humanos, pero el aspecto que nos interesa al tema del presente estudio es el primero, debido a que afecta a su consideración como derecho de la personalidad.

[384] Evidentemente, ambas no son la misma cosa, ya que el derecho de disposición del cadáver engloba en su contenido, tanto al destino de los restos como a la donación de órganos, por lo que a la vez que al ser uno parte del otro, están íntimamente ligados.

El derecho del que vamos a tratar, como por otro lado es absolutamente necesario, goza de la más alta protección constitucional[385], cuando en el artículo 15 de la Carta Magna[386] se establece que; «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

Tras esta regulación constitucional, nuestro intento de definir el derecho a la vida se va a encontrar constantemente con la dificultad que antes exponíamos; es éste un derecho ciertamente difícil de definir, al menos desde una perspectiva positiva, ya que se encuentra muy ligado a la propia naturaleza íntima de quien acomete tal tarea. Por todo ello, la perspectiva negativa, relativa a la protección del derecho, es la que sigue la mayor parte de la doctrina patria[387], y dentro de ella encontramos la definición del profesor ALBADALEJO[388]; «En virtud del derecho a la vida, el hombre se encuentra facultado para impedir (aunque de facto no siempre lo consiga) no sólo la producción de los hechos que, sin duda, le producirían la pérdida de aquélla, sino, también, la de los que le pondrían en determinado peligro especialmente próximo de tal pérdida». Como apreciábamos, esta línea se basa en la posibilidad de impedir la lesión del derecho por parte de terceros, y no en el disfrute de la existencia del mismo por su titular.

---

[385] En cuanto a la regulación jurídica del derecho a la vida, en el presente epígrafe sólo nos centraremos en la constitucional, toda vez que ya ésta da una idea de la importancia de la protección legal del mismo y a su vez porque la protección de otras ramas del derecho es muy dispersa y variada, como la del derecho penal (el derecho más protegido es el de la vida de todos los ciudadanos, con las penas por atentar contra la misma o por hacérsela perder a alguien); o la del derecho civil (con la necesidad de compensar la pérdida de la misma a los más allegados de quien la ha perdido, o las innumerables disposiciones relativas al pacífico disfrute de ésta); o en el resto de las ramas del derecho, y no es objeto de este análisis un extenso estudio sobre la protección jurídica de este derecho en todas las ramas de nuestro ordenamiento jurídico.

[386] Es éste, junto al resto de derechos que analizaremos aquí, un derecho esencial, sobre ello ya mencionaremos algo, lo que se aprecia en la situación del mismo dentro de la sistematización de nuestro Texto Constitucional; es el primer derecho que se recoge en la Sección Primera; «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que se encuentra dentro del Capítulo Segundo; «Derechos y Libertades», y que representan el fundamento básico de nuestro Estado de Derecho y sistema de libertades.

[387] Como se puede apreciar en la inmensa mayoría de la doctrina española, desde mediados de siglo hasta nuestros días. Así; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Derecho civil...*, pág. 378; MADRIDEJOS, ob. cit. nota 11, pág. 276; ROGEL, ob. cit. nota 15, pág. 51; MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 32; DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, pág. 343; LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 64.

[388] Vid. ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 71.

No obstante, sí que encontramos en nuestra doctrina ejemplos de definiciones que concretan algo más el objeto del derecho a la vida y que consideramos especialmente afortunadas, como por ejemplo es la de LETE[389], que centrado en la fundamentación filosófica última del derecho, expone que el mismo; «Es el derecho al propio ser sustancial, que permite a la persona realizar y cumplir su destino», o la de BUSTOS[390], encuadrando más el derecho en su sistemática y ampliando la definición a otros aspectos cuando nos dice que; «es un derecho subjetivo, que se encuadra dentro de los derechos de la personalidad, y que tiene por objeto el goce y disfrute, jurídicamente reconocidos, del bien vida humana, del que es titular toda persona desde el momento en que adquiere capacidad jurídica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil».

En cuanto a la definición jurisprudencial, la situación es similar a la doctrinal. La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional aborda la definición del derecho a la vida desde el punto de vista de su protección, que podríamos calificar como negativo, en la que lo que se destaca es la protección del libre disfrute del mismo. Así, tanto en la Sentencia 53/1985 de 11 de abril[391] -FJ. 5º-, como las 120/90 –FJ. 7- y la 137/90 –FJ 5º-, de 27 de junio y 19 de julio de 1990 respectivamente[392],

---

[389] Cfr. LETE, ob. cit. nota 3, pág. 177.

[390] Vid. BUSTOS PUECHE, J.; *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, 1997, pág. 84.

[391] Los hechos que motivaron esta primera sentencia son muy concretos. Ante la presentación en las cortes del Proyecto de Ley Orgánica de despenalización del aborto a través de la reforma del artículo 417 bis del anterior Código Penal, 54 Diputados de las Cortes Generales presentaron un Recurso previo de inconstitucionalidad (en concreto el número 800/1983) por vulnerar la citada Ley Orgánica el artículo 15 de la Constitución. El Tribunal confirmó la constitucionalidad del Proyecto, ya que, ante la colisión que se producía entre el derecho del nasciturus (que sí está protegido por el derecho) y el de la madre -de su vida o de su salud-, sí se consideraba ajustado a la Constitución que se optara por hacer prevalecer el de la madre, siempre con las condiciones y limitaciones que la legislación establece.

[392] Los hechos que motivaron ambas sentencias son similares. Ante sendas huelgas de hambre de dos presos de los GRAPO, la administración penitenciaria, con autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, tomó la decisión de autorizar el empleo de los medios coercitivos estrictamente necesarios para la asistencia médica de reclusos en huelga de hambre, antes de que se estuviera ante una situación que causase un daño persistente a la integridad física del preso. Ante un recurso de amparo presentado por la supuesta inconstitucionalidad de la medida por vulnerar los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la libertad personal e ideológica, el Tribunal Constitucional resolvió en ambos alegando la adecuación del acto, ya que estimaba que no se producía la vulneración de ningún derecho, y en concreto respecto a la vida se fundamentaba en que; «En éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida del artículo 15 de la Constitución» -STC. 120/90, FJ. 7º-.

adoptan la misma definición, aportándonos esta otra visión; «El Derecho Fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho».

Como vemos, la perspectiva del Alto Tribunal es la de resolver un tema concreto de protección del derecho, por lo que su tarea, básicamente, es la de aclarar los límites a los que ha de someterse el Estado para proteger el derecho, no definirlo.

Recapitulando esta aproximación terminológica del derecho a la vida, podríamos aportar como definición propia del mismo; «El derecho a disfrutar de la existencia física y psíquica del que es titular cada persona, y que los poderes públicos protegen frente a cualquier intromisión externa». Para completar la definición hemos de indicar que los poderes públicos protegen la vida, pero no otorgan por ello un derecho a la propia muerte.

Centrado el concepto del que estamos tratando, creo que es muy importante destacar uno de los aspectos fundamentales del derecho a la vida, que ya ha sido nombrado antes, y que en palabras de DÍEZ PICAZO[393] se plasma en que; «La vida es indudablemente el bien básico de la persona, fundamento y asiento de todos los demás». Es decir, el derecho a la vida, por su propia naturaleza jurídica y ligazón a la persona, es un bien previo y necesario gracias al cual se produce la existencia posterior, tanto de la persona en sí, como del resto de bienes y derechos que le son inherentes y que le reconoce el ordenamiento jurídico[394].

---

[393] Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, pág. 343.

[394] Ésta es, como no podía ser de otra forma, una opinión unánime, en todos los pensadores y autores jurídicos, sin que ello signifique que después no se pueda tener en cuenta que existen diferencia de pareceres entre los distintos aspectos del derecho. Así, por ejemplo, el profesor LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 64, defiende, citando a DE CUPIS, que; «el derecho a la vida es derecho esencial entre los esenciales (y éstos son "los que tienen por objeto los bienes más elevados"). Que el bien de la vida sobresale por encima de todos los demás es evidente en cuanto que ningún otro puede concebirse con independencia y a falta de éste». Debemos considerar esta expresión como definitiva a la hora de caracterizar el derecho a la vida como bien esencial.

Más determinante aún es la STC 53/1985[395], que aporta la visión que finalmente nos da una verdadera perspectiva de la transcendencia de este derecho, cuando en su FJ. 3º expone que; «es la protección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana- y constituye el derecho *fundamental, esencial y troncal* en cuanto es el supuesto *ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*»[396].

Sobre otro aspecto del derecho a la vida, podemos afirmar que no existen muchas dudas sobre si el mismo es un derecho de la personalidad o no. Ya en las clasificaciones ofrecidas con anterioridad[397], todos los autores que analizábamos lo consideraban como tal, y en la actualidad es un tema admitido de manera absolutamente pacífica en la doctrina[398] que opina con profusión que éste es un derecho de la personalidad, hasta tal punto que BUSTOS PUECHE[399] afirma que el da la vida es; «El derecho de la personalidad por antonomasia».

Opinamos que no puede ser de otra manera, toda vez que éste es un derecho previo, el más ligado sin duda a la propia persona, que evidentemente se tiene con el nacimiento sin necesidad de reconocimiento jurídico alguno, que se disfruta por su titular y que no se puede limitar, etc. Goza de todas las características intrínsecas y necesarias de los derechos de la personalidad de la manera más pura y directa que se concibe.

---

[395] Que como ya vimos con anterioridad resuelve un tema ciertamente importante y conflictivo, el de la legalización del aborto, y por ello hace un extenso análisis de todos los aspectos que le afectaban, acometiendo el estudio que podríamos considerar como definitivo, hasta el momento, sobre los derechos de la vida, de la integridad física, del nasciturus, etc.

[396] Nos parece claro que con esta última aportación jurisprudencial ha de quedar fuera de toda duda el carácter de esencialísimo de este derecho, presupuesto posterior de toda la vida en sociedad del individuo, derecho que, como hemos visto en las sentencias relativas a los presos del GRAPO, ha de prevalecer en los momentos en los que se ponga en duda su protección, y en los que colisione con otros derechos.

[397] En el inicio de esta segunda parte, en el que recogimos absolutamente todas las tendencias que existen en el derecho español y comparado sobre las diferentes clasificaciones de los derechos de la personalidad propuestas.

[398] Como se puede observar en; MARTÍN BERNAL, *Los derechos de la personalidad en el proyecto constitucional*, RGLJ., 1978, pág. 340; CLAVERÍA, ob. cit. nota 2, pág. 106; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Breves notas para una teoría de los derechos subjetivos fundamentales*, LL., 1983, pág. 986; ROGEL, ob. cit. nota 15, pág. 51; MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, pág. 103; MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 32; LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 64.

[399] En una participación suya con el título de; *Sobre los límites de la autonomía individual en Derecho Civil*, dentro del libro común de varios autores; *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, publicado por la Universidad de Alcalá en 1984, pág. 154.

Por todo lo referido, podemos concluir que nos encontramos ante un derecho previo y necesario para la existencia tanto física como psíquica del individuo, y que se configura como eje central de su existencia y del reconocimiento de todo el elenco de derechos de los que disfruta el mismo.

Tras esta conceptualización del derecho, y entrando en el análisis concreto de su situación post mortem, hemos de indicar que, al reconocerle a la vida una vigencia y una caracterización absolutamente ligada a la existencia física de la persona (y, como hemos visto, desde la perspectiva negativa de la definición, al respeto de los demás de esta existencia física y de su disfrute por el individuo), una vez que éste fallece, el derecho a la vida, necesariamente, también desaparece, no lo disfruta más, toda vez que la existencia física que lo sustentaba y en la que se apoyaba, deja de producirse[400].

Por todo lo que acabamos de fundamentar, hemos de concluir que, con respecto al tema central de esta tesis doctoral, el derecho a la vida no nos puede servir de referencia (al menos dentro de los principales temas de discusión), ya que hemos de concluir opinando que el derecho desaparece de forma definitiva tras la muerte de su titular[401].

No obstante, no todos los aspectos post-mortem del derecho a la vida se pueden agotar con lo referido. Existe cierto elemento que no podemos dejar de citar, aunque no lo estudiemos en este epígrafe. Éste es la discusión que existe sobre si tras la muerte del titular el derecho a la vida provoca unos determinados vestigios o residuos que hacen que los familiares del difunto se conviertan en fiduciarios del mismo, en continuadores de su voluntad, o "seguidores" del sustrato espiritual que representa la vida del familiar desaparecido, es decir, de la personalidad del mismo[402]. Aquí sólo comentaremos superficialmente esta interesante cuestión, que

---

[400] Muy gráfica nos puede servir ahora la frase que se suele utilizar en el caso del óbito de las personas, la de "pierde la vida". Una vez que uno muere deja de disfrutar de este sustento físico que lo mantenía entre nosotros.

[401] A pesar de ser ésta la conclusión a la que hemos de llegar para el presente estudio, era necesario estudiar el derecho a la vida, su concepto y su situación post-mortem, por ser un derecho de la personalidad, y concretamente, como ya hemos referido, el más importante. Con todo ello, y debido a que, respecto a la situación post-mortem del derecho, su propia naturaleza jurídica agota el tema, la reflexión que hemos de llevar a cabo sobre él ha de ser necesariamente breve.

[402] Es éste un tema ciertamente interesante para nuestro estudio, pero que no se puede incluir dentro del tratamiento del derecho a la vida de la persona fallecida, ya que a él no le corresponde, porque el mismo es una consecuencia o derivación posterior de este derecho, no un aspecto del mismo. Esta discusión, sobre si los familiares deben ser considerados como continuadores o fiduciarios de la personalidad del fallecido, y las consecuencias que esto conlleva (respecto a cómo se

será estudiada en otro lugar, finalizando con ello el estudio del derecho a la vida post-mortem[403].

4.2.2.- Derecho a la libertad.

El derecho a la libertad también se configura en nuestro sistema jurídico como muy importante y necesario para el adecuado y pleno desarrollo de la personalidad. Al igual que el derecho a la vida, cuenta con cobertura y reconocimiento constitucional, ya que numerosos artículos del texto fundamental se encargan de proteger diversas esferas de la libertad. Así, el art. 16 protege la libertad ideológica, religiosa y de culto; el 17 la personal; el 18.2 la del individuo; el 19 la de residencia; el 20 la de información y de expresión, y los artículos 21, 22 y 23, las libertades "políticas"[404].

Como se puede apreciar, hemos titulado el epígrafe como de derecho a la libertad, cuando en la regulación hay diferentes libertades, o diferentes aspectos de la libertad regulados por separados. Con vistas a este estudio, seguiremos usando la expresión y la idea del derecho de la libertad desde una perspectiva global, sin diferenciar entre un tipo de libertad y otra[405].

---

articula la herencia, o la posibilidad de sucesión post-mortem de aspectos no patrimoniales –lo que más interesa a nuestro trabajo-) serán tratados en la segunda sección del próximo capítulo, en el que se estudian la situación post-mortem de los derechos de la personalidad desde una perspectiva global. En esa segunda sección abriremos un apartado dedicado a los aspectos sucesorios (que es la materia del derecho civil en la que se ha de situar este tema), donde estudiaremos si puede existir la mencionada sucesión de derechos no patrimoniales y dentro de ellos de los derechos de la personalidad.

[403] Toda esta reflexión, debido a lo limitado que el tema se presenta respecto al objeto del presente estudio, lo hemos desarrollado sin prestar atención al derecho comparado. En un derecho como el italiano, por ejemplo, que hasta ahora nos ha servido de referencia, existe una concepción del derecho muy similar a la nuestra, como apreciamos en; D'ADDINO SERRAVALLE, P., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, ¿Universidad de Camerino?. 1983, pág. 92, que lo define como indispensable, o la de CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica*, NDI., XX, Torino, 1975, como «existencia biológica». También lo desarrolla, cómo no, DE CUPIS, ob. cit. nota 17, págs. 102 a 111.

[404] Este reconocimiento constitucional no es, por supuesto, aislado en los sistemas jurídicos comparados. En nuestro entorno, la Constitución italiana es muy similar a la española, y desde el artículo 13 hasta el 21, regula las libertades personal, del domicilio, de correspondencias, de movimiento, de reunión, de asociación, de fe y de pensamiento.

[405] No podemos obviar que en el pasado ha podido existir una discusión, que en la actualidad parece decaer algo, sobre si estamos ante un derecho a la libertad, con diferentes aspectos o manifestaciones, o si estamos ante un elenco de derechos distintos, todos y cada uno de ellos con autonomía propia. En el presente epígrafe nos hemos de limitar a definir el derecho a la libertad, y a su vez a estudiar su situación tras el fallecimiento de su titular, y la discusión sobre esta dicotomía de *libertad* frente a *libertades* únicamente se debe dejar aquí indicada. Todo ello sin dejar de manifestar

4.3.- Derecho a la Integridad Física.

El derecho a la integridad física también se encuentra en nuestro sistema jurídico íntimamente ligado al de la vida. Quizás la explicación de este hecho es que se puede considerar dependiente del primero e interrelacionado con él, una forma de completar el pleno disfrute de la vida a través de la posibilidad de poder ser respetado en la integridad física personal. La relación que se produce entre ambos derechos es evidente. Si no tengo el derecho a la vida, porque alguien me lo ha quitado, obviamente no puedo disfrutar del de la integridad física (ni de ningún otro), y si no se me respeta el de la integridad física plenamente, el de la vida sufre una cierta limitación.

Esta dependencia se observa también en la regulación constitucional del mismo, que une el reconocimiento de ambos derechos en el artículo 15 del texto fundamental; «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral».

En cuanto a la definición del derecho, es éste uno de aquellos de los que es tan complicado acotar, como lo eran el derecho a la vida o a la libertad, y por ello mismo muchos autores han afrontado la definición del mismo sin excesiva profundidad[413]. No obstante ello, la propuesta que en la actualidad podemos considerar como más adecuada y que ha triunfado con el tiempo, es la que propugna este derecho como el derecho; «al modo de ser físico de la persona, en la presencia (y respeto, añadiríamos nosotros) integral de sus atributos físicos»[414].

En relación a la definición de la integridad física, podemos también señalar la que nos ofrece la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, que si bien resalta únicamente el aspecto negativo y protector del derecho, es interesante, ya que en la actualidad se nos presenta como totalmente uniforme. Así, la STC 207/96 de 16 de

---

[412] Por esto, justamente por la misma causa que concurría en el estudio del derecho a la vida, el tratamiento de este derecho agota aquí su objeto en relación al tema de nuestra tesis doctoral, ya que, tras la muerte de su titular, el derecho a la integridad física desaparece totalmente, sin posibilidad de considerarle al mismo vestigio o resto alguno.

[413] Para estudiar definiciones sobre la integridad física y los diversos aspectos que le afectan a ésta, se puede consultar a; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Los derechos...*, págs. 36 y ss; BORRELL MACIÁ, A., *La persona humana; derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de oros hombres*; Barcelona, 1954, pág. 16; MADRIDEJOS, ob. cit. nota 11, pág. 276; ROGEL, ob. cit. nota 15, pág. 51; MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, págs. 103 a 109;LETE, ob. cit. nota 3, , págs. 196 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*, Madrid, 1987, pág. 53; BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 190, pág. 114.

[414] Esta es la postura que propugnan, entre otros; MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 32; DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, pág. 343; o LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 64.

diciembre –FJ. 2º-[415]. se postula. citando otras resoluciones por la siguiente definición; «Comenzando por el primero de los enunciados derechos, cabe señalar que, según doctrina reiterada de este Tribunal, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral –art. 15 CE.-; "Se protege *la inviolabilidad de la persona*, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (SSTC 120/1990 -FJ. 8º-, 137/1990 –FJ. 6º-, 215/1994 –FJ. 4º- y 35/1996 –FJ. 3º-)».

Así pues, a raíz de estas definiciones, por tanto, podemos concretar el derecho a la integridad física como; "la posibilidad de disfrutar de la integridad corporal y espiritual de cada sujeto sin sufrir limitación alguna por parte de terceros", completando, como ya señalamos con anterioridad, el derecho a la vida del sujeto (unimos en la definición los aspectos físico y espiritual de las visiones de la doctrina y la jurisprudencia). Por lo referido, también podemos desgranar del derecho sus caracteres. Así, es un derecho que se ha de considerar extrapatrimonial[416], ya que no se permite su disposición a cambio de precio; es irrenunciable aunque, como ocurre con otros derechos, esto no signifique que también sea absolutamente indisponible[417]; es intransmisible; y evidentemente, hasta la muerte del sujeto, se ha

---

[415] Los hechos que motivan el procedimiento son los siguientes; En el juzgado de Instrucción nº 1 de Roquetas del Mar, en un sumario sobre tráfico de drogas, y ante la acusación de que el entonces jefe del Grupo de la Policía Judicial de la Guardia Civil de la localidad otorgaba protección a personas relacionadas con el tráfico de drogas a cambio de la percepción de cocaína para su consumo, el citado órgano de instrucción ordenó la realización de una diligencia pericial consistente en cortar mechones de cabello de diferentes parte de su cabeza, así como la totalidad del vello de la axilas, para ser remitidos para análisis a la Cátedra de Medicina legal de la Facultad de Medicina de Santiago de Compostela para conocer si el mismo era consumidor habitual u ocasional de dicha sustancia, o la había consumido con anterioridad. Interpuesto el recurso de amparo por vulneración de los derechos a la intimidad y a la tutela judicial efectiva, el TC. estima el recurso, entendiendo que la diligencia acordada incide en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos a la integridad física y a la intimidad personal, ya que la misma busca indagar sobre el posible consumo de sustancias estupefacientes por el investigado remontado a épocas pretéritas, incurriendo en una notoria desproporción entre el alcance que otorgan a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción.

[416] Ya comentamos en su momento, cuanto estudiamos los caracteres de los derechos de la personalidad que precisamente este carácter estaba evolucionando, y que en la actualidad no se puede considerar absoluto, ya que algunos de estos derechos están adquiriendo un progresivo valor patrimonial, en especial tras la LO 1/82. No obstante, como veremos posteriormente, nuestro ordenamiento, en la actualidad, niega (acertadamente, creemos) cualquier patrimonialización del derecho a la integridad física, lo que se ha admitido progresivamente en los derechos de la esfera espiritual.

[417] Este aspecto ya se estudió con profundidad anteriormente. Existen derechos de los que se puede disponer en parte, si bien esta disposición no significa en absoluto que se renuncie a los mismos, ya

de considerar inexpropiable, inembargable e imprescriptible. Como vemos, pues, este derecho, al igual que el resto de los que hemos analizado en el presente capítulo, cumple con todos los caracteres de los derechos de la personalidad, por lo que lo debemos considerar como tal, junto a la pacífica opinión de la doctrina.[418]

Por todo lo recogido, el derecho a la integridad física se ha de respetar por los terceros y por los poderes públicos, pero para dejar señalados claramente los límites que el mismo tiene en nuestro ordenamiento, hemos de citar los presupuestos que la jurisprudencia ha fijado para que se pueda vulnerar, en ciertos casos, este derecho, en la ponderación que del mismo se ha de llevar a cabo en determinadas situaciones.

Estos criterios se establecieron en la STC. 207/96[419], en su Fundamento Jurídico 4°, cuando recoge que los requisitos para que el sacrificio del derecho sea susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable, con un necesario principio de proporcionalidad, son; «Que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante (STC. 7/1994, FJ. 3°)»[420].

Ésta es la posibilidad de que cierta limitación del derecho a la integridad física por parte de los titulares sea constitucionalmente aceptable, pero como hemos dejado indicado, también el propio sujeto puede disponer de este derecho a través de

---

que son absolutamente irrenunciables. Lo mismo ocurre con el derecho a la integridad física, del que, a raíz de la regulación sobre trasplantes en vida, se puede disponer en parte (con todas las limitaciones que establece la Ley), lo que no significa su renuncia. Este aspecto, ciertamente importante para nuestro estudio, debido a su relación con la disposición post-mortem del derecho, lo analizaremos con mayor detenimiento justo a continuación.

[418] Como lo podemos apreciar en; ROGEL, ob. cit. nota 15, pág. 51; MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, pág. 109; LETE, ob. cit. nota 3, pág. 196; o ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 73.

[419] Citada, junto a sus hechos, justo con anterioridad en la nota 415.

[420] Esta resolución, que es especialmente interesante por exponer el único caso en el que un tercero puede limitar el derecho a la integridad física, sigue con la explicación, uno por uno, de estos requisitos, bajo los apartados de; Fin constitucionalmente legítimo; Principio de legalidad; Jurisdiccionalidad; Motivación de la resolución judicial; Principio de proporcionalidad; y Otras exigencias específicas. Lo dejamos aquí indicado por quien desee ampliar el estudio de estas limitaciones, que no nos debe ocupar a nosotros por más extensión.

la disposición corporal, regulada y limitada estrictamente por la Ley, que se manifiesta principalmente en la donación de órganos de personas vivas, que estudiaremos justo a continuación[421], independientemente de ciertos actos concretos de puesta en peligro del derecho que puede realizar su titular, y que no trataremos aquí[422].

Pero antes de abordar la donación entre vivos, dejaremos indicada la situación del derecho en el sistema italiano, que goza de una importante novedad con respecto al nuestro, como es que el mismo esté reconocido en el Código Civil cuando en su artículo 5º, bajo el título de *actos de disposición del propio cuerpo* establece que; «Los actos de disposición del propio cuerpo *están prohibidos* cuando produzcan una *disminución permanente de la integridad física*, o cuando sean contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres».

Como vemos se produce una regulación civil especial de la posibilidad de disponer del propio cuerpo, posibilidad que limita de manera absoluta, ya que la prohibe para casos de una disminución permanente de la integridad física[423]. Publicado el Código Civil en 1942, esto provocó que en el sistema italiano, y en la práctica totalidad de la doctrina del país vecino[424], se estimara el cuerpo como absolutamente inviolable (lo que en cierta medida influyó en el derecho español), y durante mucho tiempo, hasta que posteriormente fue modificada la regulación, no se

[421] En el siguiente epígrafe estudiaremos esta realidad, en la que nos centraremos en el derecho de donación entre vivos, dejando a un lado un aspecto claramente marginal de este derecho, como es la lícita posibilidad de disposición y el destino de ciertas partes concretas del cuerpo, como son las uñas, o el cabello.

[422] Nos referimos a la polémica que algunos autores han abierto sobre la licitud de la puesta en peligro voluntaria del derecho a la integridad física, a través de la realización de actividades como los deportes de alto riesgo, o algún otro como el boxeo, en el que se pone voluntariamente en riesgo la integridad física del participante, que en alguna de estas actividades, como la del boxeo, siempre se ve dañada. Éste es un tema de discusión que, como se comprenderá, queda fuera del objeto del presente trabajo.

[423] Como vemos, con esta regulación del Código Civil italiano, sólo se deja margen para esas disminuciones de la integridad física muy concretas, naturales e insignificantes, como las citadas pérdida de uñas, cabello o de saliva.

[424] Nos referimos, cómo no, a la doctrina histórica, ya que los autores actuales, como traeremos a colación en el próximo epígrafe, no son de esta opinión. Así, en los autores que publican sus trabajos desde principios de siglo hasta los años 50 ó 60, observamos en esta postura de negación de cualquier posibilidad de donación inter vivos a; FERRARA, en 1921, ob. cit. nota 195, pág. 404; DEGNI, en 1939, ob. cit. nota 37, pág. 198; o, por último, el mismo FERRARA, posteriormente, en 1941, ob. cit. nota 37, págs. 97 y ss.

dejara margen alguno a la donación de órganos, posibilidad que, en la actualidad, se admite pacíficamente[425].

4.3.1.- Derecho a la disposición corporal en vida.

El derecho a la disposición corporal en vida se ha desarrollado principalmente a raíz de su cobertura legal, producida a través de la Ley 30/79 de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos, desarrollada por el Real Decreto 426/1980 de 22 de febrero. Este desarrollo se produjo a partir de la regulación de 1979 y de 1980 porque la legislación histórica española no reconocía expresamente la posibilidad de donación inter vivos, limitándose a observar la posibilidad del aprovechamiento de los órganos de los fallecidos[426], lo que provocó que los autores que trataban inicialmente el derecho a la disposición corporal[427] se centrasen en el estudio de la posibilidad de decidir sobre la eventual extracción y destino de piezas separadas del cuerpo muy concretas en vida del titular, ya citadas en el presente estudio, como son las uñas, cabello, etc., pero no pudiesen analizar la posibilidad de donaciones de órganos entre personas vivas, lo que no se reconocía en su legislación *contemporánea*.

Para comprender bien la situación en nuestro derecho español de la donación entre personas vivas debemos recurrir necesariamente a desgranar, con detalle, lo establecido en la regulación, no sólo porque en ella se basan los autores españoles para analizar el tema[428], sino porque ha sido la base que ha posibilitado su desarrollo, y con él, el de la disposición del derecho a la integridad física del sujeto.

---

[425] En la actualidad, como referimos, sí que se admite la donación de órganos, aunque eso sí, *ciertamente bastante limitada por la Ley, a partir de las regulaciones de 26.3.57 y, sobre todo, de la de 26.6.65*, que en especial, en el caso del riñón, admite la donación inter vivos. No obstante dejarlo aquí señalado, este aspecto lo volveremos a traer a colación en el próximo epígrafe.

[426] Esta legislación histórica es la de la Ley de 18 de diciembre de 1950 y la Orden de 17 de febrero de 1955 que la desarrollaba, que ya en el artículo primero establecía que los establecimientos públicos serían los «únicos centros donde se pueden obtener, preparar y utilizar para injertos y trasplantes, tejidos y órganos, como huesos, cartílagos, piel y ojos **procedentes de cadáveres**».

[427] Como lo son todos los autores citados en este trabajo que analizan el derecho a la disposición corporal, dentro del de la integridad física a mediados de siglo, y hasta la publicación de la Ley 30/79, a los que nos remitimos.

[428] Hemos de aclarar que existe una regulación posterior a la señalada, en concreto el reciente Real Decreto 2070/99 de 30 de diciembre, sobre Trasplantes de órganos. Pero el mismo, a pesar de que textualmente declara derogadas estas dos disposiciones, lo que realmente hace es recoger punto por punto, al menos en cuanto a lo relativo a la donación entre vivos, todo lo regulado en estas normas, Es

La regulación española actual se plasma en la Ley 30/79 de 27 de octubre de extracción y trasplante de órganos. Ésta dedica los primeros tres artículos a disposiciones generales. En el primero se indica que todas las actuaciones de «cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos» se han de hacer con arreglo a dicha Ley. El segundo, quizás el más importante de esta parte prohibe la compensación entre donante y donatario por la recepción de órganos[429], y el tercero determina que sólo los centros autorizados por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social podrán llevar a cabo estas extracciones.

Es el artículo cuarto de la Ley el que se encarga de establecer los requisitos necesarios para que se pueda llevar a cabo; «la obtención de órganos procedentes de un donante vivo para su ulterior injerto o implantación en otra persona», y los mismos se centran en que el donante sea mayor de edad, que goce de plenas facultades mentales, que sea informado de todas las condiciones y consecuencias de la donación y que otorgue su consentimiento de forma «*expresa, libre y consciente*». En el último párrafo, se establece que el destino del órgano sea para una persona determinada, en la que se garantice el anonimato. Hasta ahí los requisitos para la donación inter vivos, ya que el resto de la escueta ley se dedica a regular la de los órganos de los fallecidos[430].

El Real decreto 426/1980 de 22 de febrero desarrolla la citada ley, y en su capítulo primero, durante cinco artículos trata del tema de las donaciones inter vivos. En el primer artículo establece las categorías y características con las que ha de contar un centro sanitario para poder llevar a cabo estas donaciones, así como los requisitos de las autorizaciones que ha de conceder el Ministerio de Sanidad para ello.

El artículo segundo es muy importante en la estructura de la Ley, ya que es el que recoge las condiciones de la donación en general. Así, se requiere que el donante sea mayor de edad, en plenas facultades mentales y un estado de salud «adecuado» para la extracción; que sea informado de las consecuencias de su decisión y preste consentimiento libre, expreso, consciente y desinteresado. También que el trasplante

---

por eso por lo que estudiaremos los principios de la normativa basándonos en la originaria, la aplicada hasta ahora, principios que se seguirán aplicando en el futuro, mas clara, a nuestro entender, para ello.

[429] Ya estudiaremos con verdadero detenimiento este aspecto de la gratuidad de la donación, y todo lo regulado, no solamente lo que aquí recogemos ahora, sino la previsión de la compensación de las consecuencias gravosas de la donación para el donante vivo y las reacciones que ha suscitado.

[430] Que estudiaremos posteriormente, en el siguiente apartado.

sea; «*compatible con la vida* del donante y que *no disminuya gravemente su capacidad funcional*» Por último se exige que el; «destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de *mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida*», y que se proteja el anonimato del receptor.

Los artículos tercero y cuarto sólo establecen requisitos formales[431], importantes, pero no tan trascendentales como los de fondo del artículo segundo, y sobre todo como el del artículo quinto, que se centra en la fundamentación solidaria de la donación cuando trata de su gratuidad. El mismo, íntegramente, establece que; «*No se podrá percibir compensación alguna* por la donación de órganos ni existirá compensación económica alguna para el donante, *ni se exigirá al receptor precio* alguno por el órgano trasplantado. No obstante, deberá garantizarse al donante vivo la asistencia precisa para su restablecimiento, así como para cubrir cualquier gasto realizado con ocasión de la donación e intervención».

Hemos recogido de manera más o menos resumida esta regulación porque es la que establece los límites y extensiones de la donación de órganos de personas vivas a otras personas, y porque es la metodología que usa gran parte de la doctrina para el análisis de este derecho[432].

A continuación vamos a seguir con el estudio de estos requisitos, pero con un mayor detenimiento[433]. La sistematización que utilizaremos será la de estudiarlos

[431] El artículo tercero establece ciertas prevenciones respecto a los médicos (necesarias, pero de las que opinamos que su finalidad es estética con respecto a los donantes, y que vienen motivadas por las posibles e infundadas creencias de que los mismos pueden beneficiar las donaciones por encima de los donantes), como que sean distinto el médico que realice el certificado de la salud del donante del que lleva a cabo la donación, y que los facultativos que intervengan sean los más numerosos posibles. El artículo cuarto determina que el consentimiento y las condiciones que se dan en la donación se han de presentar al Juez encargado del Registro Civil; que se han de firmar por todos los asistentes; que cualquiera puede expresar sus dudas sobre la manifestación del consentimiento; y por último, que se han de dejar 24 horas entre el consentimiento y la donación, que podríamos calificar de "arrepentimiento", ya que esto es lo que puede realizar el donante en las mismas y su aparente única función, sin requisito formal alguno.

[432] Llevan a cabo básicamente esta enumeración de los requisitos de la donación entre personas vivas, en su estudios sobre la misma (que por otro lado es lo fundamental que se ha de conocer del tema); MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, págs. 103 a 109; LETE, ob. cit. nota 3, pág. 180; MALUQUER, ob. cit. nota 9, pág. 34; o LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 69.

[433] Le damos una gran trascendencia o atención al estudio de estos requisitos y de los caracteres de la donación inter vivos porque, como ya anunciamos con anterioridad, pueden suponer el prólogo ideal para llegar a afrontar con mayores garantías el estudio de la situación del principal aspecto post-mortem de estos derechos de la personalidad desde su esfera corporal, que es el de la donación post-mortem (que supone la disposición del cadáver), ya que tiene gran similitud con la disposición de una persona viva.

según cuáles son los distintos sujetos intervinientes en la donación, y las circunstancias que a los mismos les afectan[434].

Lo primero que hemos de destacar es que los dos principios básicos que mueven la donación y su regulación son el de solidaridad entre el donante y el receptor y el del control público del proceso, precisamente con la finalidad de controlar que este primer principio y toda la legislación se cumplan. Entrando ya en el desarrollo de los requisitos según los sujetos intervinientes;

En cuanto a la autoridad pública, ésta ha de velar por todas las circunstancias en las que se puede aplicar la Ley. Ello no significa que sólo se puedan llevar a cabo trasplantes en centros públicos, ya que también podrán realizarse en los privados, sino que el control del proceso, también en estos últimos, le corresponde al Ministerio de Sanidad. Éste deberá controlar cuáles son los centros que pueden realizar el trasplante y cuáles no, según que reúnan las condiciones necesarias de organización y régimen de funcionamiento, quirófanos, salas de recuperación y personal médico cualificado, y también deberán controlar que, una vez otorgados las autorizaciones, los centros sigan cumpliendo los requisitos[435].

En cuanto al donante; En un principio ha de ser mayor de edad, lo que es esencial para que pueda consentir sobre la donación. Decimos en principio porque la disposición final 2ª establece que; «dadas las características biológicas de la médula ósea, los menores de edad pueden ser donantes, previa autorización de sus padres o tutores». Si encuadramos esta disposición en las especialidades de la médula ósea y en el principio de solidaridad para las donaciones, consideramos que se ha de considerar la misma como acertada, aunque haya provocado dudas[436]. También,

---

[434] Hemos optado por abordar el tema de los requisitos en dicha sistemática porque, creemos, facilita el estudio de los mismos, aunque no toda la doctrina adopte, en los diversos estudios existentes, este mismo enfoque.

[435] El artículo 1° del Real Decreto incide en el control del Ministerio, porque además de establecer que éste ha de conceder las autorizaciones para los centros, también determina otro requisito y estricta concreción de la misma, cuando establece que; «La autorización determinará la persona a quien, además del responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante, corresponde dar conformidad para cada intervención, previa comprobación de que se cumplen las condiciones y requisitos señalados en los artículos primero a quinto del presente Real Decreto». Así pues, también se designa dentro del centro un controlador de la legalidad de cada una de las donaciones.

[436] Hemos de estimar que las donaciones de médula ósea se suelen dar entre hermanos, por ser los únicos o los mejores en los que (por compatibilidad) es posible. Si consideramos que generalmente, por necesidades médicas, el mejor momento para realizar la extracción suele ser antes de que donante y donatario sean mayores de edad; la especial vinculación familiar que se da entre ambos; el mínimo riesgo físico que esta donación le supone al donante; y que suele ser la principal posibilidad de mejora física del donatario, esta excepción es necesaria y acorde a los principios señalados, plenamente

como no podía ser de otra manera, el donante ha de estar en plenas facultades mentales, lo que deberá acreditar un médico del centro en el que se realice la donación, distinto al que la vaya a llevar a cabo.

El donante ha de ser detalladamente informado de todas las consecuencias que puede acarrear la donación[437], para que pueda prestar un consentimiento lo más libre, y por supuesto, desinteresadamente posible, aunque esto último se conecte con la gratuidad que analizaremos posteriormente. Este consentimiento ha de ser prestado por el propio interesado, así que salvo los casos de médula ósea, no se permite en absoluto la representación[438], tendrá que ser por escrito, y la donación sólo se podrá llevar a cabo 24 horas después del mismo, que nosotros calificamos simplemente de "arrepentimiento"[439].

El último requisito respecto al donante es el básico; que la donación; «sea *compatible con su vida, y que no disminuya gravemente su capacidad funcional*». Este principio entronca con el que analizaremos justo a continuación sobre el donatario. La donación se basa en la piedad entre los sujetos, y sobre todo en que el daño que sufre el donante es claramente inferior que el beneficio que disfruta el donatario. Por ello, sería jurídicamente inconcebible que la donación suponga lesión o puesta en peligro la vida del donante, ya que en ese momento se estaría

ajustada a ley, aunque comprendemos, por lo delicado del tema, las dudas que respecto a su legalidad han surgido, como las de; DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, pág. 348; o las de LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 74.

[437] Es éste un aspecto en el que la Ley incide expresamente con mucha mayor atención que los demás, especificando que la información ha de ser muy amplia, ya que establece que el donante ha de ser previamente informado «de las *consecuencias* de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden *somático, psíquico y psicológico*, a las eventuales *repercusiones* que la donación pueda tener sobre su vida *personal y familiar y profesional*, así como a los *beneficios* que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor».

[438] Por lo tanto, unido esto al párrafo anterior, cuando las facultades mentales del donante no sean las adecuadas, la donación no se podrá llevar a cabo, ya que su representante legal no puede suplir esta falta de capacidad.

[439] Esto lo afirmamos porque parece que es la única finalidad que el artículo 4 del Real Decreto le otorga a estas 24 horas, en las que el donante se puede arrepentir y revocar su consentimiento sin necesidad formal alguna. Creemos acertada la figura del arrepentimiento, que debe ser un derecho del donante en aras del principio de una donación libre, pero este periodo de tiempo se ha de aplicar de manera flexible, de manera que si antes de acabar el mismo, es necesario realizar la extracción por peligro vital para el receptor, la misma se debe llevar a cabo sin traba alguna, aunque no se observe este requisito formal de las 24 horas.

beneficiando un bien jurídico, la vida del receptor, perjudicando el mismo bien de otro, la del donante, sin que ninguno de los dos pueda prevalecer sobre el otro[440].

En cuanto al receptor; Lo primero que se ha de indicar es que la extracción sólo puede ser destinada a un trasplante, con lo que queda absolutamente prohibida la extracción de un órgano para cualquier otra finalidad (investigación, por ejemplo). Deberá ser para persona determinada, es decir, que antes de llevar a cabo la extracción ya se ha de conocer, con todo detalle, a quién se le implantará el órgano, y no estudiar, tras la misma, a quién le podría resultar compatible. El receptor, según el apartado e del artículo 2 del Real Decreto, deberá permanecer en el anonimato. Parece que es ésta una medida que busca salvar las relaciones previas entre donante y receptor, con la finalidad de evitar contraprestaciones. Esto provoca ciertas reflexiones. En primer lugar, hay donaciones en las que esto será imposible, como las de médula ósea (o cualquier otro órgano) entre familiares, en los que ambos sujetos se conocerán. En segundo lugar, aunque se pueda considerar en algunos casos contrario a la regulación, creemos que es admisible la donación a persona determinada con conocimiento por parte del donante de quién es el receptor[441].

Por último, el segundo requisito del receptor es que con la donación «se *mejore sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida*», es decir, que realmente necesite, desde el punto de vista médico, esta donación. Este requisito es absolutamente esencial, ya que se asienta sobre las fundamentaciones básicas y definitivas de la donación; desde el punto de vista personal, la solidaridad del donante con el enfermo; y desde el punto de vista jurídico, que el bien perdido por el

[440] Así pues, habrá que acudir a la casuística e interpretar lo que significa no disminuir gravemente la capacidad funcional del sujeto. Órganos como el riñón se podrán donar, o la medula ósea, pero habrá que analizar otro tipo de ellos. A nuestro entender, por ejemplo, no se podrá donar un órgano externo que provoque taras o deficiencias en el aspecto externo de la persona (un ojo, por ejemplo), y sí órganos sin los que el donante pueda llevar a cabo una vida normal y sin limitación alguna (como el citado riñón).

[441] Así es como opina también; DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, pág. 348, pero es que nosotros creemos que otra interpretación sería contraria al espíritu de la regulación, que busca potenciar las donaciones. Por una lado, se ha de permitir que si una persona necesita un riñón, por ejemplo, un tercero, sin ser familiar de la misma, pero que tiene un riñón compatible con el del necesitado, se lo done en vida. Pero vamos más allá, éste es el caso más habitual, ya que lo normal es donar un órgano a alguien de quien previamente sabemos que lo necesita. No creemos muy probable que una persona viva y sana se acerque a un centro hospitalario para donar su órgano "a quien lo necesite" en abstracto. Lo normal y habitual será que no se cumpla el anonimato del receptor, y que las donaciones de órganos por personas vivas sean dirigidas a alguien de quien se conoce la necesidad de recibirlo, siendo los mismos perfectamente legítimos, aunque sólo sean conocidos, no familiares. Parece que esta medida es más aplicable a donaciones de órganos de alguien fallecido que a las donaciones entre vivos.

donante es menos trascendental para éste que el ganado por el receptor. En palabras de GORDILLO CAÑAS[442]; «El beneficio proporcionado al receptor ha de supera el daño experimentado por el donante».

Con respecto a la forma de la donación; Este requisito, el último, es también uno de los fundamentales, y se centra en el de la gratuidad, que hemos de enlazar con el principio anterior, ya que acentúa la solidaridad y el altruismo que encierra la donación. No se admite en ningún caso precio ni compensación alguna por el hecho de la donación, ya que el cuerpo humano ha de considerarse necesariamente como cosa extracomercium[443].

Esta prevención, no obstante, es compatible con la compensación al donante vivo de los gastos realizados y de la asistencia precisada. Esta compensación no ha sido bien tratada por la regulación, que sólo cita su posibilidad, sin establecer cómo se ha de llevar a cabo. Personalmente, estimo que no se puede dejar al albur de los particulares esta compensación (debido a lo extremadamente delicado de la misma), lo que podría dar lugar a pagos de precios encubiertos al amparo de la legislación. Nuestra opinión, ante esta problemática, es que la cuantía de las compensaciones que legítimamente le corresponden a los donantes (vivos) por los daños materiales sufridos por la donación[444] se deberían cubrir por la propia Administración Pública, lo que no debería representar un gasto insoportable para la misma[445].

---

[442] Vid. GORDILLO CAÑAS, ob. cit. nota 413, pág. 52.

[443] Este es un requisito necesario, ya que en ningún caso se puede admitir este precio, y siempre se ha considerado el cuerpo humano como una cosa fuera del comercio y de la posibilidad de negociación con él. No es admisible la valoración de un órgano, y la inobservancia de este requisito, o la falta de control de su cumplimiento, dejaría abierta la posibilidad de la creación de un mercado y a la venta de los mismos, una posibilidad absolutamente repugnante desde cualquier perspectiva ética o jurídica. Esto nos conduciría a que la venta de órganos fuese una forma de combatir la miseria extrema de los más desfavorecidos, siendo los más poderosos desde el punto de vista económico los que podrían acceder a la adquisición de estos órganos para salvar necesidades médicas personales (por desgracia, a través de los medios de comunicación social, hemos conocido que ésta no es una práctica desconocida o inexistente en determinados países, especialmente en los que aún se consideran subdesarrollados, es decir, donde existe más pobreza).

Otra cosa, sin embargo es que en situaciones de pérdidas de órganos el derecho haya establecido baremos económicos de *compensación* de dicha pérdida a través de la ley del seguro (ciertamente la pérdida de un órgano difícilmente se puede compensar con dinero). El acto de suprema generosidad que representa hoy en día la donación altruista se convertiría, a través el pago por el órgano, en un acto despreciable, provocado por una absoluta desesperación y el abuso de posiciones más desahogadas.

[444] Repetimos que son compensaciones que creemos absolutamente justas, legítimas y necesarias, evaluables económicamente, que el donante sufra; gastos de hospitalización o perdidas que sufra el donante en su vida personal o profesional, como días de baja o recuperación total.

Hemos terminado, pues, el detallado análisis de todos los aspectos más interesantes de la regulación española sobre la posibilidad de disposición del derecho a la integridad física en personas vivas lo que nos servirá para introducirnos mejor en el estudio de sus aspectos post-mortem, objeto preferencial de la presente tesis doctoral. Recapitulando, podemos concluir que en el derecho español el derecho a la disposición corporal en vida es irrenunciable (no se puede contratar sobre su cesión a un tercero), pero disponible parcialmente, siempre con los límites de fondo y requisitos formales establecidos en la Ley, cuya motivación es el mayor valor jurídico y social del bien protegido o salvado –la vida del receptor-, frente al bien dañado –la integridad física del donante-.

Finalizado el estudio, no queremos acabar el presente epígrafe sin terminar de citar una situación que se producía en el derecho comparado, que antes dejamos indicada. Recordamos que según el artículo 5° del Código Civil italiano, en este derecho no se admitía ninguna disposición de la integridad física que supusiese una disminución permanente de la misma, con lo que se excluía la posibilidad de trasplantes entre personas vivas.

Pero la situación ha sido matizada, y en la actualidad, a raíz de la Ley de 26 de Junio de 1967 (n. 458) –trata, exclusivamente, sobre el trasplante de riñón-, hemos de considerar la situación como distinta. Esta ley deroga en parte el artículo 5 del Código Civil (al menos ésta es la opinión de la doctrina italiana mayoritaria[446]), ya que prevé, como dijimos, la posibilidad de donar el riñón, como único órgano permitido, con lo que se manifiesta mucho más restrictiva en este aspecto que la

[445] Si al margen de la propia ley y de los responsables de la donación las partes que llevan a cabo la cesión del órgano acuerdan precio alguno, éste es un riesgo que, en aras a los beneficios que provocan los trasplantes, se debe correr. Pero necesariamente se ha de ser muy pulcro en evitar que, al amparo de la ley, se produzcan pagos de precios encubiertos, lo que se hubiese evitado haciendo que el centro público cuantifique los daños antes recogidos y los afronte, ya que si los ha de pagar el receptor, también se daría lugar a que los menos poderosos económicamente accedieran con más dificultad a la donación.

[446] Como se puede apreciar en; FALZEA, A., *I fatti giuridici della vita materiale*, RiDC, 1982, I, pág. 480; D'ADDINO SERRAVALLE, ob. cit. nota 403, págs. 13 a 73; BESSONE, M., *persona fisica*, ED.,XXXIII, 1983, págs. 200 y 201;DOGLIOTTI, M., *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, RaDC., 1990, pág. 259; BESSONE, M., *Casi e questioni di diritto privato*, Milán, 1993, pág. 116; ESPINOZA, J., *Nuove frontiere degli atti di disposizione del corpo*, VN., Sept.-Dic. 1993, pág. 1173; MESSINETI, D., *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, RiCDP., Junio, 1995, pág. 114; IAMICELI, P., *Donazione di organi: prelievo e trapianto. Legislazione vigente e prospettive di riforma*, RiCDP., 1995, pág. 145.

legislación española, que regula la donación de órganos, sin establecer una enumeración de los mismos[447].

El sistema de permisividad, por un lado es muy curioso, ya que se considera como lícito la extracción de tejidos (sobre el trasplante de sangre encontramos la Ley de 14 de Julio de 1967 (n.592) y el reglamento que lo ejecuta, el de 24 de agosto de 1971 (n.1256); absolutamente ilícita la extracción de órganos esenciales impares, e ilícita la extracción de órganos pares, salvo el riñón. Por otro lado, el resto de los requisitos que la ley establece para la donación son idénticos a los adoptados en nuestro país (lo que podemos apreciar tanto en la legislación como en la doctrina citada). De ahí se puede deducir la influencia que esta Ley ha tenido en nuestra doctrina, que la ha adoptado en un inicio para después mejorarla. Esta similitud la podemos encontrar en los requisitos respecto al donante; mayor de edad informado; que preste el consentimiento; del centro, que ha de ser autorizado por el Ministerio de Sanidad; del receptor; y de la necesidad de gratuidad, por ejemplo.

4.3.2.- Derecho a disponer del cadáver.

Creemos que éste es el momento adecuado para estudiar en toda su profundidad el derecho a la disposición al cadáver[448], pudiendo entrar, gracias a lo ya tratado, en el detenido análisis de los problemas que en la actualidad presenta el mismo (que, a la luz de la legislación actual, no son pocos).

El derecho a disponer del cadáver tiene una evidente relación con la donación inter vivos, es decir, con la disposición del derecho a la integridad física en vida de

[447] Esta manera de regular del derecho español nos parece más acertada, ya que la materia de la que tratamos es una materia que se encuentra en frenética evolución, y los avances científicos que provoca son constantes. Una limitación legal es como ponerle puertas al mar, y aún más, dificultar la aplicación jurídica del avance científico y con ello la mejora en la salud de los enfermos. Nos parece mucho más adecuada una legislación que permite una aplicación flexible frente a otra más rígida, que tendrá que reaccionar (y ya conocemos la lentitud de estas reacciones) ante las modificaciones de hecho de la situación. Sobre este avance científico nos encontramos constantemente con noticias en prensa (Vid. edición de EL PAÍS, del 30-9-99, pág. 32, sobre la posibilidad de potenciar la donación de hígados de personas vivas frente a la de los fallecidos, que hasta el momento es la que se usa principalmente).

[448] Ya dejamos indicado que éste es el aspecto del derecho a la integridad física que tiene directa relación con los derechos de la personalidad post-mortem. No obstante, antes de entrar en este análisis, lo cierto es que ya hemos tomado cierto partido en alguna de las cuestiones más debatidas, como es su naturaleza jurídica, cuando titulamos este epígrafe como *derecho* a disponer del cadáver, aún cuando alguna parte minoritaria de la doctrina estima que no nos encontramos ante un derecho. Esta toma de posición la argumentaremos y justificaremos justo en el presente epígrafe.

su titular, y no sólo porque ambos derechos se regulen en las mismas disposiciones (tanto la Ley como el reglamento que la desarrolla) con iguales principios, sino además porque la naturaleza jurídica de ambos es la misma base, la capacidad de disposición de la integridad física por parte de su titular (en un caso se plasma en vida y en otro tras su fallecimiento).

En este epígrafe estudiaremos todos los aspectos que afectan a este derecho de disposición post-mortem, pero también a aquellas facetas que, tras la regulación ha quedado más oscuras y debatidas, intentando ofrecer una visión clarificadora y una postura propia respecto a las mismas.

4.3.2.1.- Introducción. Regulación del derecho en el ordenamiento jurídico español.

La necesidad de regular el derecho a disponer del cadáver siempre ha existido, tanto desde el punto de vista estrictamente social, como del jurídico, constituyéndose como una cuestión insalvable de necesario tratamiento legal. La conciencia y el sentimiento de solidaridad que nos une a las personas más cercanas a nosotros (generalmente familiares, pero no necesariamente sólo ellos), obliga a que, ante cualquier eventualidad, y como respeto a la personalidad de quien nos dejó, los terceros se ocupen de darle destino a sus restos.

Por estas razones son ya antiguas las disposiciones que prevén la necesidad de dar digna sepultura al fallecido y proteger eficientemente el cadáver[449], lo que no puede ser menos en nuestro derecho actual, que en disposiciones administrativas concretas regula las medidas a tomar y a llevar a cabo en los casos de fallecimiento, todas ellas muy controladas y restrictivas, tanto por el respeto a los fallecidos, como por unas básicas medidas de higiene pública[450].

---

[449] Ya en las Partidas, en la Ley 12, se disponía cómo llevar a cabo este enterramiento. Pero también observamos esta preocupación histórica de, tras la muerte de un familiar, darle prioridad ante cualquier otra circunstancia a su enterramiento de una forma digna, en el Código de las Costumbres de Tortosa, por ejemplo, cuando dispone que; «Cuando el deudor muriera sin pagar sus deudas, deberá pagarse, con sus bienes, todo lo que para su sepultura se necesitase; porque dicha sepultura *goza de prioridad* frente a los bienes del finado antes que ningún otro acreedor».

[450] Estas medidas, relativas a la obligación de llevar a cabo los trámites del enterramiento o cremación del fallecido en un plazo determinado y de una manera concreta (limitando el destino que se le puede otorgar a los restos de un familiar), que se circunscriben al derecho administrativo, regulados entre otras normas en la Ley 49/1978, sobre enterramientos en cementerios municipales, no son objeto de este trabajo, por lo que simplemente las dejamos aquí citadas.

Esta protección del cadáver, como residuo de la personalidad del fallecido, también la podemos observar en el derecho penal español, materializada tanto en el código actual como en el derogado. Lo que más interesa a este estudio es que el mismo legislador toma partido por el significado de la posible violación de sepulcros, ya que estima que la misma conlleva una; «falta de respeto debido a la memoria de los muertos»[451]. Esta toma de postura no era del todo necesaria, pero sí que nos hace ver la motivación principal de esta protección al cadáver, y que su vulneración provocaría una merma en la memoria del fallecido[452] (dejando a un lado la relativa únicamente al destino de los restos, lo que no es objeto de nuestro estudio).

Entrando ya en la regulación civil de la donación de órganos, la primera regulación que en nuestro país se ocupa del tema de la donación sólo prevé la posibilidad de extracción de órganos de los fallecidos, es decir, sólo admite la donación post-mortem y no la inter vivos. Así, la Ley de 18 de diciembre de 1950, tras argumentar en su prólogo que los avances de la ciencia no se podían ver limitados en esta materia por la falta de una regulación adecuada, establece las primeras bases para la posibilidad de la extracción de órganos de fallecidos para trasplantes, aunque el desarrollo de tal regulación no sea especialmente amplio[453].

No entramos aquí en el análisis de esta insuficiente regulación ya derogada, sino de la vigente hoy en día. Realizaremos un análisis detenido de los principales aspectos de la misma, para acometer después el estudio de la naturaleza jurídica del derecho y de sus principales aspectos conflictivos con una verdadera base de apoyo[454].

---

[451] En el artículo 526 del actual código penal (que es una réplica del 340 del derogado) se establece que; «El que, *faltando al respeto debido a la memoria de los muertos*, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses».

[452] Así pues, ya tenemos la primera visión de por dónde puede estar situada la discusión de la naturaleza jurídica de este derecho, ya que en todo momento hablamos de daño a la persona o a la memoria del fallecido.

[453] Esta ley fue desarrollada por la orden de 17 de febrero de 1955. En su artículo primero se establecía que sería el ministerio de la Gobernación el que autorizaría los centros en los que se podían llevar a cabo los trasplantes. Del segundo al quinto, se preveían los requisitos formales que debían seguir los médicos directores de dichos establecimientos para llevar a cabo estas operaciones, los certificados de defunción con la comprobación de la muerte, o el acta de las intervenciones. Por último, el artículo sexto se refiere a los casos de muerte violenta, siendo el séptimo para las operaciones algo más especiales, como autopsia, embalsamiento, momificación, etc., y el octavo un artículo de remisión final.

Esta legislación, como dejamos arriba indicado, es la misma que regulaba la situación de las donaciones entre los vivos, es decir, se basa en la Ley 30/79 de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos, que dedica tres artículos al tema, desarrollada por el RD. 426/80[455].

El artículo central de la citada norma es el quinto. En su párrafo primero se establecen los requisitos para determinar que una persona ha fallecido, ciertamente exigentes, como que determinen la muerte cerebral tres médicos, entre los que deberán figurar; «un neurólogo o neurocirujano y el Jefe del Servicio de la unidad médica correspondiente o su sustituto», sin que ninguno pueda ser el mismo que va a realizar el trasplante (ya indicamos que la motivación de estos requisitos parece la tranquilidad de los potenciales donantes y de los familiares de los mismos). Seguidamente encontramos el párrafo segundo, el más importante, que establece dos principios. El primero es que; «La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con *fines terapéuticos o científicos*», y el segundo, trascendental, es que se realizará esta extracción «en el caso de que éstos *no hubieran dejado constancia expresa de su oposición*» (ya desarrollaremos el porqué de esta importancia y las consecuencias de este articulado). Esta misma prevención se establece para las personas fallecidas en accidente (se ha de desprender que se refiere a personas sin familiares vivos) que estén «presumiblemente sanas», para lo que deberán contar con la autorización del juez.

---

[454] Este detenimiento en la explicación se debe a varias razones. La primera es la ya explicada. Éste es el derecho que más nos interesa y, en el estudio de su naturaleza jurídica, muchas de las razones argumentadas por los autores y en las que nosotros fundamentaremos nuestras posturas, se centran en algunos aspectos concretos de la Ley, lo que veremos especialmente cuando tratemos lo relativo a la falta de oposición del donante fallecido. Otra de las razones que nos mueve a ello es que la doctrina que estudia la variación post-mortem de la disposición del derecho a la integridad física desarrolla sus posturas a través de un recorrido por los principales caracteres de la Ley, con lo que es necesario centrarse en ellos. Esto lo podemos apreciar en; MARÍN, ob. cit. nota 184, págs. 108 a 110; DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 7, pág. 351; CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 6, pág. 82; LACRUZ, ob. cit. nota 13, pág. 76; o BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 190, pág. 121.

[455] Volvemos a referir lo recogido en el epígrafe 4.3.1 de la disposición corporal en vida. Esta normativa ha sido refundida en un reciente Real Decreto 2070/99 de 30 de diciembre. La misma recoge todos los aspectos relativos a la donación post-mortem regulados en las normativas anteriores, sólo modifica algo la forma de establecer la muerte cerebral, y algún aspecto formal, lo que citaremos en su momento adecuado. Pero toda vez que en cuanto a los principios de fondo de la donación post-mortem establece los mismos principios de la anterior regulación, desarrollaremos este estudio basándonos en la misma, que es la que hasta ahora se ha aplicado y interpretado adecuadamente. Las similitudes se pueden observar en la propia exposición de motivos de esta regulación; «El presente Real Decreto respeta y promueve los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad, información, consentimiento informado de los donantes vivos, comprobación de la no oposición de los fallecidos y finalidad terapéutica previstos en la Ley 30/79 de 27 de octubre».

Como ya reflejamos, los siguientes artículos no son tan trascendentales. El sexto se ocupa del receptor, indicando que se le ha de informar plenamente de todos los riesgos y características de la donación, así como de que se han realizado los estudios pertinentes, y que ha de manifestar su consentimiento por escrito para la realización del trasplante. En este caso sí que se admite que el consentimiento lo preste su representante legal en caso de pacientes; «con déficit mental o menores de edad».

Por último, el artículo 7 establece que se facilitará la; «constitución de asociaciones» a niveles locales, o nacionales, que puedan colaborar con las internacionales, para encontrar a los receptores más idóneos, como previsión legal necesaria para la creación de dicha entidad[456].

A continuación desgranaremos con detenimiento el Capítulo II° del Real Decreto 426/80, que desarrolla la Ley, que es el dedicado a la donación post-mortem, y que lleva por título; «*Extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos*». Su primer artículo, el sexto recoge los requisitos formales, indicando que el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social autorizará a los centros que lleven a cabo estos trasplantes, y establece las características que obligatoriamente han de tener los mismos, como son la organización, el régimen interno, los medios, el personal, los locales y todas las condiciones necesarias adecuadas para que en ellos se realicen los trasplantes[457].

El Real Decreto se ocupa, en los artículos séptimo y octavo, de la necesidad de que los pacientes conozcan la regulación y ante la misma tomen la decisión que consideren oportuna. Se indica que se les informará de toda la regulación relativa a la donación, y sobre todo, de los principios de; «*altruismo y solidaridad humanos y respeto absoluto de la libertad, intimidad, voluntad y creencias* de cualquier clase de los interesados».

---

[456] Por la resolución de 27 de junio de 1980 la Secretaría de Estado para la Sanidad creó la Organización Nacional de Trasplantes, con la finalidad de facilitar el intercambio humano para trasplantes, principalmente el de riñón, pero también para cualquier otro órgano o tejido. Recordemos que en la actualidad no sólo se trasplantan riñones con éxito, sino también muchos otros órganos, como el hígado o el corazón, por ejemplo. Diversos aspectos formales de esta Organización son regulados y refundidos en los artículos 19 y ss. del Real Decreto 2070/99 de 30 de diciembre sobre Trasplantes de órganos.

[457] Es de tener en cuenta que el citado Real Decreto 2070/99 sí que ha establecido ciertos requisitos formales respecto a las instituciones médicas en las que se llevarán a cabo los trasplantes, o sobre las circunstancias para llevar a cabo los traslados de los órganos, en los artículos 11 a 18. Esta normativa, por ser únicamente de forma, no material, no la estudiaremos con detenimiento.

La forma de expresar la oposición a la donación se establece en el artículo octavo, cuando se refiere a la posibilidad de que se puede hacer constar; «*la oposición expresa del interesado*[458] a que después de la muerte se realice la extracción de órganos u otras piezas anatómicas del propio cuerpo». La misma (o la manifestación de que sí lo desea) se puede realizar en la ficha de entrada (al hospital en el que le ingresan, se entiende), y referirse a *todo tipo y clase de órganos o sólo a algunos*». Ésta, la existencia de la manifestación de voluntad en la ficha de entrada, es una muestra de la importancia que se le otorga a la voluntad del donante fallecido, trascendental por encima de todos los principios, aunque la forma de poder llevarla a cabo presente algunas lagunas prácticas[459].

En el artículo noveno se establecen los requisitos formales previos a llevar a cabo para establecer la posibilidad de la donación, como es comprobar la ficha de entrada y la documentación existente, así como la del fallecido, para conocer su voluntad. En ningún caso se indica expresamente ni en este Real Decreto ni en la Ley que se le tenga que solicitar el permiso expreso a los familiares para llevar a cabo la extracción[460]. El único lugar en el que se nombra a los mismos es en este artículo, cuando establece que; «Siempre que las circunstancias no lo impidan, *se informará a los familiares* presentes en el Centro sanitario sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, así como de la consiguiente restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria»[461]. El artículo 10 es ciertamente

---

[458] A este respecto, también se permite la asistencia de un tercero, toda vez que el artículo 8° acaba aportando esa posibilidad cuando recoge que; «Cuando se trate de menores de edad o pacientes con déficit mental, la oposición podrá hacerse constar por quienes ostenten la patria potestad, tutela o representación legal».

[459] A pesar de ser ésta una manera muy adecuada para hacer conocer a todas las personas que ingresan en un centro sanitario las condiciones de la donación de órganos, no nos parece la más efectiva o práctica ni para los facultativos ni a la hora de incentivar la donación post-mortem. Más adecuado nos parece que se potencie la creación de una concienciación social sobre la necesidad de donar órganos, por el trascendental valor en juego de la salud del receptor, ya que no parece de recibo que a la entrada a un centro hospitalario, en el momento en el que sufrimos una enfermedad e ingresamos para ser curados de ella, empleados del mismo nos indiquen qué hacer para la donación en caso de fallecer, dando la impresión –errónea por supuesto-, de estar más centrado en esta misión que en la de curar la enfermedad, y no aportando una visión muy halagüeña o esperanzadora de nuestra estancia en el hospital.

[460] Resaltamos este hecho porque, como analizaremos con posterioridad, en el epígrafe 4.3.2.3, y explicaremos la razón de ello, en la práctica, esta autorización sí se solicita de los familiares, cuando en la regulación no se recoge, ya que el único principio que se desarrolla es que no exista la negativa expresa del fallecido.

[461] Como vemos, de la redacción del texto se desprenden claramente dos aspectos; que la finalidad del mismo es la potenciación de la donación de órganos, gracias a la información detallada que se le

técnico, y busca la descripción de lo que se ha de entender por muerte cerebral, así como los requisitos para determinarla, como la necesidad de que la suscriban tres médicos, por ejemplo, todo ello siempre en la constatada intención de resultar lo más pulcros posibles para evitar posibles dudas de los ciudadanos respecto el proceso de la extracción.

Por último, el artículo decimoprimero y último de este capítulo se centra en determinar los requisitos formales previos a la extracción, como son la existencia y vigencia de la autorización del centro sanitario, el certificado de defunción, los datos de los médicos, y, sobre todo, la «*Comprobación de que no consta oposición expresa*» del fallecido (sin citar a los familiares), y la necesidad de autorización del Juez sólo en los casos en los que esté abierto algún sumario respecto al cadáver[462].

Hasta aquí el desarrollo de la legislación. Hemos incidido en varios aspectos, como los requisitos formales y sobre todo el principio de no oposición del fallecido y el papel de los familiares, ya que los analizaremos a continuación con detenimiento.

4.3.2.2.- Naturaleza Jurídica del derecho.

Éste es un aspecto muy importante de la realidad jurídica ante la que nos encontramos, ya que de él dependen el resto de situaciones dudosas o conflictivas que la doctrina se plantea en la actualidad. Tras la toma de posición que tomemos en esta materia podremos aportar una visión más nítida del resto de aspectos a discutir.

Una primera postura acerca de la naturaleza jurídica de los actos de disposición del cadáver es precisamente la que considera que en absoluto estamos

---

otorga a los familiares sobre los pasos a seguir y el respeto que en todo momento se tiene por los restos del familiar fallecido; y que en ningún caso establece la obligación de contar con la autorización previa de los mismos para llevar a cabo el trasplante.

[462] Es ésta la única referencia que se hace al Juez en la que sea necesario contar con su autorización, en caso de estar un sumario abierto que afecte al cadáver. Como vemos, por ello, no habría, según la estricta redacción de la ley, necesidad de recabar la autorización de los familiares del fallecido, siempre que no conste la oposición del mismo, y tampoco la del Juez (salvo sumario abierto). Los facultativos, si analizamos pura y simplemente la redacción legal, podrían llevar a cabo la extracción de los órganos en caso de no constar la citada oposición, aunque exista una negativa de los familiares al respecto, y sin necesidad de recurrir en dicho caso al Juez.

Antes de seguir con el tratamiento de otros temas, es necesario señalar que un aspecto que sí que modifica el RD. 2070/99 de 30 de noviembre es el de la forma de establecer la muerte cerebral, toda vez que la ciencia ha evolucionado sobre ello desde 1980, y mediante esta normativa se adapta el Dictamen de Candanchú de la Sociedad Española de Neurología de 1993, según recoge la Exposición de Motivos. Por no ser esencial para el objeto de nuestro estudio, al corresponder a una cuestión de técnica médica, solamente lo dejamos citado con la finalidad de ser tenido en cuenta este extremo,

ante un derecho, ya que se trata simplemente de una facultad, una capacidad de decisión del destino del cadáver otorgada por el ordenamiento a los familiares más allegados, gracias a la vinculación afectiva que existía entre el causante y éstos. Es una postura que patrocinaba a mitad de siglo (de su contexto histórico también hemos de sacar conclusiones), el profesor CASTÁN[463], y se ve claramente influenciada por el principio del artículo 32 el Código Civil de que la muerte extingue la personalidad.

Una postura cercana a ésta que acabamos de exponer es la que opina que estamos ante una res extra comercium, disponible, y que a los familiares se le otorga la posibilidad de decidir sobre ella, pero únicamente por la relación familiar existente con el difunto, opinando también que no estamos ante un derecho autónomo, postura que defiende, por ejemplo, MARÍN PÉREZ[464].

Entramos a analizar a continuación cómo ha surgido la corriente doctrinal que en la actualidad consideramos como admitida pacíficamente, y (desde una opinión personal) como más acertada. Inicialmente podemos ir observando cómo va modificándose el parecer doctrinal de la inexistencia de un cuando en 1954 el profesor BORREL MACIÁ[465] (recordemos que todavía a la luz de la Ley de 18 de diciembre de 1950), ya defendía que existe una "facultad" del fallecido de; «disponer de órganos o elementos del propio cadáver» para el momento de su fallecimiento, y también observamos una postura parecida en la mantenida en la decena siguiente los profesores MADRIDEJOS[466] y DÍEZ DÍAZ[467].

[463] En sus dos obras que tratan este derecho, como son las de; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Los derechos...*, págs. 39 a 42, o la de CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Derecho civil...*, pág. 385. Hemos de tener en cuenta que estas obras se llevaron a cabo a raíz de la legislación histórica de 18 de diciembre de 1950, no de la actual, y que el influjo del artículo 32 del Código Civil en la misma es grande. También el profesor GORDILLO, ob. cit. nota 413, págs. 26 y ss., en su buen estudio sobre los trasplantes de órganos recoge algún autor, como LÓPEZ LÓPEZ que opina que esta posibilidad de donación es una simple; «situación jurídica secundaria: pura facultad o derecho de configuración».

[464] Vid. MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, págs. 108 y ss.; en la que se decanta por esta situación, que no es la misma que la del profesor CASTÁN, pero que evidentemente se sitúa entre las que no opinan que estemos ante un derecho. De hecho, afirma también que «algún autor» ha podido hablar «de la existencia de un "derecho familiar sobre el cadáver"», considerándolo como una cosa ciertamente paradójica.

[465] En BORRELL, ob. cit. nota 413, pág. 125.

[466] Que en su obra de 1962; MADRIDEJOS, ob. cit. nota 11, pág. 276 sitúa el; «Derecho sobre las partes separadas del propio cuerpo y sobre el cadáver» dentro de los derechos de la persona, aunque lo que principalmente hace es admitir que se estudian entre ellos, no aportar la opinión que le hace a él introducirlos también en dicha categoría.

Con el paso del tiempo, poco a poco, se fue conformando la opinión de que puede existir un derecho, y que éste ha de estar muy relacionado con el derecho a la integridad física, aunque su objeto se centre en la posibilidad de que en el futuro, cuando nuestro cuerpo sea solamente cadáver, se disponga de él y se decida qué se ha de hacer con el mismo, determinando si queremos que nuestros órganos sean donados o no. Esta línea de argumentación la debemos considerar como una derivación post-mortem del derecho a la integridad física (más concretamente de la posibilidad de disponer de él)[468].

Esta postura de tomar el derecho como una derivación post-mortem del derecho a disponer del derecho a la integridad física la confirma el profesor ALBADALEJO[469] cuando nos dice que; «cabe preguntar si el interesado tiene en vida un derecho de la personalidad que le permita disponer para el futuro del propio cadáver entero o de partes del mismo. La respuesta es que **sí**, pero la disposición no puede exceder de los límites que autoricen la ley, la moral y las buenas costumbres».

La afirmación es rotunda, y sitúa sin ningún complejo a esta capacidad dentro de la categoría de los derechos de la personalidad. Si esto es así, estamos ante un derecho de la personalidad del que, si bien se dispone de él en vida del sujeto, su efectividad y cumplimiento siempre se llevará a cabo una vez su titular haya fallecido. Y, conste añadirlo, estamos hablando del derecho del desaparecido a disponer de su cadáver, no el de sus familiares, que lo único que ostentan es la responsabilidad de que esta voluntad se cumpla.

Autores que han tratado monográficamente este tema en la actualidad se decantan también por esta misma postura, configurándose así la, hoy en día más vanguardista y admitida. Así lo podemos ver, por ejemplo, en el trabajo de ANGOITIA GOROSTIAGA[470], que también sitúa al derecho dentro de los de la

---

[467] En su obra; DÍEZ DÍAZ, J., *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*, Madrid, 1963, págs. 346 y ss.; estudio en el que recoge diferentes posturas sobre la naturaleza jurídica de la disposición al cadáver, que aquí hemos expuesto, que es cosa extra comercio, que no es derecho, y la de que estamos ante un verdadero derecho, postura que adopta el citado autor.

[468] Como vemos, ahora queda plenamente justificado que con anterioridad hayamos dedicado una gran atención al derecho a la disposición de la integridad física, cuando en el anterior epígrafe analizamos la posibilidad de la donación entre vivos. Este derecho, el de la destinación del cadáver, puede derivar directamente del derecho anterior y constituirse así como una situación post-mortem del mismo, con lo que la mayor parte de los aspectos tratados con anterioridad le serán aplicables.

[469] En su obra; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 74.

personalidad, o en GORDILLO CAÑAS[471], más explícito aún, cuando nos señala que, ante la disyuntiva planteada opina que; «No vemos dificultades insuperables en considerar este acto de voluntad sobre el destino del propio cadáver como una *derivación post-mortem del derecho de la persona sobre su propio cuerpo*», para posteriormente reafirmarse en que «*es ésta una proyección post-mortem del respeto a la personalidad del fallecido*» (esta opinión tiene un verdadero interés directo para nuestro estudio, lo que analizaremos con posterioridad).

Tras observar esta argumentación, se ha de decir que desde un punto personal me sitúo junto a este sector de la doctrina, que por otra parte, en la actualidad, podemos considerar como mayoritario. Y esto es así por varias razones. Inicialmente, en relación a la fundamentación del derecho, podemos reflexionar que el hecho de respetar el cadáver del fallecido, y dentro de este respeto, realizar en el mismo únicamente aquellos actos o "manipulaciones" que el fallecido haya consentido[472] se apoya en todo momento en el respeto a su ser más íntimo, a sus creencias, es decir, a la personalidad que en vida y tras su muerte diferencia al sujeto de los demás. Ciertamente el cuerpo de cualquier persona es considerado por ésta como sustento de sí mismo, y en relación a su consideración sobre él estará dispuesto o no a donar sus órganos una vez fallecido. Por ello, en base al respeto al libre desarrollo a la personalidad que propugna la Constitución es obligado respetar el derecho del fallecido a decidir qué hacer con sus restos, y ello se ha de situar englobado dentro de su derecho a la disposición de la integridad física.

Entrando ya en los principios que la regulación establece para este derecho, podemos determinar que todos sus extremos, por otro lado lógicos, apuntan hacia que la naturaleza de derecho es una derivación post-mortem del derecho a la integridad física. Primeramente, se regula junto a éste, en la misma legislación de la

---

[470] En su obra; ANGOITIA GOROSTIAGA, V., *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos; problemática jurídica*, Madrid, 1996, págs. 161 y ss., en la que trata con profundidad diversos aspectos conflictivos de este derecho.

[471] Cfr. GORDILLO, ob. cit. nota 413, págs. 34 y 88, correspondiendo cada una de las páginas a las dos citas aquí contenidas.

[472] Hemos de dejar al margen aquí, como no podía ser de otro modo, las autopsias realizadas a los cadáveres que han fallecido por causas violentas, o extrañas, o resueltas aún, ya que en este caso, las mismas han de ser decidas por el juez encargado del caso, en aras de un principio del ordenamiento jurídico de mayor importancia, como es la investigación judicial de posibles delitos.

donación entre vivos se establece la post-mortem, y segundo porque la regulación de unos y de otros se lleva a cabo basándose en unos principios similares[473].

Pero huyendo del aspecto formal y entrando en el material de la legislación, ésta se apoya en dos principios. El primero es el de la gratuidad de la donación (post-mortem o inter vivos), y se da así porque en ambos derechos se considera que el cuerpo[474] ha de considerarse algo fuera del comercio de los hombres, y no valorable a priori su limitación[475], todo ello en aras de unos elementales principios morales y éticos de respeto a la dignidad humana. Esta gratuidad hace relacionar el derecho con los de la personalidad.

El segundo principio, y el que más nos interesa de cara a la naturaleza jurídica del derecho, es el de absoluto respeto a la voluntad del fallecido. La Ley hace prevalecer la misma, siempre prescribe su cumplimiento, y si no consta su oposición, se supone que el fallecido consentiría la donación. La voluntad a la que se refiere la Ley es siempre la del fallecido, y para nada se nombra en la legislación a sus familiares. Lo cierto es que en la práctica siempre se consulta con la familia[476], pero sólo se debería hacer si no se conoce esta voluntad para que la misma exprese cuál era el parecer *del fallecido* en vida. Así pues, jurídicamente, lo que se analiza y se hace cumplir no es la voluntad de la familia, sino la del finado.

Por todo ello opinamos que sí estamos ante un derecho, que del mismo el titular es el finado, y que su objeto es la voluntad del mismo de que se lleve a cabo la extracción de un órgano suyo una vez fallezca, afectando a su integridad física en

[473] Esta forma de sistematizar la legislación sobre estos dos derechos no se puede considerar en absoluto casual o intrascendente, ya que si así se ha llevado a cabo es por la gran relación que existe entre ambos.

[474] Que es el aspecto material o el bien físico que está en juego en las donaciones, ya sean entre vivos o una vez el donante haya fallecido.

[475] Decimos que a priori porque, como ya señalamos pero queremos citar ahora, la prohibición de valorar algún órgano del cuerpo humano para su posterior extirpación no es obstáculo para que, una vez sufrida la pérdida de algún órgano, o de alguna capacidad física básica, se intente "compensar" en cierta manera esta pérdida mediante la valoración (siempre irreal y susceptible de duda) de dicha pérdida, como ocurre en la Ley del Seguro.

[476] En puridad, según lo que determina la Ley, no se le debería consultar a la familia, ya que sólo se ha de hacer constar que no existe negación expresa. No obstante, como la forma de determinar la negación es absolutamente libre, se puede consultar a los familiares para que expresen su opinión sobre cuál sería la voluntad del fallecido en este caso. En realidad, la situación ha evolucionado y lo que se les pregunta solamente es si ellos aceptan que se lleve a cabo la extracción o no. El por qué de esto se analizará justo en el epígrafe siguiente.

dicho momento, o que no se actúe así, por lo que estamos ante una derivación post-mortem del derecho a la integridad física.

Se ha de aclarar que este derecho no es ilimitado, en absoluto, se encuentra ciertamente limitado, y mucho, por la legislación vigente, ya que la posibilidad de disponer del cuerpo sólo la puede ejercer el sujeto, pero siempre con todas las condiciones que establece la Ley. Por un lado queda limitado en el objeto, ya que sólo se puede decir la manera de enterramiento o no y si se donan sus órganos o no; por otro, también la forma de hacerlo está tasada. Eso sí, dentro de estos márgenes el sujeto fallecido es quien decide.

4.3.2.3.- Principales aspectos conflictivos del derecho.

Como se puede observar en lo referido hasta ahora sobre la Ley 30/79 y el reglamento que la desarrolla, de la regulación de esta materia se desprenden algunos puntos oscuros que han creado cierta discordia entre la doctrina, y que representan un gran interés para que terminemos de analizar todos los aspectos que afectan al derecho a disponer del cadáver post-mortem[477]. A continuación los analizaremos, *resumiendo las posturas que al respecto se producen y aportando la nuestra propia.*

El primer tema sobre el que cabe hacerse una pregunta inicial (pregunta que se contesta con rapidez) es el de si el cadáver, una vez que se permite su disposición, cambia de naturaleza, y pasa a ser una cosa dentro del comercio de los hombres. La respuesta es, rotundamente, no, y por diversas razones. Nunca la legislación ha expresado esta posibilidad[478], y por el hecho de que se pueda disponer del cadáver, el

[477] *Llegados a este punto queremos hacer una precisión. Hasta ahora hemos enfocado el derecho a* la disposición del cadáver principalmente hacia la regulación sobre trasplantes, ya que dentro de la materia es la que mayor trascendencia representa y la que más nos ha de interesar. No obstante, dentro de este derecho también se ha de considerar incluida la capacidad de la persona de decidir sobre el destino posterior dado a su cadáver. Esta posibilidad no viene regulada en su totalidad por el derecho civil, teniendo mucho que ver en ello el administrativo, y se encuentra, al igual que los trasplantes, limitada a determinadas actividades –básicamente el enterramiento o la cremación-, entre las que el titular de este derecho tendrá que elegir. Reiteramos que esta capacidad se ha de considerar, sin duda alguna, como integrante del derecho a la disposición del cadáver, junto a la de la donación de órganos, pero evidentemente, desde el punto de vista civil y desde el tema central de la presente tesis doctoral, presenta una menor trascendencia, situándose también cercana al derecho administrativo.

[478] *Es más, ésta niega claramente esta posibilidad cuando desarrolla todos sus principios, a saber;* es obligatoria la gratuidad; las donaciones han de ser controladas por la autoridad pública, a través de su actividad o de las autorizaciones que ha de prestar a los centros; sólo son posibles las donaciones para finalidades terapéuticas o científicas; y no se permite que en ningún momento se produzca alguna donación fuera del ámbito de la propia Ley.

mismo no entra dentro del comercio de los hombres. Recordemos que las entidades públicas controlan todo el proceso y que queda terminantemente prohibido ofrecer un precio por las donaciones, incluso una compensación por las mismas ha de estar limitada estrictamente a los gastos y trastornos ocasionados. Así pues, y como piensa también la doctrina mayoritaria[479], y dejando aparte que dicha posibilidad repugna a cualquier moral, el cadáver sigue siendo cosa extra comercio.

Otro tema sobre el que ha habido alguna duda inicial, pero que en la actualidad parece haber quedado resuelto (al menos en cuanto a la discusión doctrinal), es si estamos ante un derecho de la personalidad o no. Como vimos con anterioridad, a mediados de siglo exista alguna duda de que viviésemos incluso ante un derecho[480], pero poco a poco se va asentando la opinión contraria. Hemos indicado que se ha impuesto la idea de que estamos ante una derivación post-mortem del derecho a la integridad física. Por otro lado, es cierto que los caracteres del derecho nos llevan a la citada conclusión. Es un derecho que sólo puede ejercer su titular[481], basado en el libre desarrollo de la persona, que le pertenece desde que nace, y que es imprescriptible. Así pues, todas las conclusiones nos llevan, junto a la doctrina actual[482], a considerar que este derecho se sitúa dentro de los derechos de la personalidad.

Y ésta no es una conclusión baladí. Sobre ella vamos a realizar un alto en el análisis de las cuestiones conflictivas de la Ley y estudiaremos con detenimiento sus consecuencias, en especial respecto al tema central de nuestro estudio, los derechos de la personalidad post-mortem. Nos encontramos ante un derecho de la personalidad

[479] Esto lo podemos ver en muchos autores. Citaremos sólo alguno de ellos, como; CASTÁN, ob. cit. nota 1, *Los derechos...*, pág. 42; MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, pág. 108; o GORDILLO, ob. cit. nota 413, págs. 32 y ss.

[480] Como vimos anteriormente, cuando estudiamos la naturaleza jurídica del derecho, con el profesor CASTÁN.

[481] Volvemos a comentar lo ya recogido arriba, los familiares únicamente son cumplidores de la voluntad del fallecido, y su parecer debe entrar en acción sólo en los casos en los que no se conozca la del finado.

[482] Es ésta una opinión mayoritaria en la actualidad, que secundan, por ejemplo; MADRIDEJOS, ob. cit. nota 11, pág. 276; ALBADALEJO, ob. cit. nota 4, pág. 74; MARÍN PÉREZ, ob. cit. nota 184, págs. 108 a 110; GORDILLO, ob. cit. nota 413, pág. 31; o ANGOITIA, ob. cit. nota 470, pág. 162, que en su obra lleva a cabo un buen estudio (más amplio del que aquí conviene hacer) sobre la opinión que de la extracomercialidad del cuerpo humano tienen varios autores.

que se ha de ejercitar por su titular[483] durante su vida, pero que tiene toda su *fundamentación* y su *virtualidad* tras su muerte. Su *fundamentación* porque se basa en el respeto que la personalidad ha de gozar no en vida de su titular, sino justamente cuando éste ya no está entre nosotros. Su *virtualidad* porque el cumplimiento de esta voluntad del titular se ha de llevar a cabo, necesariamente, tras la muerte del mismo, y sólo y únicamente en este momento.

Así pues, la conclusión fundamental es que estamos ante un derecho de la personalidad que existe tras la muerte de la persona, ya que en este momento posterior a la defunción es cuando adquiere su verdadero significado[484]. En conclusión, en cuanto a este derecho, que se sitúa en la esfera corporal de la persona, este *derecho, que es el derecho a disponer del cadáver, es un derecho de la personalidad que sigue existiendo tras la muerte de su titular.* Con esta afirmación agotamos el tema y expresamos nuestra opinión sobre el aspecto post-mortem de los derechos de la personalidad desde la esfera física de la persona.

Respecto a esta situación, queremos al menos comentar que, ante nosotros, no se nos presenta tan unánime el derecho italiano[485], lo que es de destacar debido al influjo que en nuestro sistema jurídico éste siempre ha tenido. Existe una parte de la doctrina que siguiendo al profesor DE CUPIS[486] opina que no estamos ante *ningún* derecho del fallecido, y por lo tanto éste no es un derecho de la personalidad, ni frente a ninguna extensión post-mortem de nada, sino ante una capacidad de los familiares. Sin embargo, citaremos brevemente que, como ya expusimos, también

---

[483] Es decir, tomar la decisión de qué quiere que se haga con su cuerpo una vez fallecido respecto a la donación de sus órganos o no, y respecto a la forma en la que desea que se trate el mismo, básicamente enterramiento o cremación.

[484] Defendemos esta postura porque es en ese preciso momento cuando se conoce si se respeta o no el derecho de la personalidad, y cuándo existe el mismo o se puede considerar vulnerado o no. Ninguna es la validez de la existencia de este derecho en vida del titular, sólo se da en ese momento la necesidad de que exprese su parecer para que posteriormente, tras su óbito, se cumpla este derecho suyo de la personalidad o no. Por todo ello lo debemos considerar post-mortem, es decir, un derecho de la personalidad de la esfera corporal de la persona que existe tras la muerte del titular, ya que en vida sólo se ha manifestado cuál ha de ser su ejecución en este momento post-mortem.

[485] La regulación italiana en vigor es variada, como lo puede ser las leyes de 2-12-1975 (n. 644) sobre trasplantes (concretamente el de riñón), modificada por la Ley 13-7-1990 (n. 198); la Ley de 29-12-1993 (n. 578), sobre determinación de la muerte cerebral; o la Ley 12-8-1993 (n. 301), sobre el trasplante de córnea.

[486] Como lo podemos apreciar en su obra; DE CUPIS, *Cadávere*, NDI., págs. 657 a 659; o en; DE CUPIS, ob. cit. nota 17, págs. 185 a 209; postura que se puede argumentar que ciertamente también es antigua, pero que ha sido seguida hoy en día, por ejemplo, en; LO VETRO, C., *Atti di disposizione post mortem del corpo ai fini non circolatori*, Roma, 1996.

existe otra parte de la doctrina italiana que opina que sí estamos ante una derivación post-mortem del derecho a la disposición del propio cuerpo[487].

Volvamos a los aspectos más destacados (o al menos más polémicos) de la legislación española. Lo primero que debemos señalar es que es ciertamente loable la intención que mueve a la Ley, de reaccionar ante el terrible problema que supone para las personas enfermas y necesitadas de órganos saber que los avances médicos necesarios para su cura existen y que la imposibilidad de aplicarlos es la falta de órganos, reconociendo ante ello y proponer un principio favorable hacia la donación que se aprecia en toda la Ley[488], pero dudamos que se haya obtenido[489].

El primer principio que recogemos es el de la gratuidad. Ésta es absolutamente necesaria para respetar los principios que han de exigir ser cumplidos en toda donación llevada a cabo en un Estado de Derecho en el que se respete la dignidad del hombre, y en el que la donación se ha de realizar solamente por un principio de solidaridad humana. Sobre este principio ya tratamos intensamente en el epígrafe anteriores, opinando que la legislación no ha sido muy afortunada[490]. No obstante, respecto a la donación post-mortem, si se respeta el principio del anonimato del donante, no existirán problemas prácticos respecto a este principio en la donación relativa a cadáveres, ya que el desconocimiento de los familiares del donante imposibilita "compensar" indebidamente la donación[491].

El segundo aspecto básico de la legislación, y éste sí que afecta directamente a la donación en personas fallecidas es el de *«no constancia de la oposición»* que propugna la Ley y sus consecuencias prácticas. Se ha buscado potenciar la donación,

---

[487] Como podemos apreciarlo también en autores de diversas épocas. Por ejemplo; DEGNI, ob. cit. nota 37, págs. 108 y ss.; o más actualmente; RESCIGNO, P., *Morte*, DDP., 1984, pág. 462.

[488] Lo que ha definido muy bien el profesor GORDILLO, ob. cit. nota 413, pág. 72, cuando manifiesta que con la regulación actual se ha pasado «de la minuciosidad a la laxitud» en el tema de la permisibilidad de los trasplantes.

[489] Nos referimos esencialmente en el principio de la no constancia de la oposición a la donación para la realización del trasplante. En un principio puede llegar a ser un buen inicio, pero la forma en la que se regula y su posterior plasmación práctica ha hecho que esta inicial intención positiva no se vea del todo reflejada en los hechos, lo que expondremos con detenimiento a continuación.

[490] Vid. epígrafe 4.3.1, notas 443 y ss.; Un análisis más detallado del tema lo podemos encontrar en; ANGOITIA, ob. cit. nota 470, págs. 240 y ss.

[491] Lo que ocurre es que a veces, en la práctica, por una u otra razón, que puede parecer muy loable, aclaramos, pero que vulnera la Ley, se produce el conocimiento de algunos sujetos de la identidad de otro que participa en la donación.

y para ello, frente al principio del consentimiento expreso a la donación se optó en todo caso por el de la no constancia de la oposición.

A continuación analizaremos las características del principio, pero opinamos que hubiera sido mucho más efectiva una combinación de ambos principios. Ya que lo que se busca es el respeto a la voluntad del donante[492], se podría haber optado por intentar conocer el consentimiento fehaciente de la voluntad del fallecido, y, si ésta existiese, respetarla en todo momento[493]. Posteriormente, y sólo ante la imposibilidad de conocer esta voluntad del sujeto, optar por el principio de la no constancia de oposición. Con esta situación se habría respetado escrupulosamente la voluntad del fallecido y quizás, a mi entender, también fomentado las donaciones.

Pues bien, el principio de la «*no constancia de oposición*» se manifiesta en la Ley de forma muy laxa, sin requisito formal alguno, y sólo se prevé que en los centros médicos exista la posibilidad de manifestar la citada oposición en la ficha de entrada al mismo. Ya analizamos que en cuanto a los requisitos de la Ley, no es en absoluto necesario que se cuente con los familiares en caso de desconocimiento de la oposición del fallecido. Pero esta laxitud en la forma deja abierta una rendija mediante la cual los familiares pueden desvirtuar los principios analizados. Esta desvirtuación se da porque, ante la inexistencia de la oposición, la única salida posible es la pregunta a los familiares de cuál era la voluntad de los donantes, y en ese caso éstos pueden manifestar su voluntad (la del familiar) de no donar, cuando en realidad la voluntad del fallecido podía ser la contraria[494].

Por último, la práctica ha derogado implícitamente a la Ley[495], debido a que, a pesar de que la Ley sólo obliga a *informar*, lo que realmente se lleva a cabo es una

---

[492] Como hemos visto hasta ahora es el principio que ha "alumbrado" toda la regulación, al menos en su intención. Quizás tanto ha sido el afán por fomentar las donaciones, que la principal manera de respetar la voluntad del fallecido, que es apreciando su consentimiento, no se ha observado.

[493] Parece no especialmente complicado crear un Registro Central de Donantes de Órganos, o de manifestación de la voluntad de las personas al respecto (que sería de titularidad pública, evidentemente). En él se podrían inscribir tanto las personas que quisieran ser donantes como las que expresamente lo rechazasen, y debería ser obligatorio que las asociaciones de donantes estuvieran adscritas a él. En el momento del fallecimiento de una persona se podría consultar dicho registro, que informaría al instante sobre si la voluntad del finado figura en el mismo o no (y así poder cumplirla).

[494] Repetimos que esta posibilidad se hubiese evitado si el primer principio fuese el de constancia de la voluntad de donar a través de la declaración expresa de ello o de la pertenencia a los grupos de donantes de órganos. Con la regulación actual, incluso en un caso de un potencial donante de órganos con el carnet de tal en el bolsillo a la hora de fallecer, los familiares pueden argumentar que el mismo era antiguo y que la última voluntad que expresamente había manifestado el fallecido era la de no donar sus órganos.

solicitud de autorización de los familiares. Esto es así porque, a raíz de una circular de la Organización Nacional de Trasplantes[496], sólo se debe llevar a cabo la donación con autorización de los familiares. La solución no es la mejor, pero parece la única posible, ya que se estima que las extracciones llevadas a cabo a los fallecidos sin la autorización de los familiares les daría a éstos una impresión de *apropiación estatal* del cuerpo del familiar, lo que conllevaría una negativa impresión social que limitaría las donaciones voluntarias[497]. Esta es una primera razón, otra serán las consecuencias que las posibles demandas judiciales a las que se verían sometidos los facultativos que llevasen a cabo estas extracciones[498].

Queremos traer aquí, en este momento, y con la clara finalidad de llevar a cabo una comparación entre ambos sistemas, lo preceptuado en el derecho italiano. A partir de la citada Ley de 2 de diciembre de 1975, el principio que se ha adoptado en el derecho italiano es muy similar al del español, ya que se ha pasado del sistema del consentimiento al de la no oposición del sujeto o de sus familiares[499]. En caso de fallecimiento se analiza la existencia de una negativa del fallecido a la donación. Si ésta no se conoce, se les consulta a los familiares, que pueden oponerse y se habrá de respetar su opinión. Si éstos no se oponen, se procede a la extracción[500].

---

[495] Como expresamente admite ANGOITIA, ob. cit. nota 470, pág. 433.

[496] La Secretaría de Estado para la Sanidad creó la Organización Nacional de Trasplantes por medio de la Resolución de 27 de junio de 1980, con la finalidad de facilitar el intercambio de órganos humanos para trasplantes, en un principio primordialmente el de riñón, pero abierto a cualquier otro órgano.

[497] Con respeto a esta impresión, manifestada no sólo por este autor, sino por varios; Vid. ANGOITIA, ob. cit. nota 470, págs. 429 y 430.

[498] Entendemos que si la Ley no ampara clara y expresamente a los profesionales (aunque dejemos destacado que sí lo hace si nos remitimos al puro texto de la misma), ante una situación conflictiva en la que los familiares se niegan a la extracción, no se le puede exigir al médico que asuma las consecuencias negativas, que afectan a su prestigio profesional, que una acarrearía. Esto, unido a la posibilidad del eco publicitario negativo que a buen seguro tendría una noticia como ésta, junto a las dudosas consecuencias que ocasionaría en la conciencia social, hace que la solución, a pesar de ser una mala salida a efectos prácticos (por la falta de órganos para trasplantes que en la actualidad se da y lo que éstos podrían mejorar la vida del receptor), con la actual regulación parezca la única posible.

[499] La principal diferencia respecto al derecho español, es que si no se conoce la oposición del fallecido, se le ha de informar a los familiares de la situación con la finalidad de que se expresen respecto a su posible oposición; es decir, que por Ley sí que se establece la posibilidad de que los familiares se opongan, lo que es una diferencia nada desdeñable con la regulación española, según lo aquí analizado.

Finalmente, en esta Ley también se da un aspecto del que creemos interesante dejar constancia, como es que no se diferencia en la extracción de órganos con fines terapéuticos o científicos, siendo todos iguales para el legislador, cuando es evidente que los fines terapéuticos tienen una gravedad y vigencia que haría aconsejable un tratamiento más favorable para la extracción en el caso de fallecidos del que ha tenido, en comparación con las extracciones para fines científicos.

En relación a cuáles han de ser las soluciones que se podrían haber adoptado para solucionar estas disfunciones que hemos comentado, la primera que ya expusimos es la de haber tomado el principio de la admisión de la voluntad (positiva o negativa) del donante en todo caso, y solamente en caso de no existir ésta, recurrir a la constancia de la oposición. Una vez ante esta situación, ya opinamos que puede ser ciertamente conflictivo enfrentarse a unos familiares que se oponen a la donación, y que no es la salida más adecuada ignorar en todos los casos la posición de éstos[501].

Así pues, se han de diferenciar entre las diferentes situaciones. En primer lugar, opinamos que se debería respetar *siempre* la voluntad del difunto, sea la de donar o la de no donar[502], ya que todo el derecho se ha de basar en el respeto de la personalidad del mismo. Así, en cuanto a las situaciones de hecho, si existe constancia de que el fallecido quería donar (manifestación de voluntad o un registro que se cree al efecto), proceder a la donación. Si existe constancia de que no (constancia de voluntad en tal sentido), negarla.

En segundo lugar, y en caso de inexistencia de manifestación de voluntad, se ha de diferenciar entre los aspectos terapéuticos de los científicos. En estos últimos, nada ha de impedir que se tenga en cuenta la opinión de los familiares, ya que entre los bienes jurídicos que entran en colisión, ha de prevalecer la voluntad de éstos[503].

---

[500] Al respecto se puede consultar la doctrina italiana, como por ejemplo; AZZARATI, G., *Diritto civile italiano; successioni per causa di morte e donazioni*; Milán, pág. 346; RESCIGNO, ob. cit. nota 249, pág. 82 y ob. cit. nota 487, pág. 462; FALZEA, ob. cit. nota 446, pág. 479; D'ADDINO, ob. cit. nota 403, págs. 231 y ss.; DOGLIOTTI, ob. cit. nota 446, pág. 259; ESPINOZA, ob. cit. nota 446, pág. 1172; MESSINETI, ob. cit. nota 446, pág. 114.

[501] Al respecto creemos muy acertada la reflexión del profesor GORDILLO, ob. cit. nota 413, págs. 87 y 88; «Ni nos resulta tan claro que *nunca* tengan los familiares del fallecido nada que decir en materia de obtención de órganos, ni creemos oportuno permitir que *siempre* puedan suplantar de hecho la voluntad del difunto».

[502] En esta opinión, por lo tanto, diferimos de la del profesor GORDILLO, ob. cit. nota 413, pág. 109, que opina que hay ocasiones en las que se ha de desestimar la voluntad negativa del fallecido.

[503] Efectivamente. Por una lado tenemos el bien jurídico relativo al avance científico, al desarrollo de la ciencia "en abstracto", y por otro, el de respeto al sentimiento de piedad y solidaridad que une a

Pero en este momento llegamos a la situación más comprometida, que es cuando existe un fin terapéutico, que en la actualidad **siempre** se ha de considerar urgente[504], ya que se da una evidente escasez de órganos frente a una gran demanda de los mismos. En esta situación los bienes jurídicos enfrentados cambian de orden en cuanto a la prevalencia, ya que frente a la solidaridad familiar de unos se encuentran principios como la salud y, en algunos casos de enfermos terminales con necesidad de trasplante, incluso el de la vida. Ante esta situación de Estado de Necesidad ha de ceder el primer bien[505]. Así pues, ante la inexistencia de manifestación de voluntad y necesidad terapéutica (que realmente en un inicio siempre existiría), se debería proceder a la extracción de los órganos.

Sin embargo, hemos de analizar que podríamos estar en la misma situación que la que queremos evitar, una gran contestación social. Ante esto, nuestro legislador tendría que tomar el tratamiento de este problema social seriamente, abriendo un gran debate nacional que dé a conocer realmente y ponga de manifiesto y de actualidad la angustia que se vive en esta difícil situación, creando un clima favorable a la donación. La solución podría ser regular la situación nuevamente, y establecer algún mecanismo de decisión externo, objetivo, como puede ser la autorización judicial para cuando se de la siguiente situación; desconocimiento de la voluntad del difunto; necesidad terapéutica urgente de la extracción; y determinante negación del permiso por parte de la familia. Quizás con esta salida[506] se consiguiese en cierta medida modelar los intereses que en la actualidad entran en conflicto, siempre desde la perspectiva personal de claramente favorable a la donación de órganos de personas fallecidas[507].

---

los familiares con el difunto, un bien que se ha de considerar importante, muy ligado a la personalidad de los primeros. En una situación de colisión de uno con el otro, creemos que el abstracto de beneficio de la ciencia ha de ceder frente al concreto, y ciertamente valorable, de la piedad familiar.

[504] Creemos que esta afirmación es importante, ya que en la actualidad existe una gran demanda y necesidad de órganos para donantes, cuya función en ciertos casos es la de facilitar su vida, pero en otros, directamente, en la de situaciones terminales, es la de salvar la vida del enfermo del peligro de una muerte inminente, y esta situación ha de ser esencial a la hora de tomar decisiones a este respecto.

[505] Respecto a esta situación, es interesante consultar el trabajo del profeso r GORDILLO, ob. cit. nota 413, págs. 102 y ss.; sobre la fundamentación del Estado de Necesidad como manera de justificar los trasplantes en el derecho alemán.

[506] Que evidentemente no es la ideal, ya que en esta disyuntiva iluso sería quien creyese que cuenta con la salida perfecta que conjugue y compense perfectamente todos los intereses en juego.

[507] En el fondo, y esto no deja de ser una opinión personal, la donación de los órganos de un fallecido sólo afecta a su personalidad post-mortem para engrandecerla.

CAPÍTULO SEGUNDO;

Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular (perspectiva global).

1.- PLANTEAMIENTO.

En esta segunda (y trascendental) parte de la tesis doctoral, hemos llevado a cabo, hasta ahora, el estudio de los diferentes derechos de la personalidad por separado y, a raíz de la conceptualización que de los mismos existe en nuestro derecho, expusimos, muy brevemente y de una manera introductoria, nuestra postura sobre qué es lo que le sucede a la naturaleza jurídica de cada uno de estos derechos una vez que su titular fallece, siempre partiendo de su concepto jurídico actual, y mediante una reflexión básicamente personal.

Algunos autores han llevado a cabo alguna reflexión concreta sobre qué le ocurre a cada uno de estos derechos tras el fallecimiento, pero generalmente estos estudios, hasta hoy, nunca se han desarrollado en unos trabajos que se encardinen dentro de una sistemática dedicada a estudiar exclusivamente esa situación. Este tema siempre se ha tratado hasta hoy en día como un aspecto ciertamente accesorio en esos trabajos, dedicados generalmente al estudio de estos derechos durante la vida de su titular desde una perspectiva general o parcial de cada uno de ellos. El hecho de que no exista hasta ahora una gran literatura científica de todos en común sobre este tema, y la finalidad del primer capítulo, que era la de introducir el debate y centrar el tema de los derechos de la personalidad post-mortem, nos motivaron a no introducir en el citado anterior capítulo estas concretas opiniones doctrinales, salvo algunos casos muy aislados y de una manera superficial.

Una vez llevada a cabo la mentada introducción, situados plenamente en torno al tema de los derechos de la personalidad post-mortem, el presente Capítulo Segundo, que se nos presenta como el trascendental de la tesis doctoral, sí recogeremos todos esos trabajos doctrinales. En este capítulo analizamos este objeto de estudio con todo detenimiento, aportando con exhaustividad la realidad legal, jurisprudencial y doctrinal del mismo en nuestro derecho, así como exponiendo la reflexión personal que la misma provoca. Afrontamos, por ello, el momento central del presente estudio.

Este segundo capítulo, en el que, como indicamos en su título, estudiamos la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem desde una perspectiva global, se compone de dos secciones. En la primera desarrollamos el estudio de dicho tema, objeto central del capítulo, mientras que en la segunda dedicamos nuestros esfuerzos a analizar las dudas que, tras analizar su objeto, provoca el mismo en cuanto a sus aspectos sucesorios. Todo este tratamiento estará centrado, como no puede ser de otra forma, en el derecho español, aunque no

despreciemos dirigir una breve mirada hacia los derechos comparados de Europa occidental, con la simple finalidad de poder tener un punto de comparación con nuestro derecho, no con la de exponer con gran detenimiento la situación en este derecho comparado.

Comenzamos la primera sección analizando la relación que existe entre el estudio del primer capítulo de cada uno de los derechos por separado y la perspectiva global que ahora afrontamos, y exponiendo con detalle la legislación que regula los derechos de la personalidad post-mortem. Posteriormente analizamos todas las posturas doctrinales que ha provocado la misma. Por un lado, los autores que niegan que los derechos de la personalidad existan tras la muerte de su titular, desde las distintas argumentaciones que cada uno emplea. Por otro lado, también expondremos aquellos autores que estiman que existen derechos o realidades nuevas, y cuáles son éstas, así como aquellos autores que se postulan a favor de la existencia o supervivencia de estos derechos tras el óbito de su titular, tal y como estaban o con ciertos cambios en su naturaleza jurídica. Cabe destacar que hay autores difíciles de clasificar, tal y como explicaremos en el desarrollo de sus posturas, ya que, a tenor de sus manifestaciones textuales, parecen negar la supervivencia de los derechos, pero cuando tratan su protección se refieren a la defensa de los derechos de la personalidad del propio fallecido.

También analizaremos con gran detenimiento y extensión toda la Jurisprudencia española, y cómo ésta ha afrontado, no sin dificultades, los casos prácticos en los que analizaba la posibilidad de lesión de los derechos de la personalidad de una persona fallecida. Aclaramos aquí que la visión de esta realidad en la jurisprudencia se presentará ciertamente interesante respecto al por qué de la protección de estos derechos, a la justificación y motivación que mueve la misma, y sobre todo a nuestra toma de postura en relación a si esto derechos desaparecen o perviven tras la muerte de su titular.

Como señalamos anteriormente, una vez que terminemos el análisis de la situación en nuestro derecho de cada una de las posturas existentes, nos detendremos brevemente para tratar las expuestas en el derecho europeo continental (más centrado, como hasta ahora, en el derecho italiano, aunque también citaremos brevemente el derecho francés y el alemán), con la finalidad de poder realizar una cierta comparación con nuestro sistema jurídico.

Finalmente, reflexionaremos sobre todo lo aportado y, recapitulando todas las opiniones existentes, aportaremos una visión personal de la situación de los derechos,

fundamentada en la realidad social, legal, doctrinal y jurisprudencial española, intentando señalar cierta reflexión acerca de cómo han de evolucionar, en el futuro, diferentes concepciones doctrinales.

Seguidamente, en la Segunda Sección, trataremos el aspecto sucesorio que se deriva de la situación del derecho que exponemos en la primera. Si algo existe (no queremos adelantar aquí nuestra postura, aunque parte de ella la hemos dejado entrever en el capítulo primero), hemos de analizar qué ocurre con ese algo.

Se puede argumentar que el derecho desaparece, existe, o queda latente, pero la realidad, tal y como la conocemos, es que los familiares accionan para la defensa de los derechos. Por ello debemos analizar si accionan por una sucesión *ope legis*, si lo que fundamenta la protección de los derechos del fallecido es su voluntad y, sobre todo, qué es lo que defienden; el mismo derecho del finado, un derecho del familiar, otro diferente o modificado, etc.

Para ello trataremos de abrir un pequeño apartado sobre la posibilidad de transmisión de los derechos no patrimoniales del sujeto en el sistema sucesorio español (algo trataremos del derecho europeo, con la finalidad ya antes citada de comparar) para, a continuación, estudiar si existe o no una transmisión a los familiares supervivientes de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular; o si lo que se da es la transmisión de la capacidad de protección de los familiares del derecho del desaparecido, sin que éste se les transmita a ellos; o si existe una transmisión especial; o un simple ejercicio de los familiares de la defensa de sus propios derechos.

Justo al final de la segunda sección trataremos un tema que nos parece especialmente interesante; el de si, a raíz de la legislación, se han transmitido a los familiares solamente facultades protectoras (o negativas) del derecho; o si, por obra de la citada legislación, también éstos, o los designados por el fallecido (según la LO. 1/82.), pueden considerarse como titulares o ejercientes de facultades dispositivas (o afirmativas) de los derechos. Como podemos comprender, éste es un aspecto trascendental a la hora de establecer la configuración definitiva de la naturaleza jurídica de estos derechos tras la muerte de su titular.

SECCIÓN PRIMERA; Los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

1.- INTRODUCCIÓN.

Como ya hemos referido, estamos ante el momento trascendental (y también creemos que más interesante), de esta tesis doctoral. Analizaremos desde una perspectiva global la situación y la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular. Pero este estudio nos plantea unas cuestiones previas muy interesantes, tanto desde el punto de vista metodológico como de fondo, que debemos tratar antes de entrar a fondo en el tema central del presente trabajo.

Lo primero que nos hemos planteado a la hora de abordar esta tesis doctoral es desde qué punto de vista se ha de enfocar el tema, con qué sistematización, ya que nos encontramos ante una realidad dual. Por un lado, estamos ante una teoría general de los derechos de la personalidad que los engloba a todos. mientras que a su vez la misma teoría cuenta con varios derechos diferentes, cada uno con sus propios matices y caracteres, como ya pudimos estudiar con anterioridad[1].

Hemos optado, por varias razones que desgranaremos en el siguiente epígrafe, por llevar a cabo el estudio central de esta tesis doctoral desde la perspectiva global, ya que, hoy en día, con el estado de cosas que existe en la actualidad, nos parece la más adecuada[2]. Pero ello no nos puede hacer olvidar que

[1] A ello dedicamos todo el capítulo primero de esta segunda parte, en el que especificamos claramente cuáles considerábamos que eran las diferencias fundamentales existentes entre cada uno de los derechos.

[2] En el siguiente subepígrafe hacemos una obligada referencia al estudio previo de los derechos en concreto y su situación post-mortem que desarrollamos en el primer capítulo de esta segunda parte, y lo relacionaremos con este segundo, tratado desde un punto de vista global. La perspectiva adoptada en este trabajo es clara. Hemos centrado el estudio uniendo todos los derechos de la personalidad y analizándolos conjuntamente en su situación post-mortem, pero no por ello debíamos dejar de apreciar (como erróneamente sí ha hecho la legislación) que cada uno de estos derechos tiene una naturaleza jurídica diferente. Estimamos que esta opción tomada es la mejor, ya que el estado actual de la cuestión, con una limitada legislación de hace apenas 18 años (que únicamente regula el objeto de nuestro estudio en 3 cortos artículos) y un limitado desarrollo especialmente de la discusión doctrinal,

cada uno de los derechos de la personalidad tiene una caracterización diferente, una naturaleza jurídica autónoma. Así pues, antes de proceder al estudio global de los derechos de la personalidad desde todas las perspectivas desde las que lo tenemos que tratar, hemos de recordar, traer a este lugar de nuestro trabajo, la reflexión que en su momento hicimos, desde un punto de vista personal, sobre cuál puede ser la situación de cada uno de los derechos tras el óbito del titular, para posteriormente, y en el desarrollo de este capítulo, relacionarla con la teoría de los derechos de la personalidad post-mortem desde un punto de vista global.

Después de resumir muy brevemente lo tratado en ese primer capítulo, en esta previa introducción, para centrar el tema desde la óptica adecuada, hemos de hacer un alto y estudiar con cierto detenimiento el punto de inflexión decisivo que le dio al tema central de nuestro estudio la trascendencia que en la actualidad tiene. Ante una legislación histórica inexistente sobre los derechos de la personalidad[3] en general[4], el mismo lo supone la aparición en nuestro sistema jurídico de una legislación ciertamente deseada[5], **la Ley Orgánica 1/82 de 5 de Mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen** (LO. 1/82).

Esta regulación, con todos sus defectos, que los tiene y que analizaremos en el presente trabajo[6], desarrolla los principales aspectos y la defensa general de los

---

pero también de la práctica jurisprudencial, nos hace optar por esta perspectiva conjunta, en la que unimos todos los derechos de la personalidad de la esfera espiritual (al menos los esenciales), para estudiar conjuntamente su situación post-mortem.

[3] Sobre esto nos remitimos al segundo epígrafe de la parte preliminar, en el que se desarrolló un breve recorrido del desarrollo histórico que los derechos de la personalidad han tenido en nuestro derecho. En el mismo pudimos observar que el inicio del desarrollo jurisprudencial del mismo se encuentra en la histórica Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Diciembre de 1912, siendo a partir de la década de los 60 cuando la teoría se asienta tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Pero dicho desarrollo no se produce con una legislación concreta que regule explícitamente estos derechos, sino aplicando la regulación general sobre la responsabilidad extracontractual, contenida básicamente en el artículo 1902 del Código Civil.

[4] Y si inexistente era la regulación sobre los derechos de la personalidad en general, podemos imaginar fácilmente cuál era la concreta situación legal sobre los derechos de la personalidad post-mortem.

[5] Deseada antes de aparecer, pero no muy alabada después. Es de hacer notar que no únicamente los juristas reclamaban la regulación sobre los derechos de la personalidad en general, sino que ésta era una materia ciertamente reivindicada también desde un punto de vista social, motivada esta solicitud por la inseguridad que provocaba en la sociedad (especialmente en un sector de la misma) el vacío legal existente sobre derechos como el honor y la imagen, y en especial sobre su colisión con las libertades de información y de expresión.

derechos del honor, de la intimidad personal y familiar y de la imagen, lo que analizaremos superficialmente a continuación, pues ya ha sido objeto de estudio en el primer capítulo. Pero la verdadera importancia de la misma para nosotros es que también establece por primera vez en nuestro sistema legal la posibilidad de defender los derechos de la personalidad de personas fallecidas. Esta posibilidad, nueva en nuestro derecho a raíz de esta legislación, y las reacciones doctrinales y jurisprudenciales que la misma ha provocado, son las razones que han motivado el verdadero interés de esta tesis doctoral.

Por todo lo referido, justamente en el segundo apartado del presente epígrafe analizaremos con verdadero detenimiento los artículos que establecen esta posibilidad, como son el 4, 5, 6 y el 9.4° de la LO. 1/82, y alguno muy relacionado con ellos, como el 7 o los siguientes. Intentaremos así mismo dejar aquí indicadas las principales y numerosas dudas que dicha legislación deja, aparentemente, sin contestar, y que serán la clave del análisis que realizaremos en este segundo capítulo en particular y durante toda la tesis doctoral en general. Estos interrogantes son, entre otros, los siguientes; ¿Qué se protege con esta legislación, el derecho del fallecido o el de sus familiares?; ¿Cuál es el fundamento de esta protección?; ¿Con qué límites se protege?; ¿Qué busca la LO. con el papel preponderante de la voluntad y los actos del fallecido?; ¿Qué debemos entender por ***memoria***, que parece el término clave pero que en ningún momento se define o se desarrolla?.

1.1.- Justificación de la perspectiva global del estudio y su conexión con el tratamiento previo de cada uno de los derechos.

Como ya comentamos en esta introducción, el periodo de "vida" que hasta ahora ha gozado la legislación sobre este tema es, si hablamos en términos de discusión doctrinal y práctica jurisprudencial, ciertamente escaso. En 18 años de existencia de esta regulación no se ha podido tener un gran desarrollo de la jurisprudencia, al menos si lo que buscamos es la variedad de argumentaciones sobre

[6] La LO. 1/82 ha sido duramente criticada, y creo que con razón, pero no por su falta de oportunidad, que no ha sido cuestionada nunca, sino por su falta de sistematización y claridad, y por provocar, en algunos temas, aún muchas más lagunas de las que resuelve. En el epígrafe 1.2 de esta introducción y en el resto de los del presente capítulo analizaremos detenidamente estos aspectos de la regulación.

los temas a tratar[7], y la discusión científica española no ha profundizado aún sobre ciertas cuestiones.

Esta falta de profundización es aún más evidente si de lo que hablamos es, en concreto, de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular. Los autores enfocan sus estudios desde dos perspectivas diferentes. La primera es la de estudiar los derechos de la personalidad desde una visión global. En ella se analizan su definición, su historia, naturaleza jurídica o caracteres[8], y generalmente se opta simplemente por decir, dentro de sus caracteres, que son unos derechos personalísimos y que también se consideran intransmisibles post-mortem, y, tras esta breve introducción, mucha doctrina simplemente afirma que la muerte extingue los derechos de la personalidad, y ahí acaba su tratamiento de esta situación post-mortem[9].

Otra forma de encauzar este tema ha sido analizar cada uno de los derechos por separado. En estos estudios los autores se centran en determinados aspectos, como la definición del derecho, su naturaleza jurídica, historia, protección o relación con el resto de los regulados por la LO. 1/82. Pero en la mayor parte de los trabajos, en cuanto a la titularidad de los derechos, se cita su situación post-mortem únicamente para señalar, casi textualmente, el contenido de la Ley, desde una perspectiva claramente seguidora de la idea de que la personalidad se extingue con la muerte de su titular, sin entrar en mayores análisis del por qué, o en las fundamentaciones de esta desaparición.

A pesar de ser éstas las posturas mayoritarias, no todos los autores tratan así el tema. Algunos analizan con algo más de detenimiento el por qué de la

[7] Por la propia naturaleza de las cosas (aunque los procedimientos que da a lugar esta Ley no son ciertamente insignificantes), porque si tenemos en cuenta que estos derechos son fundamentales, con lo que tienen acceso tanto al Tribunal Supremo como al Constitucional, y los tiempos que desgraciadamente tardan estos tribunales en resolver, la cantidad de resoluciones que se han dado no son lo suficientemente numerosas como para estimar que contemos con un profundo contraste entre unas resoluciones y otras respecto a las motivaciones que fundamentan las diferentes posturas. Esto, unido a ciertos vaivenes que ha experimentado la propia doctrina de nuestros más altos tribunales, ha provocado que podamos indicar que la jurisprudencia no ha avanzado tanto como para que afirmemos que sus fundamentaciones están cerradas o, al menos, plenamente asentadas.

[8] Podemos comprobar que éste, en grandes líneas, es el esquema que hemos seguido en la parte preliminar e introductoria del presente trabajo, por ser el más utilizado por los grandes autores que sobre la materia han tratado.

[9] Todo lo explicado en este momento se refiere a la doctrina mayoritaria en nuestro derecho, que no citamos ahora porque será tratada con gran atención en alguno de los próximos epígrafes del presente capítulo, en concreto en el 3, exponiendo detenidamente todos los autores que se sitúan en esta órbita y la fundamentación que esgrimen para ello.

desaparición o de la supervivencia del derecho tras el óbito de su titular, dedicando una mayor atención a este aspecto del derecho[10]. En el primer capítulo recogimos alguno de estos autores[11], pero no centramos nuestro estudio en todas y cada una de las opiniones, por pocas o cortas que sean, que en nuestro derecho podemos encontrar sobre esta situación post-mortem. Esto fue así porque nuestra intención en ese primer capítulo (como ya indicamos), era la de iniciar el tema y aportar, de una manera previa al estudio más profundo del mismo que realizamos ahora, nuestra visión de lo que le sucede a cada uno de los derechos tras el fallecimiento del titular a raíz del concepto que de los mismos existe en nuestro sistema jurídico[12].

En el segundo capítulo, más concretamente en esta primera sección, sí que analizaremos a todos los autores que han tratado, sea de una manera global o particular, sea con detenimiento o de simple pasada, la situación post-mortem de los derechos de la personalidad[13].

Pero estos estudios, como los de la parte preliminar, también los encontramos desarrollados desde dos perspectivas. La primera, que es la que se entronca directamente con la visión global de este capítulo, la de estudiar los derechos de la personalidad desde una perspectiva conjunta, y dentro de ellos analizar si los mismos tienen alguna posibilidad de existencia post-mortem o si por el contrario, a la finalización de la vida de su titular, desaparecen. No hace falta aclarar que estos estudios son de gran importancia para nosotros en cuanto a la exposición de la situación doctrinal existente en la actualidad en nuestro derecho, el análisis de la misma, y nuestro deseo de tomar una postura propia concreta, corroborando o criticando algunas de las fundamentaciones que hoy en día encontramos en la doctrina[14].

---

[10] Aunque queremos dejar claramente señalado que el tratamiento de este tema es ciertamente muy escaso en nuestro derecho.

[11] Capítulo I°, en los epígrafes destinados al estudio de cada uno de los derechos en particular, y, tras él, el de su situación tras la muerte de su titular, en los que solamente recogimos algunas de las opiniones que existen en nuestro derecho sobre este aspecto tan concreto del derecho.

[12] Por lo tanto, en ese primer Capítulo optamos voluntariamente por no aportar todas y cada una de estas posturas, lo que nos parece inadecuado para nuestra intención, y consideramos que su estudio le correspondía a este momento.

[13] Reiteramos que traeremos a colación prácticamente a TODOS los autores que han tratado el tema (lo que se puede realizar por el estado inicial del debate), ya que es imprescindible para un adecuado desarrollo del presente trabajo, aunque, por ejemplo, alguno de ellos, en su tratamiento sobre el tema, se limitan a reflejar lo contenido en la Ley.

Pero otros autores tienen una perspectiva distinta. Éstos estudian por separado alguno de los derechos de la personalidad, centrándose sólo en él, en concreto generalmente en los que han adquirido una mayor trascendencia tras la LO. 1/82; los del honor, la intimidad familiar y personal y la propia imagen[15]. Tras el estudio de las principales cuestiones de cada uno de estos derechos, esta parte de la doctrina cita la posibilidad de que los mismos desaparezcan (postura mayoritaria) o no tras la muerte de su titular, generalmente sin dedicarle a este estudio una gran atención[16].

A pesar de no ser ésta la misma perspectiva global que utilizamos en el presente capítulo, en él sí recogeremos también con verdadero detenimiento a estos autores que analizan la situación post-mortem de uno sólo de estos derechos, ya que en el estudio de la misma llevan a cabo análisis y argumentaciones que han de ser muy importantes a la hora de analizarlos a todos globalmente, y estas fundamentaciones nos pueden ayudar a apoyar las que aquí aportemos de todos los derechos en general[17]. Queremos aclarar, no obstante, que nosotros, a pesar de adoptar la perspectiva global, no cometemos el importante error en que incurrió la LO. 1/82, y que ya comentamos en su momento, el de no diferenciar entre cada uno

---

[14] Porque queremos reiterar que nuestro compromiso no es únicamente el de desarrollar la realidad existente en nuestro derecho, realizar una tesis únicamente analítica, sino que intentamos descifrar, a partir de dicha descripción, cuáles son los puntos fuertes y débiles de cada fundamentación, y a partir de ellos redefinir una opinión personal sobre el tema de la presente tesis que refunda lo existente, con la intención de que esta conclusión sea lo más fundamentada (y novedosa, si esto fuese lo adecuado) posible, y realizar con ello un trabajo descriptivo.

[15] Estamos de acuerdo con que estos derechos hayan adquirido una gran trascendencia (al menos en todo lo relacionado con su existencia post-mortem) por varias razones. Por un lado son los derechos de la personalidad angulares dentro de la teoría general de los mismos, ya que otros derechos dependen de algunos de ellos –como hemos visto, el nombre está ligado (y no sólo gracias a la Ley) a la imagen; o el título al nombre-. También son los derechos que los particulares sienten siempre más presentes, y en concretas ocasiones, afectados en su desarrollo personal y en su vida en sociedad. Por otro lado, son los que más trascendencia tienen post-mortem, lo que ya fue suficientemente analizado en el primer capítulo. Por último, y esto es esencial desde el punto de vista jurídico, su importancia motivó que fuesen regulados con más atención que el resto, y el simple hecho de que la legislación más extensa y detallada (con todos sus defectos) sea la que atañe a estos derechos ya les confiere una trascendencia singular.

[16] Y por ello nos atreveríamos a afirmar que, en la actualidad, debido al gran interés que para nosotros el tema tiene en nuestro derecho, ese tratamiento que se le ha otorgado es mucho menor del que requeriría.

[17] Además, por un simple principio de sistemática y dogmática jurídica, no podríamos considerar completa la presente tesis doctoral si no recogiésemos en la misma, y en el momento del análisis que le corresponde a todos los autores y a las corrientes que han considerado que era necesario estudiar y decir algo ciertamente fundamentado sobre alguno de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

de estos derechos, ya que no consideramos, a pesar de traer aquí diversos estudios sobre los diferentes derechos, como son los del honor, la intimidad familiar y personal y la imagen, que éstos sean la misma cosa, aunque sí pensemos que determinadas fundamentaciones de alguno de ellos pueda ser aplicable al resto y a la teoría general de los derechos de la personalidad[18].

Hemos desarrollado hasta ahora cuáles son las distintas perspectivas que se han utilizado en la doctrina para estudiar la situación post-mortem de los derechos de la personalidad; la global y la particular (en el bien entendido de que en ambas el concreto tratamiento de esta situación post-mortem ha sido bastante escaso). Hacemos un alto para exponer el por qué nosotros hemos creído oportuno tratar este tema desde la perspectiva global.

El estado de la cuestión en la situación actual de la discusión sobre este tema en concreto en el derecho español es ciertamente embrionario, y, creemos, aconsejaba, en la actualidad, el enfoque global. Tras la LO. 1/82, respecto a la concreta situación post-mortem de los derechos de la personalidad, si analizamos la jurisprudencia, hasta hoy en día no se han producido en nuestro derecho una cantidad tal de resoluciones que nos hagan pensar ni que la misma es consolidada ni que nos ha aportado fundamentos suficientes y definitivos a la hora de analizar el por qué de esta protección que se le concede[19]. Si lo que estudiamos es la doctrina, ya hemos reflejado en varias ocasiones que los trabajos que analizan (con alguna atención) concretamente la situación post-mortem de los derechos, sean desde la perspectiva general o la de uno de ellos, son poco extensos en cuanto a la explicación de la fundamentación de su postura[20].

Ante esta situación, en la que la discusión sobre el tema de la presente tesis doctoral se encuentra en un momento muy inicial en el sistema jurídico patrio (quizás este hecho le de mayor interés), hemos optado por abordar el tema desde el punto de

[18] Para observar que diferenciamos claramente entre unos derechos y otros basta consultar el primer capítulo de esta segunda parte, en el que realizamos un análisis detallado de cada uno de ellos por separado y además señalamos los puntos en los que cada uno se diferencia de los otros, criticando la confusión que al respecto provoca la Ley.

[19] Algo ya adelantamos sobre esto en los epígrafes del primer capítulo, en los que dejamos entrever que en la jurisprudencia española actual se dan algunas contradicciones algo difíciles de explicar. Las resoluciones de nuestros tribunales serán analizadas, junto con sus consecuencias, con verdadero detenimiento en el presente capítulo.

[20] Ya señalamos que lo que se suele hacer en la doctrina mayoritaria es argumentar simplemente que desaparecen, por obra del artículo 32 del Código Civil o de la LO. 1/82, en especial de su Exposición de Motivos.

vista de la teoría general de los derechos de la personalidad. Por un lado, nos parece la visión más interesante y rica, en la que se recogen todos y cada uno de los derechos; por otro, creemos que el estudio de la situación post-mortem de uno de estos derechos no tendría en el momento actual suficiente entidad[21].

Así pues, ésta es la razón fundamental que nos ha llevado a enfocar el tema central de este trabajo desde la perspectiva global[22], aunque antes hayamos querido desarrollar, en el primer capítulo, un inicial y breve tratamiento de la situación post-mortem de cada uno de los derechos ya que lo considerábamos necesario para diferenciar entre los distintos derechos (evitando el error de la LO. 1/82),y para *iniciar el estudio que ahora afrontamos.*

Pero si argumentamos que es muy necesario diferenciar entre cada uno de los derechos, y teniendo en cuenta que nosotros hemos optado por la perspectiva conjunta, antes de entrar en el análisis de la legislación y de la situación post-mortem de los derechos en general, creemos conveniente recordar y revivir alguna de las principales conclusiones que sacábamos del primer capítulo sobre cada uno de los derechos de la personalidad por separado, al menos en cuanto a su situación post-mortem. Creemos que esto es absolutamente imprescindible para posteriormente poder comparar cómo cada uno de los derechos y su concepción post-mortem afecta a la visión global, y cómo ésta se ha de ver desarrollada por la evolución de los tiempos y de cada uno de los derechos en particular.

Respecto al derecho al honor[23], tras asentar que tiene dos aspectos, el inmanente o personal y el trascendente o social, analizamos cómo en la actualidad, tanto en la situación legal, jurisprudencial o doctrinal, el inmanente cede algo de terreno ante la importancia del trascendente o social[24]. Así, ya citamos que tras la

---

[21] Ciertamente creemos que, hoy en día, el análisis de esta concreta situación post-mortem en uno sólo de los derechos de la personalidad no tendría el suficiente contenido científico de discusión jurídica como para ser el tema único de una tesis doctoral (ni siquiera del derecho que más tratamiento con diferencia ha tenido hasta hoy en día, el derecho al honor). Quizás en un futuro, cuando la discusión sobre esta situación post-mortem se desarrolle algo más, aportando un mayor número de fundamentos y situaciones conflictivas, sea oportuno llevar a cabo este estudio desde dicho enfoque.

[22] La parte central, como ya hemos indicado, se contiene fundamentalmente en este segundo capítulo.

[23] Vid. epígrafe 3.1 del Capítulo anterior, págs. 116 a 120 en lo relativo a su situación post-mortem.

[24] Decimos que en su situación legal porque del articulado de la LO. 1/82 (que justo a continuación estudiaremos con detenimiento) se ha de desprender que la lesión del derecho al honor cobra mayor importancia si se produce la lesión social del mismo, es decir, si la vulneración tiene publicidad o repercusión. Decimos desde el punto de vista jurisprudencial porque las mismas sentencias que

muerte de su titular esta realidad nos hacía inclinarnos hacia la postura de que, si el social es el aspecto más importante, y se manifiesta en la *reputación, buen nombre o fama* de que goza el titular ante los demás, ésta sigue existiendo en la conciencia social una vez que el sujeto fenece[25]. Por todo lo analizado en su momento, concluimos que, en una aproximación inicial, se ha de considerar que el derecho al honor, tras el fallecimiento de su titular, sigue existiendo, al menos en su aspecto social (que en algunos casos se ve acentuado y potenciado post-mortem), y con una íntima conexión con la memoria, que sí proclama defender la LO. 1/82[26].

En cuanto al derecho a la imagen[27], analizamos que el mismo se plasma en los dos aspectos del derecho al honor, pero muy interrelacionados entre sí. Y esto es así porque si el inmanente es disfrutar de la propia imagen, no se podría ver respetado sin el trascendente, que es evitar que los demás la usen sin el consentimiento del titular. Así, la protección legal y jurisprudencial se centra en el aspecto social, que también puede ser vulnerado cuando su titular ha fallecido[28]. También analizamos que este derecho es el más "objetivizado" tanto por la doctrina como por la práctica, y por ello es al que más trascendencia post-mortem se le daba[29]. Por todo ello, y apoyados en la jurisprudencia que analizábamos, también

---

recogimos en el citado epígrafe expresamente recogieron que si no se producía esta publicidad en la lesión del derecho, se debía entender que no existía intromisión, y por último, el Doctrinal recoge esta situación, admitiéndola como predominante en nuestro derecho.

[25] El por qué de que de la legislación y de la jurisprudencia se pudiese desprender esta consecuencia ya la estudiamos en el epígrafe del capítulo anterior, y será tratado aún con mayor detenimiento en el presente capítulo, por lo que ahora no incidimos aquí más en ello.

[26] Como ya señalamos antes, éste es uno de los grandes interrogantes que, a nuestro entender, deja sin contestar la LO. 1/82, que explicita que la *memoria* se ha de defender, pero que en ningún momento ni la define ni se para a determinar la relación que existe entre ésta y los derechos que regula durante todo su texto. En epígrafes posteriores trataremos afrontar esta cuestión e intentaremos, al menos, definir el concepto memoria y señalar la relación que la misma tiene con derechos como el del honor, la intimidad o la imagen en su situación post-mortem.

[27] Vid. epígrafe 3.2 del Capítulo anterior, págs. 133 a 138 en lo relativo a su situación post-mortem.

[28] Lo que se puede apreciar con claridad en los apartados quinto y sexto del artículo siete de la LO. 1/82.

[29] Ya analizamos toda la controversia que existe en nuestro derecho sobre la patrimonialización del derecho a la imagen (y su relación con la célebre y conocida diferenciación en el derecho anglosajón del *right of publicity* y el *right of privacy*), aportando nuestra opinión de que la legislación actual regula y define el derecho a la imagen como uno sólo, con todas sus características y posibilidades, siempre como un derecho de la personalidad.

llegamos a la conclusión de que, a raíz de esa definición, el derecho a la imagen sigue existiendo tras la muerte de su titular.

También cabe destacar que como analizamos posteriormente respecto al derecho al nombre[30] éste se regula como derecho de la personalidad junto al derecho a la imagen, y comparte con éste sus características, y en nuestra opinión también la supervivencia post-mortem. Al derecho al título nobiliario[31] le ocurría lo mismo respecto al nombre que a éste respecto a la imagen; se regula como derecho de la personalidad como accesorio a la regulación del derecho al nombre, y también respecto a su situación post-mortem le aplicamos los mismos razonamientos que a éste.

Respecto al derecho a la intimidad[32], la definición que se da del mismo en nuestro derecho es casi exclusivamente social, ya que se considera como la protección que toda persona puede llevar a cabo, respecto a los terceros, de un ámbito reservado de su vida y círculo de actividades que considere vedado a los demás. Esta definición, junto a la legislación que la regula[33] y la jurisprudencia que ha provocado[34], nos ha llevado a considerar que tras la muerte de su titular la intimidad también sigue existiendo, ya que se sigue conservando ese ámbito privado que el fallecido (siempre hablamos del fallecido, que es el titular del derecho) mantenía fuera del alcance del conocimiento de los demás.

Por último, un caso que hemos de considerar paradigmático es el derecho de autor, por lo que ya lo estudiamos con mucho mayor detenimiento[35], y que por ello aquí sólo dejaremos citado, y en el que se da una verdadera existencia de determinadas facultades morales tras la muerte de su titular, admitidas casi sin ninguna duda por la práctica totalidad de la legislación, doctrina y jurisprudencia.

---

[30] Vid. epígrafe 3.4 del Capítulo anterior, págs. 163 a 167 en lo relativo a su situación post-mortem.

[31] Vid. epígrafe 3.5 del Capítulo anterior, págs. 175 a 178 en lo relativo a su situación post-mortem.

[32] Vid. epígrafe 3.3 del Capítulo anterior, págs. 149 a 156 en lo relativo a su situación post-mortem.

[33] En concreto los apartados primero, segundo y quinto del artículo séptimo de la LO. 1/82, que recogeremos y analizaremos justo a continuación.

[34] La misma es variada, pero un caso significativo es el del "Comandante Patiño", que se puede ver en aquellas páginas (o también en las próximas) sobre la realidad jurisprudencial de los derechos de la personalidad post-mortem.

[35] Vid. epígrafe 3.6 del Capítulo anterior, que constituyó el análisis más extenso de todos estos derechos, desde la pág. 178 a la 214 (37 págs., muchas más que en el resto de los derechos); y en concreto las págs. 198 a 214 en lo relativo a su situación post-mortem.

Ésta es la postura que mantuvimos en su momento sobre la situación post-mortem de estos derechos, derivada directamente, como vimos, del análisis de la definición que cada uno de ellos tiene en la legislación y doctrina española actuales. Creemos que es un interesante punto de partida para analizar en el presente capítulo, la situación post-mortem de estos derechos desde un punto de vista global[36].

1.2.- Regulación jurídica de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular en el derecho español.

Antes de entrar a analizar la realidad doctrinal y jurisprudencial de los derechos de la personalidad en el sistema jurídico español es absolutamente necesario que estudiemos aquí la legislación que regula la materia. Aunque no sea la única relativa a los derechos de la personalidad, ya dejamos indicado que, a este respecto, la LO. 1/82 se nos presenta como un verdadero acontecimiento en nuestro derecho, ya que anteriormente a su promulgación no existía en el mismo regulación alguna que se dedicara íntegramente a estos derechos. Hoy en día[37] existe alguna otra legislación que trata concretos aspectos de los derechos de la personalidad, sobre la que no profundizaremos[38]. Pero al ser esta LO. 1/82 la principal de la materia, en el presente epígrafe la recogeremos y analizaremos con detenimiento específicamente todo lo relacionado con su situación post-mortem, dejando así mismo indicados los principales aspectos, por delicados, polémicos o interesantes, que la misma nos deja, y que serán tratados particularmente, cada uno de ellos con profundidad, posteriormente.

---

[36] También creemos que esta brevísima recapitulación que acabamos de realizar ha de servir de constante referente durante el presente capítulo, y así poder comparar adecuadamente estas conclusiones que hemos sacado con las que ha tenido el resto de la doctrina hasta ahora (favorables o no) sobre la existencia post-mortem de estos derechos, y analizar cómo puede ser interesante que evolucione la concepción jurídica imperante en la actualidad.

[37] Algunas disposiciones históricas concretas sobre derechos como el de la imagen, que en absoluto se pueden considerar como significativas, y de las que ya dijimos algo en la introducción histórica de la parte preliminar (a la que nos remitimos), no serán recogidas en el presente epígrafe, por no interesar al objeto del presente estudio, debido a que sólo regulaban algunos aspectos muy concretos e intrascendentes de este derecho.

[38] Así, algunos aspectos sobre los derechos de la personalidad se tratan hoy en día en la Ley de Propiedad Intelectual, que trata el derecho de autor, o en la legislación sobre trasplantes, que habla del derecho a la integridad física. Ambos temas ya fueron recogidos y analizados con profusión en los últimos epígrafes del anterior capítulo. En este momento, de la regulación comentada recogeremos brevemente la LPI. en sus aspectos post-mortem, ya que la de los trasplantes fue allí tratada en todos sus aspectos y a ese lugar nos remitimos (epígrafe 4 del capítulo 1°).

Una de las partes importantes de esta Ley en orden a la situación post-mortem de estos derechos es su Exposición de Motivos, que entre otras cosas, desarrolla la fundamentación jurídica del por qué de dedicar en esta corta Ley (9 artículos), nada menos que 3 a la protección post-mortem de estos derechos. Debido a su trascendencia en cuanto a la motivación de la legislación, y a la importancia que esta Exposición de Motivos ha tomado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia[39], antes de entrar en sus puntos principales, no podemos por menos que recoger textualmente su párrafo séptimo, el dedicado a este asunto. Después de tratar el por qué de los primeros artículos de la legislación, en este párrafo recoge;

> «En los artículos 4° al 6° de la ley se contempla el supuesto de *fallecimiento del titular del derecho lesionado*. Las consecuencias del mismo en orden a la protección de estos derechos se determinan según el momento en que la lesión se produjo. Aunque *la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho*, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la *lesión* se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento; en defecto de ella a los parientes supervivientes, y, en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente. En el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, sólo subsistirán éstas si no hubiera podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si se pudo ejercitarlas y no se hizo *existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado* o su representante legal. En cambio, la acción ya entablada sí será transmisible porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización».

Como vemos, esta Exposición de motivos sienta aspectos trascendentales de los derechos de la personalidad post-mortem. El más importante es el de que **la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad**. Visto así poco más podríamos decir, y convendría acabar el tratamiento de esta tesis doctoral[40]. Pero en toda la Ley, e incluso en esta propia Exposición de Motivos

[39] Esta importancia es hoy en día vital en nuestro derecho, ya que tanto la gran mayoría de los estudios sobre la materia, como bastante jurisprudencia cita una de las frases contenidas en esta Exposición de motivos, y que a continuación resaltaremos. Ésta se presenta como fundamentación trascendental para la postura mayoritaria de la doctrina, que se apoya en la citada Exposición de motivos, y a ella se refiere, pero generalmente sin estudiarla con mayor profundidad. La citada frase es la de que; «La muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad». Aquí intentaremos analizar dicha frase en todo el contexto del articulado completo de la LO. 1/82, y de la situación de los derechos en nuestro sistema jurídico.

surgen determinadas dudas que aclaran la necesidad de seguir adelante, (nos referimos básicamente al texto marcado en cursiva[41].

Empieza este párrafo explicando que este articulado trata **del fallecimiento del titular del derecho lesionado**. No expone otra cosa, sino que el fallecido es el titular del derecho que se ha lesionado y que se protege. El titular no es un familiar, ni los legitimados para actuar, ni ningún tercero, sino el propio fallecido. Aquí aparece la primera contradicción de la ley. Si la misma habla de derecho del fallecido, que es lo que se protege, ¿Por qué dice que la muerte extingue los derechos?. Si el derecho está extinguido no se protegerá, y en ese caso, ¿de qué derecho habla?, del honor, de la intimidad familiar o individual, de la imagen, de la *memoria*...?. No lo aclara, pero las únicas realidades reguladas en esta Ley a las que se le pueden otorgar la categoría de derecho son los tres primeros; honor, intimidad, e imagen[42]. Ésta será una de las dudas que intentaremos resolver en este estudio.

Siguiendo con los aspectos poco claros de la Exposición de Motivos, la misma nos da la supuesta *piedra filosofal* que fundamenta esta regulación; *LA MEMORIA*, que para el legislador es la *prolongación de la personalidad*, y que debe ser tutelada por el derecho. Pero en ningún momento esta regulación define lo que se ha de entender por memoria, porque no acomete tal tarea, ya que decir que es la *prolongación de la personalidad* no es decir gran cosa, porque prolongación no es lo mismo, pero tampoco es del todo diferente, a personalidad. Así pues, no sabemos si para el legislador este concepto de memoria es más o menos que personalidad, una adaptación o modificación de la misma, etc.

---

[40] Ésta es la frase "lapidaria" a la que antes nos referíamos, y que la doctrina recoge en muchas ocasiones para justificar su postura, sin un estudio o análisis pormenorizado de cómo se relaciona con el resto del articulado. Como veremos con posterioridad muchos autores alegan que si la Exposición de Motivos recoge con tanta seguridad y naturalidad que tras la muerte estos derechos desaparecen, ¿por qué plantearse más cuestiones al respecto?, y con ello cierran su análisis dándole el énfasis al carácter de personalísimos de estos derechos. El por qué de la necesidad de seguir con el estudio de los derechos creo que se contiene en el presente trabajo.

[41] Todo ello analizando solamente la ley, y en concreto esta Exposición de Motivos, sin contar la doctrina y la jurisprudencia, de las que aportamos un extenso análisis en los siguientes epígrafes.

[42] Y aquí inicia el legislador una sucesión de contradicciones que intentaremos aclarar en el presente estudio. Para nosotros esta es la duda principal a aclarar en nuestro estudio, ya que, por un lado, la muerte extingue los derechos de la personalidad, y por otro, el derecho lesionado y protegido es el del fallecido. Así pues, la directa duda será; ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estos derechos tras el fallecimiento de su titular?. Esto es, el tema central de la presente tesis doctoral.

Por memoria podemos entender muchas cosas[43] pero, desde el punto de vista jurídico, lo que ciertamente nos interesa en la presente tesis doctoral es conocer cómo se articula en su relación con los derechos del honor, de la intimidad familiar y personal y de la imagen. Está claro que la relación de la memoria con estos derechos se produce principal y exclusivamente en su momento post-mortem, pero lo que se ha de analizar es si la misma los comprende a los tres o sólo a alguno de ellos sólo en uno o en todos los aspectos de los mismos, o si es una parte suya. Sobre este interesante tema abriremos un capítulo en el momento adecuado[44].

Sigue la Exposición de motivos tratando quiénes son los legitimados para accionar la defensa de estos derechos (lo que veremos a continuación), sobre los que no existe tanta controversia, salvo conocer en virtud de qué lo están, y qué derecho es el que defienden[45].

Pero el último punto que nos interesa destacar ahora de esta Exposición de motivos es el que dedica a resaltar la trascendencia que tiene la voluntad del fallecido, y si éste apreció que hubo intromisión o no en su derecho. Si el finado no accionó para defender su derecho y lo pudo hacer, los familiares no podrán protegerlo, pero lo verdaderamente trascendental es la motivación de esta prevención. La misma es, para el legislador, que en esas circunstancias existe una fundada **presunción** de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones; **«no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado»**. Es decir, que en dicho caso la Ley estima que el fallecido consideró que no hubo lesión de SU derecho, y por ello los familiares no pueden accionar. Pero entonces, al darle esta

[43] Así, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, por ejemplo (se podría utilizar para esto cualquiera), tiene más de doce acepciones, y entre las primeras está la de; «Potencia del alma, por medio de la cual se retiene y recuerda lo pasado», o la de; «Recuerdo que se hace o aviso que se da de una cosa pasada», o de; «Monumento que queda para la posteridad para el recuerdo o gloria de una cosa». Quizás con la combinación de las dos últimas nos podemos acercar inicialmente a este concepto desde la perspectiva de esta legislación como el de ***«recuerdo de la personalidad de alguien fallecido, que queda para la posterioridad en la conciencia social de los que le sobreviven»***.

[44] Ya hemos insertado, de manera introductoria un avance de definición, pero en el capítulo en el que estudiamos ciertas posturas que argumentan que tras la muerte surgen derechos nuevos, entre ellos el de la *memoria*, abriremos un epígrafe únicamente dedicado a analizar lo que, a raíz de esta legislación hemos de entender por memoria, y en él aportamos nuestra definición de la misma, relacionada on los derechos de la personalidad post-mortem. No obstante, no nos resistimos a introducir aquí una duda trascendental; Si es el recuerdo que en sociedad queda de la personalidad y las obras de una persona fallecida, ¿no podríamos llamar a esto directamente como el aspecto social del derecho al honor post-mortem, por ejemplo?.

[45] Todos estos temas los analizaremos en el epígrafe 6 de la sección segunda de este capítulo, y a él nos remitimos.

trascendencia a la opinión del fallecido, ¿qué defendemos? ¿El derecho del fallecido? ¿Y no había desaparecido?. Como vemos, existen numerosas cuestiones que iremos resolviendo a medida que avance nuestro estudio[46].

Entramos ya en el análisis del articulado de la ley, del que aquí recogeremos textualmente únicamente el que afecta a la situación post-mortem de los derechos, y dejaremos citado el resto. En el primero de sus artículos ya comienza con unas de las imprecisiones gramaticales comentadas que puede provocar tanta perplejidad como dudas en cuanto a la intención del legislador, ya que en dicho artículo en dos ocasiones comete el mismo error. En el apartado 1° hace una declaración genérica de protección de estos derechos, sin definirlos, pero usa el SINGULAR respecto a ellos[47], cuando no creemos que en ningún caso el legislador considere que los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen son el mismo derecho. Lo mismo comentamos cuando en su apartado 3° se refiere a sus caracteres, y señala que; «El derecho fundamental al *honor*, a la *intimidad personal y familiar* y a la *propia imagen* **ES** irrenunciable, inalienable e imprescriptible»[48].

Como vemos, éste es un error ciertamente difícil de entender en el legislador, ya que el texto de la ley deja dudas sobre si éste considera que estos tres derechos son la misma cosa o, por el contrario, derechos autónomos. Esta confusión la acentúa el hecho de que durante el desarrollo de la regulación, con una sistemática que deja mucho que desear, no haya diferenciado en ningún caso entre un derecho y otro, cuando está claro que entre unos y otros derechos existen diferencias palmarias que deberían haber provocado un tratamiento diferenciado en algunos de sus aspectos. No obstante estas dudas que podría dejar la Ley en su textualidad, los derechos son autónomos, y hasta el propio legislador parece admitirlo aunque "olvide" señalarlo expresamente[49].

---

[46] Como ya indiqué, mi principal intención en este epígrafe es la de señalar y tratar los aspectos trascendentales de esta regulación, pero también la de dejar indicadas las dudas que plantea y los aspectos de la misma más importantes a desarrollar en los epígrafes siguientes.

[47] Al respecto el texto dice que; «EL DERECHO fundamental al *honor*, a la *intimidad personal y familiar* y a la *propia imagen* (...) **SERÁ** protegido civilmente...».

[48] Sobre la caracterización de los derechos de la personalidad según la legislación, nada consideramos necesario añadir al extenso estudio que llevamos a cabo en el epígrafe 5 de la parte preliminar de la presente tesis doctoral.

[49] Decimos esto porque, como ya veremos, en el artículo 7°, cuando se regulan las formas de intromisión en el derecho, se puede diferenciar claramente (aunque el legislador, en otro error de sistematización, no lo haga expresamente), entre los apartados que se dedican a un derecho y a otro. También la Exposición de Motivos en todo su texto nos saca de dudas. Empieza diciendo que;

El apartado segundo del artículo primero también es importante, pues si en un inicio, con su inicial redacción, parecía dar prevalencia al ámbito penal para proteger una posible intromisión, en la actualidad, a raíz de la práctica jurisprudencial, y gracias a la modificación del mismo que llevó a cabo la Disposición Final Cuarta de la LO. 10/95 de 23 de noviembre del Código Penal, se deja libertad de elección al perjudicado respecto a la jurisdicción en la que solicitará la protección de su derecho[50].

El artículo segundo de la LO. empieza con una prevención que ha causado alguna polémica, como es la de que la protección de los derechos *quedará* delimitada por las leyes, *usos sociales* y *propios actos* de los afectados, lo que ha llevado a algunos autores a indicar que se otorgaba al sujeto demasiada prevalencia en orden a establecer los límites de unos derechos que son fundamentales, inalienables e indisponibles[51]. Sigue el artículo estableciendo que las intromisiones pueden ser admitidas por la Ley o por el consentimiento del afectado (que ahora trataremos). En 1985 al mismo se le adicionó una limitación muy polémica respecto los Diputados y Senadores, en orden a que los mismos no podían ser sujetos activos de una intromisión en el ámbito de protección de estos derechos, adición que en la actualidad se ha de tener por no puesta[52].

«Conforme al artículo 18.1 de la Constitución LOS DERECHOS al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen TIENEN el rango de fundamentales», y en otros momentos de la misma, tratando estos derechos encontramos siempre usado el plural; «garantía de TALES DERECHOS»; «protección civil de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES...»; «ALGUNO DE ESOS DERECHOS», y otros muchos ejemplos. Pero mientras, como vemos, en la Exposición de motivos encontramos esto, la ley se inicia con la frase «EL DERECHO fundamental al honor, la intimidad familiar y personal y a la propia imagen...». No obstante ello, en el primer capítulo de esta segunda parte hemos visto cómo en nuestro sistema jurídico estos derechos se han de considerar necesariamente con una naturaleza jurídica propia y autónoma

[50] La inicial redacción del artículo especifica que; «Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal»,con lo que parecía dársele prevalencia a este ámbito frente al civil. Pero la práctica jurisprudencial de la protección de estos derechos (que analizaremos en el citado tercer capítulo de esta segunda parte), se decantaba por hacer prevalecer la defensa civil del derecho, ya que el delito es mucho más difícil de demostrar que la intromisión civil. Esto, unido a que no siempre se puede asegurar *previamente* que una intromisión sea constitutiva de delito o no, provocó la reacción del legislador, y en el nuevo Código Penal se le dio una redacción diferente, que da la libertad de elección de jurisdicción al ofendido; «El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9º de esta Ley» (que es civil), y así está redactado el artículo en la actualidad.

[51] Tema que creemos ciertamente interesante y que analizaremos en el último capítulo de esta tesis doctoral.

[52] Esta situación no es especialmente trascendente para nuestro estudio, pero causó una cierta polémica en su momento. En la promulgación de la Ley no existía prevención alguna respecto a

En cuanto al consentimiento, la LO. le dedica bastante atención. Lo estipula, en el artículo 2.2° como una causa de justificación para no apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito protegido por la Ley. En el 2.3° le otorga el carácter de revocable, siempre con indemnización de los daños causados, y el tercero trata del consentimiento de los menores e incapaces, dándonos esta forma de tratar el tema una imagen de la importancia que para el legislador tiene el mismo[53].

Llegamos en este momento a analizar los tres artículos que tratan directamente de la protección de los derechos de la personalidad de una persona fallecida, que recogeremos textualmente, y de los que aquí resaltaremos sus aspectos más importantes. El artículo 4° tiene el siguiente texto;

> 4°. 1°: El ejercicio de las *acciones de protección civil* del ***honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida*** corresponde a quien ésta haya *designado* a tal efecto en su *testamento*. La designación puede recaer en una *persona jurídica*.
>
> 2°: No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán *legitimados* para recabar la *protección* el *cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos* de la ***persona afectada*** que *viviesen* al tiempo de su fallecimiento.
>
> 3°: A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al *Ministerio Fiscal*, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubiere transcurrido más de *ochenta años* desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Varias son las conclusiones que podemos extraer de este texto. En primer lugar, en él se establece el orden de legitimación para defender estos derechos. El mismo es el siguiente;

Diputados y Senadores, pero mediante la LO. 3/85 de 29 de mayo se le adicionó un párrafo al artículo 2.2° en el que se excluía la posibilidad de que los Diputados y Senadores fueran actores en una intromisión de estos derechos EN TODO CASO, es decir, no podían lesionar estos derechos, por; «imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones», y señalaba que en el resto de los casos se debería solicitar el correspondiente suplicatorio. La Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1990 de 18 de enero declaró inconstitucional dicha adición, que no recogen los temas actuales de la LO. 1/82.

[53] Sobre el consentimiento ya desarrollamos con verdadera atención un estudio en el apartado de los caracteres del derecho, págs. 58 a 62, en el que expusimos sus principales características, analizando la doctrina y la jurisprudencia que ha provocado, y a ese lugar nos remitimos para consultar otros aspectos del mismo.

1º.- La preferencia la tiene el designado por el fallecido en testamento[54], que puede ser persona física o jurídica[55].

2º.- En segundo lugar, si no existe designación o el designado murió, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada (ya veremos que posteriormente se regula la situación de cada uno de ellos en la organización de esta legitimación plural).

3º.- En caso de falta de todos los citados, el Ministerio Fiscal[56].

La segunda conclusión que podemos sacar del artículo es que se impone una limitación de tiempo para la posibilidad de acción; para los familiares, mientras vivan éstos (recordemos que sólo pueden accionar los que estuviesen vivos al momento del fallecimiento del afectado)[57], y en cuanto al Ministerio Fiscal y a la persona jurídica, 80 años. Esta conclusión es importante, ya que pasado dicho periodo, se ha de considerar que estos derechos ya no están protegidos[58].

La tercera conclusión del artículo es de las realmente importantes para nuestro tema, y es la de que el legislador parece seguir dándonos pistas sobre que no sabe muy bien qué es lo que se defiende, porque, frente a la categórica afirmación de la Exposición de Motivos de la extinción de los derechos, aquí nos dice que; «El ejercicio de las acciones de protección civil **del *honor*, la *intimidad* o la *imagen* de**

---

[54] Como vemos, se sigue respetando, igual que en otros momentos de la Ley, la voluntad de la persona fallecida, lo que quiere decir mucho.

[55] El hecho de que se pueda designar tanto a persona física como a jurídica nos aclara muchas cosas sobre la situación, al menos desde nuestro punto de vista, y lo analizaremos posteriormente. Ante las teorías que argumentan que lo que se defiende aquí es el derecho de los familiares a actuar, cabría inicialmente preguntarse; ¿Qué derecho defenderá en este caso la persona jurídica designada por el fallecido, si no es el de éste?.

[56] Puede ser por el carácter social o público de estos derechos, aunque en la práctica preveo que no veremos ningún (o casi ningún) caso de acción del Ministerio Público para la defensa de los derechos de la personalidad de una persona fallecida a la que no le queden familiares cercanos vivos, salvo que la misma hubiere ocupado algún cargo o alguna alta magistratura pública del Estado. La legitimación del Ministerio Fiscal es estudiada en el epígrafe 6.1.3 de la segunda sección de este capítulo, y a ella nos remitimos.

[57] Algún autor, que ya analizaremos, ha comentado que no tiene razón de ser eliminar de la legitimación para actuar al hijo póstumo del afectado nacido tras el fallecimiento, con lo que estamos de acuerdo. La intención es limitar la capacidad de actuar a la generación que convivió, aunque sea poco tiempo, con el afectado, y no a sus futuros herederos lejanos; tataranietos, etc. Si no se produjese esta limitación, se abriría la posibilidad a la defensa actual de una intromisión en el honor de Cristóbal Colón, por ejemplo.

[58] Analizaremos esta situación en el tercer capítulo, sobre las posibilidades de actuación de los legitimados, pero parece claro que la protección del derecho no es *eterna y para siempre*, sino que ha de contar con alguna limitación que evite situaciones como la comentada con anterioridad.

una persona fallecida...». Es decir, regula la protección de los derechos de una persona fallecida, y también habla del «fallecimiento del afectado». Es decir, el afectado es el fallecido (no nadie más, ni familia ni nadie), y los derechos protegidos son los de una persona fallecida. ¿No habían desaparecido, ya que la muerte extingue la personalidad y con ella sus derechos?. En el presente estudio deberemos profundizar en el análisis de esta contradicción.

Quizás se alegue que estos errores, o admisiones tácitas de la existencia de los derechos post-mortem sean simplemente "una forma de hablar". Yo creo que no lo son, porque en el espíritu de la Ley, por lo que seguiremos analizando, lo que se defiende es el derecho del fallecido, aunque "expresamente" se nos diga que éste ha desaparecido. No obstante, si ésta es la única argumentación que se ofreciese cabría responder que si en una ciencia se ha de cuidar "la forma de hablar" ésta es la jurídica, y en especial lo debería hacer el legislador, ya que la primera interpretación de nuestras normas es la textual (art. 3 del Código Civil). Sobre estas argumentaciones volveremos.

Siguiendo con el análisis del texto de la ley, el artículo quinto reza así;

> 5º. 1º.- Cuando sobrevivan *varios parientes* de los señalados en el artículo anterior, *cualquiera* de ellos podrán *ejercer las acciones* previstas para la protección de ***los derechos del fallecido***.
>
> 2º.- La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido *varias las personas designadas* en su testamento.

Como vemos, el artículo principalmente estipula que cuando son varios los legitimados (ya sea por pluralidad en la designación testamentaria o por existir varios parientes), cualquiera puede defender los derechos del fallecido si los otros no lo hacen, con lo que se consolida un principio de la LO. ya comentado; siempre se busca la mayor protección posible de los derechos del finado, y se permite la reacción de cualquier legitimado ante la posible pasividad de otro[59].

[59] Éste es un principio fundamental de la regulación (y consideramos muy acertado); siempre ha de existir una interpretación lo más favorable posible para la defensa del derecho. Pero también queremos señalar que es precisamente en la redacción de este artículo cuando se posibilita la existencia de una situación conflictiva, ya señalada y que trataremos en el estudio de los legitimados por la LO. en la sección segunda de este mismo capítulo. Ésta habla de la protección del derecho, pero no regula nada para la posibilidad de que los legitimados en esta Ley puedan *ejercer* el derecho del fallecido (si son varios estimemos que se podrían poner todos de acuerdo para disponer del mismo), si se podría o no, y si ello conllevaría que los legitimados se pudiesen convertir en administradores de facultades dispositivas (o positivas) del derecho.

Pero seguimos, como en el resto de los artículos, contradiciendo por la vía de los hechos y de las expresiones la declaración "expresa" de la Exposición de Motivos de la desaparición de los derechos[60], ya que se vuelve a decir que se protegen **los derechos del fallecido**, y no otros. Conviene recordar que durante el texto de la LO. en ningún momento se especifica que lo que se defienda sea *la memoria*, siempre se refiere a ***los derechos del fallecido***, y aquí no hay más derechos que el honor, la intimidad familiar y personal y la propia familia.

Por último, para terminar el tratamiento específico del articulado relativa a la situación post-mortem de los derechos, el artículo sexto dispone que;

> 6°. 1°.- Cuando ***el titular del derecho lesionado fallezca*** *sin haber podido ejercitar* por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, *por las circunstancias en que la lesión se produjo*, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4°.
>
> 2°- Las mismas personas podrán *continuar la acción ya entablada* por ***el titular del derecho lesionado cuando falleciere.***

Según el artículo los familiares podrán seguir la acción si el fallecido la inició o si no **pudo** iniciarla por las circunstancias que se dieron en su muerte[61]. Así pues, a sensu contrario se obtiene una conclusión que ya comentábamos en el tratamiento de la Exposición de Motivos, y es la de que si el fallecido consideró que no había lesión, ni motivo para iniciar una acción para defender su derecho, los familiares no podrán iniciarla.

Ésta es una prueba más de que lo que aquí importa es el derecho del fallecido, y si éste lo consideraba lesionado o no, aparte de que el mismo artículo repita dos veces la expresión de que cuando; «**el titular del derecho lesionado** fallezca». Lo trascendental es que el fallecido considere lesionado su derecho o no, con lo que la consecuencia a sacar es que el derecho que está en juego es el suyo, y si este derecho

[60] No queremos insistir demasiado en el tema, pero conviene recordar aquí nuevamente que, como ya veremos, dicha afirmación, que constantemente es contradicha y puesta en duda por el propio legislador por la vía de los hechos, es la que mucha parte de la doctrina utiliza para fundamentar su apoyo a la postura mayoritaria en la actualidad, la de la extinción de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

[61] No es difícil imaginar que una intromisión se pueda haber dado y el afectado, sin conocerla, fallecer poco después, o que muera al poco de conocerla cuando estaba preparando su defensa, o que se haya producido en una situación en la éste pudiese sufrir una enfermedad que le imposibilitase tomar la iniciativa para defender este derecho.

se protege es que existe, porque no parece lógico que el sistema jurídico proteja un derecho que ya no existe[62].

Pasando al resto de los artículos de la LO. 1/82, el artículo séptimo es el fundamental en la sistematización de la misma, ya que especifica, citando algunos ejemplos, casos en los que se producen vulneraciones o intromisiones en los derechos de la personalidad[63]. Eso sí, como ya comentamos, lo hace sin sistemática alguna, ya que no especifica en ningún momento a qué derecho está dedicado cada uno de los apartados del artículo. Aquí nos centraremos en las intromisiones que, a nuestro entender, también se pueden producir cuando una persona ha fallecido, no sin antes aclarar que a las intromisiones del derecho a la intimidad se dedican los apartados 1°, 2°, 3° y 4°; a las del derecho a la imagen, el 5° y el 6°; y a las del derecho al honor, el 7° (que ya ha sido modificado, como veremos) y algo del 3°.

Pues bien, alguna de estas intromisiones pueden llevarse a cabo sobre estos derechos cuando su titular ha fallecido. Así, las de los apartados 3°; 4°; 6° y 7°;

> 7°.- Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2° de esta ley:
>
> 3°.- La *divulgación* de hechos relativos a la *vida privada* de una persona o familia *que afecten a su reputación y buen nombre*, así como la revelación o publicación del contenido de *cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*
>
> 4°.- La *revelación* de *datos privados* de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
>
> 6°.- La *utilización* del *nombre, de la voz o de la imagen* de una persona *para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*
>
> 7°.- La imputación *de hechos o la manifestación de juicios de valor* a través de acciones o expresiones que de cualquier modo

[62] Nos sorprende que esta afirmación derivada de la propia redacción textual de la LO. 1/82, que a nuestro juicio es de perogrullo y absolutamente simple (algunos podrían criticarla incluso por simplista), no se encuentre en la actualidad prácticamente en ninguno de los estudios que analizan la situación de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular. Analizaremos que muchos autores caen en la contradicción de iniciar sus estudios diciendo que la muerte extingue los derechos de la personalidad, para después, en el tratamiento del tema, hablar que *la defensa del honor del fallecido*. Y ello nos hace plantearnos una cuestión, si se ha extinguido, ¿Qué derecho se defiende?.

[63] No hemos de considerar esta enumeración como números clausus (ver nota 86 y 87 del capítulo tercero de este trabajo), sino como acciones que EN TODO CASO hemos de considerar como intromisiones en los derechos, y como elementos de interpretación sobre otras que no vengan recogidas en este artículo. Entre otras cosas sería imposible recoger todas las situaciones de posible intromisión en los derechos. Al respecto nos remitimos al epígrafe 2.3 del último capítulo de este estudio.

> *lesionen* la *dignidad* de la persona, ***menoscabando su fama*** o *atentando contra su propia estimación*[64].

Todas estas posibles intromisiones (e incluso alguna de los otros apartados[65]) se pueden dar en los derechos de la personalidad de los fallecidos, ya que tanto la publicación de hechos íntimos del sujeto mientras vivía o la utilización de su imagen, del nombre o de la voz (que quedan plenamente vigentes tras el fallecimiento) se pueden dar en este periodo posterior a su existencia física entre nosotros. Pero también nos interesa especialmente el apartado séptimo, ya que la última consideración del mismo se refiere a los dos aspectos del derecho al honor, de los que sólo se ha de ver afectado uno. Se produce la intromisión si se menoscaba la fama del sujeto (lo que sí se produce aunque éste esté muerto) ***o*** su propia estimación (lo que evidentemente no sucede cuando ha fallecido). Así pues, hemos de considerar, sin temor a equivocarnos, que las intromisiones contenidas en el artículo 7º de la ley pueden producirse cuando el titular del derecho haya fallecido.

El artículo octavo trata de ciertos aspectos relativos únicamente a la protección, y de ciertos casos en los que el legislador desea explicitar que no existe intromisión, como cuando está autorizada por la ley o el interés histórico, científico o cultural relevante; o cuando se trate de una persona con cargo público o profesión con notoriedad en lugares públicos; o cuando se de la imagen como accesoria a una información[66].

El noveno trata aspectos relacionados con la protección jurisdiccional del derecho[67], como que se puede acceder al amparo, que siempre que exista intromisión

---

[64] Este apartado del artículo ha sido modificado por la Disposición Final Cuarta de la citada LO. 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Su texto inicial era el de; «La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena».

[65] En los otros apartados también podemos encontrar cierta relación con la situación post-mortem del derecho, ya que aunque en ellos la primera acción de la intromisión se puede dar solamente cuando el sujeto está vivo (nada se le puede grabar ni escuchar, ni filmar a quien ya ha fallecido), lo verdaderamente grave de la acción, que es la publicación de lo filmado, y lo que efectivamente provoca que podamos hablar de intromisión en el derecho (si se grava pero no se publica, la jurisprudencia que recogimos en el estudio del derecho al honor en el capítulo anterior estima que no hay intromisión), se puede producir una vez que el sujeto ha fallecido y ya no se encuentra entre nosotros. Así pues, podríamos decir que todos los apartados del artículo séptimo pueden tener una u otra relación con la situación de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

[66] Todas estas prevenciones afectan a lo que se puede considerar como intromisión y a lo que no (lo que estudiamos en el epígrafe 2.3 del último capítulo), pero en ningún caso afectan directamente a la situación post-mortem de los derechos.

se presumirá un perjuicio (conclusión necesaria, y muy importante en la práctica, por la dificultad de cuantificar y apreciar el mismo), que las acciones caducan a los cuatro años de producirse, y también cita todas las medidas, tanto cautelares, contemporáneas a la intromisión, como resarcitorias del daño sufrido por el sujeto, que se pueden establecer en los procedimiento de protección de estos derechos.

Un apartado del mismo nos afecta más directamente;

> 9º. 4º.- El importe por la indemnización del daño moral, en el caso del artículo 4º, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2, y en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6º, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Las consecuencias del mismo, en orden a la naturaleza de los derechos la expondremos en epígrafes posteriores[68].

Por último, en cuanto a las Disposiciones Transitorias la ciertamente interesante es la segunda[69], en la que se dispone, desde el punto de vista procesal, que, hasta que no se regule un procedimiento especial para la protección de estos derechos (lo que aún no ha sucedido), los mismos se protegerán por medio de las Secciones IIª y IIIª de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona[70].

Hemos referido al principio de este epígrafe que la legislación fundamental respecto a la situación post-mortem de los derechos de la personalidad es la LO.

---

[67] Que como en ciertos casos son aspectos más cercanos al Derecho procesal que al civil, pero que esta Ley, de vocación puramente civilista, trata por ser necesarios para la regulación de estos derechos, y sin los cuales la misma quedaría incompleta. Por esta misma razón en la presente tesis doctoral abrimos un último capítulo dedicado íntegramente a esta materia exclusivamente protectora.

[68] A simple vista se puede apreciar que este apartado provoca una situación que podemos calificar de paradójica. Puede estar legitimada una persona (por ejemplo podría ser una persona jurídica) y el beneficiado por la compensación del daño sufrido ser otra.

[69] En la primera sólo se prevé que en un futuro se regule el uso de la informática, regulación que ya existe; La LO. 5/92 de 29 de octubre de regulación del tratamiento informatizado de los datos de carácter personal, que tiene cierta legislación derivada, la Ley 15/99 de 13-12 sobre protección de datos de carácter personal, y sobre la que ya comentamos algo en el epígrafe dedicado al derecho de la intimidad, págs. 139 y ss.

[70] Que es el procedimiento que en la actualidad se sigue en este tipo de procesos. Es ciertamente sumario, y rápido en la primera instancia, pero todos estos procesos, desde que llegan al Tribunal Supremo y al Constitucional, se ralentizan de tal manera que cuando recae sentencia es muy difícil considerar que verdaderamente el daño causado muchos años antes ha sido reparado. Este tema lo trataremos en el último capítulo de esta tesis doctoral.

1/82., pero la misma no es en absoluto la única que ha tratado este tema en nuestro derecho.

También la LPI tiene preceptos dedicados a la regulación de algún derecho de la personalidad en su situación post-mortem, en concreto la del derecho moral de autor. Una vez que la misma ya fue detenidamente estudiada,[71] aquí sólo recogeremos textualmente esta regulación que afecta a la situación post-mortem, contenida esencialmente en los artículos 15 y 16 de la misma;

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

De los mismos se pueden sacar algunas conclusiones ya desarrolladas en su momento oportuno[72], pero la principal es que se admite pacíficamente que algunos aspectos del derecho moral de autor sobreviven a la muerte de éste[73].

También existe otra legislación, la dedicada a los trasplantes de órganos, que podemos considerar que tiene relación con la situación post-mortem de los derechos de la personalidad, en concreto del derecho a la disposición corporal, pero ya que

---

[71] Llevamos a cabo un exhaustivo estudio de la casi totalidad de problemáticas del derecho moral de autor en el epígrafe 3.6 del pasado capítulo, estudiando su definición, si es derecho de la personalidad o no, y sobre todo su situación post-mortem. A este tratamiento, págs. 178 a 214 nos remitimos para consultar aspectos concretos de este derecho.

[72] Como que algunas facultades del derecho moral, las de los apartados 5ª, 6ª y 7ª, del artículo 14 de la ley desaparecen; que otras, como las 3ª y 4ª, quedan plenamente vigentes tras el fallecimiento de manera perpetua, sin limitación alguna de tiempo; y que otras, como la 1ª (y por ello la 2ª), quedan vigentes por un periodo de setenta años. Para consultar el por qué y el cómo, reiteramos lo desarrollado en el citado epígrafe.

[73] Creemos que el estudio que allí llevamos a cabo nos podrá ser muy útil a la hora de desarrollar ciertos aspectos en el presente capítulo.

decidimos desarrollar todos los aspectos que afectaban al tema en el epígrafe correspondiente, y agotar con él el tratamiento del mismo, nos remitimos al mismo[74].

[74] Esto ya lo explicamos y justificamos en su momento. El epígrafe 4 del capítulo anterior; págs. 215 a 256 contiene todo lo relativo al estudio del aspecto post-mortem de los derechos de la personalidad desde la esfera corporal de los mismos, y a la legislación allí nos referimos, por no ser tan interesante para este momento, como la legislación de la LPI.

2.- REFLEXIÓN INICIAL; ¿ES LÍCITA O ILICITA LA INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE UNA PERSONA FALLECIDA?.

Antes de entrar en los siguientes epígrafes en el análisis de las distintas posturas que en nuestro derecho se han dado sobre los derechos de la personalidad post-mortem, el detenido estudio que hemos desarrollado del texto de la LO. 1/82 nos provoca considerar como absolutamente necesario el planteamiento previo de la presente reflexión.

A pesar de que, como vimos, del articulado se puede desprender tácitamente otra cosa, la primera afirmación que contiene la Exposición de Motivos referida a los derechos de la personalidad post-mortem; *«la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad»*, nos provoca una primera duda. ¿Es, por tanto, necesario el tratamiento de estos derechos post-mortem o tras esa afirmación el mismo se ha de desestimar?, ¿No sería lógico pensar que tras esa afirmación el estudio de la situación de estos derechos post-mortem es superfluo?. Haciendo evolucionar esta duda nos encontramos con la pregunta fundamental, y que es la motivación principal de este apartado; ya que la muerte extingue los derechos, ¿Sería lícita entonces la intromisión en los derechos de la personalidad de una persona fallecida, o por el contrario no se debe admitir?. Intentaremos responder a estas dudas a continuación[75].

La existencia de esta duda se debe desprender, de una manera natural, tanto de la historia de nuestro derecho como de algunas expresiones que contiene la regulación. Inicialmente se desprende del desarrollo histórico de nuestra regulación[76]

---

[75] Ante esta pregunta, algún lector puede pensar inicialmente que el tratamiento de la misma no debería estar situado antes del análisis de la situación de estos derechos, sino justo con posterioridad al mismo, por tratarse de una de las conclusiones que se han de obtener de este trabajo. Creemos que no ha de ser así, ya que el cuestionamiento que llevamos a cabo en este momento ha de ser previo e independiente a la posición jurídica que luego se adopte respecto a la desaparición o no de estos derechos, ya que es un planteamiento que, aunque se apoye en fundamentaciones jurídicas, hemos de considerar "de conciencia" o "moral", de apreciación personal previa a la jurídica. Aún más, la posición que adoptemos en el presente epígrafe sobre la licitud o ilicitud de la intromisión en los derechos de la personalidad post-mortem ha de servirnos de principio inspirador de todo el estudio que desarrollemos con posterioridad en esta Sección. De todo ello deducimos que el mejor momento para el tratamiento de esta cuestión es el actual epígrafe.

[76] Respecto a todo lo que aquí dejemos reflejado sobre la situación histórica de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular nos remitimos, como lo hemos hecho anteriormente, al epígrafe de la parte preliminar de este estudio en el que dejamos indicada una pequeña introducción histórica de los derechos de la personalidad desde una perspectiva general.

porque, hasta 1982, no hubo en nuestro derecho ninguna prevención sobre la protección de los derechos de la personalidad en este momento post-mortem, y tampoco la jurisprudencia se ocupó de este tema en ninguna de sus resoluciones hasta dicho año[77]. De esta situación podemos descifrar que en el sistema jurídico español, al menos hasta la referida fecha, no se protegían los derechos de la personalidad una vez que su titular fallecía, por lo que, además de considerarse que los mismos no existían, en las circunstancias de hecho, se admitían las intromisiones que los mismos sufriesen, considerándolas por tanto como lícitas[78].

Pero tras la publicación de la ley la duda puede volver a plantearse por el propio texto de la Exposición de Motivos, ya que si se afirma tan taxativamente que los derechos de la personalidad desaparecen con la muerte, ¿por qué nuestro sistema jurídico los va a proteger si ya no existen?. Alguna postura doctrinal, para opinar que estos derechos desaparecen totalmente tras el fallecimiento, se apoya en que son personalísimos, íntimamente ligados a la persona, y que gracias al artículo 32 del Código Civil; «La personalidad civil se extingue con la muerte de las personas», no se puede considerar que le sobrevivan. Así pues, ¿qué va a defender el sistema jurídico, si ya no existe derecho ni interés alguno respecto al fallecido?.

Pero hay más argumentos que nos empujan a la duda. Si algunas intromisiones en los derechos de la personalidad del fallecido lo que provocan es la vulneración de los derechos de los familiares[79], nada se defiende ya respecto al finado, y éste no es sujeto ni activo ni pasivo en los procedimientos que se desarrollan en nuestros tribunales, por lo que el estudio de la situación de esos derechos no existentes sería irrelevante. Otra opinión para defender que los derechos desaparecen podría ser que, una vez que ya que el fue su titular, en la actualidad, no

[77] Como veremos justo a partir de este momento, es precisamente pocos años después de la regulación, a partir de 1984, cuando se empiezan a dar en nuestro derechos resoluciones de los más altos tribunales sobre la protección de estos derechos post-mortem.

[78] O al menos hemos de considerar que, gracias al silencio legal y jurisprudencial, la cuestión no había sido prevista por el legislador. No obstante, hemos de aclarar que hubo algunas limitadas voces en la doctrina (que recogemos justo a continuación), que afirmaban antes de la regulación que algunos de estos derechos tenían que ser defendidos también una vez que su titular hubiese fallecido.

[79] Nos permitimos aquí algunas licencias no del todo adecuadas, la de utilizar argumentaciones de las posturas doctrinales que defiende la desaparición de los derechos de la personalidad post-mortem que aún no hemos dejado reflejadas con detenimiento en este texto (aunque lo haremos en los siguientes epígrafes) porque ya algo vimos reflejado cuando, estudiando los derechos a la intimidad y a la imagen, reflejamos la STC. 231/88 de 2 de diciembre, la del célebre caso Paquirri, en la que los argumentos de los fundamentos de derecho de la misma eran que solamente se habían vulnerado los derechos a la intimidad de su viuda, y además por ser útil para el planteamiento del presente tema.

está con nosotros, éstos pasan a dominio público, y en este momento la intimidad y la imagen (más discutible sería el caso del honor) pasan a considerarse dentro del ámbito de lo social. Con esta conclusión tampoco habría ilicitud posible.

Según una lectura inicial de todas estas posiciones[80], sería inútil estudiar la licitud o ilicitud de la posible vulneración de los derechos de la personalidad una vez que su titular ha fallecido. Esto sería así porque, en dicho caso, no existiría realidad, facultad o derecho alguno, y por ello tendríamos que llegar a la conclusión de que la violación de lo que conocemos hoy como derechos de la personalidad, si se produce tras la muerte del titular[81], sería lícita (y con ello poco tendríamos que estudiar nosotros), por la sencilla razón de que no existiría situación digna de protección alguna, ni como derecho ni como facultad.

Antes del desarrollo de las dudas ahora señaladas, analizando la situación actual tanto de la legislación, de la jurisprudencia, como de la doctrina, hemos de indicar necesaria y previamente nuestra postura; es **absolutamente ilícita** cualquier tipo de intromisión o vulneración de los derechos de la personalidad una vez que su titular ha fallecido, debido, entre otras numerosas razones, a que a cualquier conciencia le repugna esta posibilidad[82].

Queremos incidir en que exponemos nuestra opinión previamente al desarrollo del tema por una razón fundamental. En nuestro derecho la inmensa mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina opinan de la misma manera, *incluso aquellos que estiman que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte de su titular*. Teniendo en cuenta esta situación, que creemos importantísima para hacer notar lo consolidado de esta opinión que ya expusimos en nuestro derecho, seguimos con el desarrollo del presente epígrafe.

Entrando ya en el análisis de la situación legal sobre esta licitud o ilicitud, en la génesis de la LO. 1/82 ya se aprecia que la regulación opta por considerar la

[80] Que desarrollaremos adecuadamente y con todo detenimiento en el próximo epígrafe dedicado a las posturas que defienden que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte de su titular.

[81] Decimos que; "lo que hoy conocemos como derechos de la personalidad tras el fallecimiento del titular" porque para dicha teoría, postura, o toma de posición, nada habría en el sistema jurídico que se pudiese asimilar a tal concepto, por no existir esos derechos.

[82] Debido a la trascendencia del tema hemos invertido la secuencia lógica de las cosas. Al considerar la toma de posición del mismo una cuestión de principio y absolutamente inevitable en este momento para desarrollar adecuadamente el tema de este epígrafe, hemos expuesto primeramente nuestro propia manera de pensar para, posteriormente, pasar a la exposición de la situación en nuestro derecho.

intromisión post-mortem como ilícita. Para fundamentar esta ilicitud la regulación apunta dos argumentos diferentes.

El primero lo desprendemos del análisis de los debates parlamentarios que se produjeron en el desarrollo de la regulación[83]. La fundamentación inicial que motivó a los grupos parlamentarios en el desarrollo de los artículos cuarto al sexto fue el de la defensa de los intereses de los familiares supervivientes, lo que podemos desprender claramente de las palabras de PÍO CABANILLAS[84]; «...la agresión contra la memoria de su cónyuge o pariente fallecido es una *conducta ilegítima respecto a* ellos, es decir, respecto a *sus herederos*»[85]. Pero como ya comentaremos en el lugar oportuno, si ésta (la de la especial relación de vinculación moral que existe entre el fallecido y su familia) fuese la única motivación para justificar la protección de los derechos, no se entiende muy bien, por ejemplo, la posibilidad de que una persona jurídica estuviera legitimada para salvaguardar estos derechos, sobre todo si existiesen familiares en ese momento que pudieran ejercerla, en cuyo caso el papel de la persona jurídica sería irrelevante, o la importancia que la regulación le otorga a la voluntad del fallecido. Así pues, por la vía de los hechos, el legislador se inclina por otras motivaciones.

Si analizamos el texto, ya aquí recogido, de la Exposición de Motivos, en ningún momento se nombra a estos familiares como fundamentación de la regulación (se les recoge solamente para citar que están legitimados para actuar), sino que esta protección se basa en la elaboración de una supuesta *ficción*; la de que, tras la muerte del titular de los derechos, la memoria es una prolongación de la personalidad, y por este motivo ha de ser tutelada aunque se admita previamente que el derecho ha

---

[83] Es éste un instrumento que creemos ciertamente útil si lo que queremos es estudiar la motivación y fundamentación que motiva nuestra regulación sobre cualquier tema.

[84] Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 206, año 1981, págs. 12299 y ss.

[85] Recogemos en el texto principal de este estudio la parte fundamental respecto a la motivación de la "pietas familiar" de esta regulación. El texto algo más amplio, necesario y muy interesante para analizar el contexto del mismo y toda la motivación de esta regulación es el siguiente; «*No* estamos ante una *excepción* a la afirmación común de la doctrina de que *los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte* de la persona, como lo prueba el artículo 6 que ratifica este principio, y afirma la no subsistencia de las acciones no ejercitadas en vida por la persona ofendida. Lo que se hace –y esto también, desde el punto de vista de construcción, yo creo que es producto de afinar en el concepto de legitimación- es reconocer *una legitimación propia y específica al cónyuge y a aquellos parientes*, fundada en que *la agresión contra la memoria de su cónyuge o pariente fallecido es una* ***conducta ilegítima respecto a ellos, es decir, respecto a los herederos***. Diríamos que los poderes que se le atribuyen no constituyen la persecución de la tutela jurídica de la persona extinta, sino que son un simple reflejo o proyección de aquella tutela. Como se ha dicho, no debemos olvidarnos de que *los muertos viven también en la memoria de los que viven*».

desaparecido[86]. Como vemos, se opta por la prolongación, aunque sea artificial, de la memoria.

De la elaboración y el texto de la regulación contenida en la LO. 1/82, se dan dos motivaciones (en principio distintas y sin que una reconozca a otra, para lo que no hay mucha explicación) de la defensa de estos derechos, pero siempre, para lo que nos interesa en este epígrafe, y tal y como vimos en el epígrafe anterior, en el que estudiamos la Ley con detenimiento, desde la perspectiva de que la vulneración de los mismos, incluso tras la muerte de su titular, es ilícita. Esta conclusión es la que se ha de desprender directamente del texto de los artículos 4 a 6 de la Ley, estudiados en el epígrafe anterior.

Analizando la situación jurisprudencial en el derecho español respecto a la licitud o no de esta intromisión[87], podemos decir que la postura de la ilicitud parece consolidada. A pesar de ello en la primera e importantísima resolución del Tribunal Constitucional parece dejarse sin especificar si estos derechos merecen protección o no, más bien se opta por la opinión de que no la merecen, cuando en la STC. 231/88[88] se acoge la ilicitud de la publicación de una imagen de un fallecido por el perjuicio que sufrió la viuda del fallecido, ya que, al desaparecer los derechos del mismo; «este Tribunal no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional» -FJ. 3º-. Parece que el TC. deja abierta la vía civil, pero al no especificarlo y admitir el recurso únicamente por la afectación de la intimidad familiar y personal de la viuda, podríamos considerar que los derechos del fallecido no se protegen como tales, y su vulneración sería lícita[89].

---

[86] Es ésta una fundamentación muy interesante, que veremos a continuación en las posturas doctrinales, la de que se lleva a cabo una *ficción* por medio de la cual se "provoca" que se considere que algo de los derechos de la personalidad sigue existiendo (aunque se extingan a la muerte de su titular), para así justificar esta defensa de los mismos. Como señalaremos, este fundamento nos parece algo forzado.

[87] Queremos hacer constar que en este epígrafe solamente recogeremos la situación de la jurisprudencia española respecto al tema concreto que nos atañe, sin llevar a cabo en el estudio pormenorizado de las resoluciones, analizando sus hechos y fundamentos de derecho, ya que esta labor la desarrollaremos en el epígrafe correspondiente.

[88] Es la conocida y ya comentada pormenorizadamente aquí resolución sobre el caso Paquirri.

[89] Aunque siempre cabría la limitación de las noticias insultantes o inadecuadas respecto a la LO. 1/82 sobre los fallecidos por la afectación que sufren los familiares. No obstante, de esta

Pero, como comentábamos, en la actualidad, la jurisprudencia española admite la defensa de los derechos de los fallecidos y en las resoluciones de los dos Altos Tribunales, tanto Constitucional como Supremo (que veremos tras el estudio de la situación del primero), podemos apreciar que, si no expresamente, sí tácitamente se pronuncian por defender los derechos del fallecido, salvo alguna aislada resolución que puede llevar a la confusión[90].

En cuanto al intérprete constitucional, encontramos diversas resoluciones en las que el juzgador, aunque no se detiene en analizar el por qué y la fundamentación de la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem, y si bien no declara expresamente que la lesión de estos derechos sea ilícita, sí admite como necesaria la protección de los mismos por la vía de los hechos, cuando en los fundamentos jurídicos de sus resoluciones lo que analiza es si el derecho del fallecido ha sufrido lesión alguna, y si considera que sí la ha existido, la declara claramente como ilícita[91]. Pero más expresa podemos encontrar la admisión de esta ilicitud en la STC. 190/96[92], -FJ. 2º-, en el que se expresa que; «La difamación no se detiene en *el sujeto pasivo* de la imputación, sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar...», o que «...*la memoria de una persona fallecida* puede limitar el derecho a la comunicación de información veraz».

---

argumentación podemos considerar que, en caso de no existencia de los familiares, los derechos del fallecido quedarían desprotegidos.

[90] Así, en la resolución del Tribunal Supremo de 21-12-94 que, tras el enjuiciamiento de la publicación de un cartel con la imagen de una persona ya fallecida estudia el derecho a la imagen de los difuntos, en su FJ. 3º recoge que; «Por ello *el derecho a la propia imagen de quien ha muerto* no cabe alcance *protección en dicha vía de amparo*, lo que no empece para ser protegidos en la vía judicial, por ser cuestión de legalidad ordinaria, con lo que no se excluyen los derechos que puedan asistir a los descendientes...». Como vemos esta fundamentación ha de llevarnos a la duda necesariamente, ya que estipula no se protegen en vía de amparo los derechos del fallecido, pero que sí se pueden proteger por vía civil, pero sin aclarar si lo que se defiende en esta segunda jurisdicción es el derecho de éste o el de sus familiares.

[91] Esta situación la podemos ver en diversas resoluciones, que como ya hemos explicado, analizaremos con verdadero detenimiento con posterioridad (epígrafe 5.1.2 de la presente sección). Así; la STC 172/90 de 12 de noviembre –FJ. 4º-; «...lesionó de manera ilegítima *el honor y la intimidad personal del fallecido...*»; la STC 214/91 de 11 de noviembre en toda su fundamentación; la STC 123/93 de 19 de abril, que trata sobre la publicación de unas noticias referidas a un fallecido, en la que nos dice que «*la intromisión en el honor* que dichos artículos periodísticos ocasionaron no viene justificada constitucionalmente».

[92] Brevemente reflejaremos que la resolución resuelve una noticia que se publica sobre la muerte de una chica, y se vinculaba la misma al consumo de drogas, quedando acreditado en autos que no se debía en absoluto a ello.

En estas resoluciones se produce un salto cualitativo en la doctrina del TC., ya que el mismo pasa de no admitir que los fallecidos tengan derecho alguno que defender, en la resolución 231/88, a resolver los procedimientos posteriores por haberse vulnerado el derecho de la personalidad del finado, con lo que hemos de considerar que se admite que es **ilícita** cualquier intromisión en los derechos del fallecido[93], independientemente de que esta intromisión también pueda haber alcanzado a algún familiar o no[94].

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la misma es aún más clarificadora que la del Constitucional. Como éste mismo indicaba en alguna sentencia, aunque se estipulase que no había protección constitucional para los derechos de la personalidad de los fallecidos, tras la publicación de la LO. 1/82, la protección civil es admitida pacífica y necesariamente. No sólo encontramos en esta jurisprudencia civil resoluciones que de hecho protegen estos derechos de la personalidad post-mortem, considerando ilícitas las intromisiones que sufren[95], sino que son aún más numerosas las que expresamente recogen esta protección.

Así, ya en la resolución[96] de 7-3-88 se defiende en su FJ. 2º que en dicho caso[97] se produjo; «una intromisión ilegítima en el ámbito del *honor y de la*

---

[93] Nosotros llevamos más allá la conclusión, ya que si se admite esto, también se tendrá que asumir que si no es lícita la intromisión de los derechos es porque existe algún tipo de derecho o de realidad que proteger (opinión que desarrollaremos ampliamente en el epígrafe 6 de esta sección).

[94] Ésta es una conclusión interesante sobre la que volveremos, pero que aquí dejamos solamente anotado. Se puede producir una lesión en el derecho del fallecido y **a la vez** afectar a los derechos de los familiares de éste por ese especial vínculo que une a unos con los otros. O también se puede dar esta intromisión sin afectar al derecho de estos últimos, pero siempre admitiendo que ambos derechos son diferentes, y que ambos puedan tener cierta relación en los casos de intromisión, pero que no necesariamente ha de ser así, como hasta ahora algunas posturas han pensado.

[95] Como ocurre en las resoluciones del Tribunal Supremo de 28-10-86, la primera de este tribunal sobre el caso Paquirri, en la que lo que se estudia en su FJ. 7º es si se vulneró o no la intimidad del fallecido, estimando el juzgador que no; en la de 13-12-89, en la que se estudia si se vulneró o no el honor de Don Alfonso de Borbón, (también fallecido anteriormente); en la de 30-12-89 –FJ. 3º-; «Sin mayor *desmerecimiento para Pilar P.* (persona fallecida), *ni intromisión en su intimidad* que...»; en la de 27-2-90 –FJ. 2º-; «*la agresión ilegítima al honor del fallecido*», o; «emitiendo así un juicio de valor que *deshonra al fallecido*»; la de 16-5-93, en la que en todo su desarrollo se analiza la publicación ya antes comentada, erróneamente, sobre la muerte de una chica, motivada por su drogadicción; la de 27-6-96, en la que se estudia la publicación de la foto de una fallecida; o la de 26-1-98 –FJ. 2º-; «no puede decirse que los términos empleados (...) supongan una intromisión ilegítima *en el honor del fallecido sacerdote* hermano del actor».

[96] Aquí analizaremos las Sentencias civiles, aunque con anterioridad a éstas, la resolución de la Sala Segunda de lo penal del Tribunal Supremo de 3-2-84, en su considerando octavo expone una opinión muy rotunda; «...lo que protege el legislador en estos casos no es el derecho de los parientes próximos (...) sino *el honor del difunto, su buena fama, su recuerdo, su renombre y su memoria...*».

intimidad personal de dicho piloto, titular del derecho lesionado y cuya memoria constituye una prolongación de su personalidad». La sentencia de 16-3-96 –FJ. 5°- determina que cierta publicación[98]; «alcanza de lleno *a la vida privada del Letrado asesinado*, con vilipendio para su memoria...». Por último, en la resolución de 24-6-94[99] –FJ. 2°-, se vuelve a recoger que; «la afirmación de tales hechos no sólo erosiona *la estima y la reputación de la persona afectada* (ya fallecida), sino que proyecta y, en qué modo, tales estigmas reprobables en sus deudos sus propios padres».

Así pues, tras todas las resoluciones recogidas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que en la doctrina jurisprudencial española actual se considera que las intromisiones que sufran los derechos de la personalidad una vez sus titulares hayan fallecido son ilícitas. Posteriormente estudiaremos hasta qué punto lo consideran y las conclusiones que se han de derivar de ello.

En cuanto a la opinión de la doctrina al respecto, no sólo la que desarrolla sus estudios tras la publicación de la LO. 1/82 se pronuncia sobre la licitud o no de estas intromisiones. Algunos autores que tratan de los derechos de la personalidad antes de la citada regulación también analizan si los mismos se han de proteger post-mortem o no, lo que le da un mayor valor, sin duda, a sus estudios y opiniones, ya que los hemos de considerar como pioneros en la materia en nuestro sistema jurídico.

Así, en 1952, con una regulación inexistente en la materia, el profesor CASTÁN[100] aboga por que; «La personalidad del hombre exige respeto aún después de la muerte», con lo que, aunque no establece cómo se ha de proteger la misma (lo

---

Así pues, también en las otras jurisdicciones existen claras referencias a que es ilícita la lesión de los derechos de la personalidad tras el óbito de su titular.

[97] Éste es el que resuelve el Tribunal Supremos sobre el ya citado caso Patiño (el comandante que pilotaba el avión que se estrelló en Sondica, y sobre el que se publicaron diversas noticias no muy beneficiosas sobre su vida anterior).

[98] En la que se denigraba a un abogado fallecido, comentando que estaba inmerso en oscuros asuntos de la mafia.

[99] Vuelve a tratar el tema sobre la publicación de la muerte de una joven supuestamente por causas de drogadicción (demostrándose en el procedimiento, de forma indubitada, que la información era totalmente inexacta).

[100] En; CASTÁN T., J., *Los Derechos de la personalidad*, RGLJ., 1952, n° 1-2, pág. 40. No sólo no se había regulado nada sobre su situación post-mortem, sino tampoco sobre los derechos de la personalidad en general.

que era ciertamente difícil, si consideramos que ni siquiera existía una sistemática plenamente consolidada de la protección de la personalidad en vida), sí que defiende que se ha de articular de alguna forma para no permitir los posibles perjuicios que sufra la personalidad.

En la siguiente década, los profesores GITRAMA[101] y DÍEZ DÍAZ[102] también se postulan partidarios de esta protección[103]. El primero nos indica que existen determinados «vestigios», entre los que cita; «los restos mortales, la memoria, el retrato, las obras del difunto», que; «merecen una protección jurídica», mientras que el segundo lo que aporta es una inicial razón del por qué de que «La personalidad perdura», y de que se tenga que defender; «después de la muerte», ya que esta protección goza de; «asentimiento social»[104].

En cuanto a los autores españoles posteriores a 1982, antes de analizar sus posturas queremos hacer una puntualización. Ya que analizamos si es lícita o no la intromisión en los derechos de la personalidad post-mortem, no recogemos aquí las opiniones al respecto de autores que defienden que éstos no desaparecen, ya que de ellos parece evidente que su postura será similar a la nuestra[105]. Hemos querido en este apartado traer a analizar mayoritariamente las opiniones de los autores que opinan que estos derechos desaparecen tras la muerte de su titular. La razón es sencilla. La inmensa mayoría de la doctrina (y con esto ya anticipo la situación de la

[101] Vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Derecho a la imagen*, NEJ, 1962, pág. 337.

[102] En su obra; DÍEZ DÍAZ, J., *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*, Madrid, 1963, pág. 346.

[103] No queremos dejar de citar que en el derecho histórico extranjero, en concreto en el italiano, también se pueden encontrar algunos ejemplos de esta postura. Así, en, DEGNI, F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, en Trattato di Diritto civile italiano de Filippo Vassalli, Turín, 1939, pág. 223, se expone que lo que se defiende en estos casos es; «*la memoria, el honor y la reputación personal del difunto*», y conviene considerar con detenimiento la fecha de publicación de este trabajo.

[104] Como vemos, tanto en esta fundamentación, como en la postura del profesor GITRAMA, podríamos considerar, desde nuestra perspectiva actual que no se produce un gran avance en la concepción post-mortem del derecho. Pero no nos podemos llevar a engaño porque consideremos que este contenido pueda estar desfasado, o considerarse pobre respecto a la concepción jurídica del derecho en la actualidad ya que hemos de considerar estos estudios verdaderamente como hitos innovadores en un panorama doctrinal español de la época que para nada, ni siquiera para citarlo, se ocupaba de este tema.

[105] Ya que si aceptamos sin prácticamente ninguna voz en contra que los derechos de la personalidad post-mortem se han de proteger, quien opina que los mismos siguen existiendo tras el fallecimiento de su titular, también seguirá postulándose por la protección de los mismos, quizás con mayor intensidad, y por lo tanto por la ilicitud de las intromisiones que los mismos sufran post-mortem.

misma) opina que las intromisiones que sufran los derechos de la personalidad, tras la muerte de su titular, son ilícitas. Si elaboramos el desarrollo de esta postura con los autores que la defienden aún desde la opinión de que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte de su titular, la misma quedará más asentada e indubitada.

Dejada ya citada la postura mayoritaria en nuestro derecho, aquí nos centraremos en analizar qué fundamentación aporta cada autor o grupo de autores para postular que los derechos de la personalidad se han de proteger incluso tras la muerte[106]. Inicialmente, algunos autores simplemente afirman que no puede considerarse lícita la vulneración de los derechos, sin más, y sin ahondar en el por qué, ya que lo consideran elemental[107]; o que lo que se contempla es la idea de la necesaria protección de la persona, en general, lo que por sí mismo implica la protección de la personalidad pretérita[108].

Otra postura[109] que ya vimos en la legislación es la de crear una ficción, la de prolongar para más allá de la muerte los derechos de la personalidad, aunque hayan desaparecido, legitimando a los familiares para que ejerzan la defensa de la "ampliación" de esa personalidad, que, en palabras de la Exposición de Motivos, podríamos definir como la *memoria*. Esta postura es recogida por YSAS SOLANES[110], que también opina que; «Se protege la memoria, que es lo que resulta dañado, no al fallecido, que ya no existe y no tiene derechos»[111].

---

[106] Como ya indicamos, algunas de estas posturas conllevan una cierta contradicción interna, ya que si primero se alega que estos derechos desaparecen, muy buena fundamentación se ha de aportar para seguidamente defender con toda la rotundidad que dichos derechos (desaparecidos) se defienden. Cualquiera podría preguntar qué derechos, aunque algunos autores, como veremos posteriormente, salvan esta contradicción realizando argumentaciones que pueden considerarse adecuadas.

[107] Como podemos apreciar en; O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, pág. 72, que tras admitir que el fallecido no tiene honor, se pregunta; «¿Pero acaso puede ser lícito el ataque a la dignidad y consideración de una persona ya fallecida?», opinando que no.

[108] Esto lo podemos ver en el completísimo trabajo de; IGARGÚA ARREGUI, F.; *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesis doctoral inédita, Univ. Autónoma de Madrid, 1986. En esta tesis doctoral se estudian todas las características de esta protección, aunque desde la perspectiva antes avanzada de la desaparición de los derechos.

[109] Nuestra intención en el presente capítulo no es la de mostrar todos y cada uno de los autores que se han mostrado favorables a una postura o a la otra, sino dejar aquí recogidas todas las argumentaciones que la doctrina nos ofrece sobre el por qué de esta defensa, citando en cada una de ellas a algún autor que la haya defendido. Esta referencia a los autores que han tratado el tema se desarrolla en los epígrafes 3 a 6.

[110] En; YSAS SOLANES, M, *Protección a la memoria del fallecido en la LO. 1/82*, Publicado en la obra homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Vol. VI., Madrid, 1990, pág. 793. En la citada obra

Una postura muy común en la doctrina se basa en que esta defensa se legitima por la especial relación de afectividad que unía al fallecido (y con él su recuerdo, los restos que del mismo quedan entre nosotros) con sus familiares. Así, será el sentimiento de piedad de los mismos el que motiva que estos derechos se defiendan, como dice VIDAL MARTÍNEZ[112]; «por el especial vínculo de solidaridad moral» que existe entre ellos.

Pero si alguien ha desarrollado esta fundamentación, muy generalizada en la doctrina, con especial acierto, éste ha sido ESPÍN CÁNOVAS[113], cuando expone que; «Nuestra Constitución no alude directamente a la protección del honor, intimidad e imagen más allá de la vida de la persona, pero en cuanto hace referencia reiterada a la protección de la intimidad familiar, debe inferirse que la garantía de estos derechos alcanza a un período de tiempo mayor que el de la propia vida de cada miembro de la familia, pues el concepto de ésta *implica una comunidad en el sentimiento del honor y de la intimidad*, difícil a veces de individualizar, que conlleva la necesidad lógica de *permitir su defensa por los parientes*, tras la muerte de una persona, estén o no involucrados por la ofensa», legitimando así la actuación de los familiares[114].

En esta postura se defiende que los familiares actúan por el especial sentimiento de fraternidad que tenían con el fallecido, pero ciertamente tampoco

---

recoge más posturas, aunque parece inclinarse por ésta, en lo que parece un intento de justificar de la manera más amplia posible la defensa post-mortem de estos derechos.

[111] Desarrolla la autora aún más esta idea y, citando a TERCIER estima que; «los derechos del fallecido se prolongan más allá de la muerte por *una especie de ficción*. Cualquier persona continúa en la tierra junto a los hechos, objetos y recuerdos que ha dejado y todo el mundo debe poder confiar en que su imagen no será gravemente dañada después de su muerte. Como sea que el fallecido no puede actuar personalmente se reconoce el derecho a sus herederos o allegados quienes actuarán en su nombre, incluso en el caso en que éstos no se ven afectados en sus derechos». Esta última posibilidad ya la adelantábamos nosotros anteriormente.

[112] Vid. VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, 1992, pág. 101.

[113] En uno de los pocos estudios (con el de YSAS SOLANES citado en la reciente nota 110) dedicados casi monográficamente al tema central de nuestra tesis doctoral; ESPÍN CÁNOVAS, *La defensa post-mortem de la vida reservada en la Ley Orgánica 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en la obra homenaje a Luis Díez del Corral, Madrid, 1987, pág. 226.

[114] En esta misma posición, que como afirmamos es ciertamente común entre la doctrina, también podemos encontrar a; HERCE DE LA PRADA., V, *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona, 1994, pág. 161, y a; YSAS SOLANES, ob. cit. nota 110, pág. 793, que como antes comentamos en su obra, recoge varias fundamentaciones.

queda muy claro qué es lo que se defiende, y, al respecto, entre los autores de esta corriente se han dado dos posiciones; unos hablan de la defensa de los familiares del derecho del fallecido; y otros de intereses propios[115].

Otra fundamentación de la defensa post-mortem de estos derechos, que por simple y evidente podemos calificar de trascendental en el ordenamiento jurídico español actual gracias a la constitucionalización de determinados valores, es la que nos aporta, por ejemplo, DÍEZ PICAZO[116], cuando opina que la intromisión en estos derechos ha de ser necesariamente ilegítima, porque si no; «Es evidente que lo contrario supondría una *degradación de la dignidad de la persona*». Parece difícil encontrar un razonamiento que conjugue como éste de tal modo sencillez con contundencia, y ante el que no tenemos nada que añadir, salvo nuestra adhesión al mismo.

También encontramos en nuestra doctrina quien opina que, aunque la personalidad esté extinguida, este ataque es ilícito porque, como nos dice CREVILLÉN[117]; «los valores dignos de protección perduran más allá de la capacidad jurídica de la persona y el respeto a la persona del fallecido obliga abstenerse de manifestaciones que la rebajen o desfiguren»[118].

Para finalizar con las aportaciones doctrinales sobre la fundamentación de esta defensa, señalaremos una ciertamente reciente que se perfila como trascendental al tener en cuenta la perspectiva constitucional que ha de tener la defensa de estos derechos. Se trata de un autor que no se sitúa como los anteriores en la desaparición de estos derechos post-mortem, sino que considera que siguen existiendo, y por ello quizás elabora con una mayor profundidad el análisis de la fundamentación de esta

---

[115] Sobre este extremo nos detendremos posteriormente, cuando en el siguiente epígrafe analicemos las posturas de quienes opinan que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte de su titular, llevando a cabo un estudio detallado del papel de los familiares en esta defensa, y precisamente si actúan defendiendo intereses propios o ajenos (del fallecido) (al respecto, ver epígrafes 3.1.3.1 y 3.1.3.2).

[116] Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1995, 8ª ed págs. 362.

[117] En; CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., en *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1995, pág. 54.

[118] Postura ésta que también podemos encontrar en el derecho comparado, cuando, por ejemplo en; AULETTA, T., *Riservatezza e tutela della personalità*, Milán, 1978, pág. 214, cuando justifica esta defensa porque; «ciertos intereses extrapatrimoniales de la persona sobreviven tras su desaparición»; o en VERCELONE, P., *Diritti della personalidad*, Novissimo Digesto Italiano XII, Torino, 1965, pág. 1087, en el que se mantiene que ciertos aspectos de la personalidad; «sobreviven a la persona».

protección. El estudio del profesor ALEGRE MARTÍNEZ[119] se basa en el derecho a la imagen, pero por las características que le atribuye al mismo, su argumentación también se podría aplicar al resto de los regulados por la LO. 1/82 y de todos los de la personalidad. Para el autor; «A la vista del artículo 10.1 (de la Constitución), en el que se proclama como "fundamento del orden jurídico y de la paz social" *la dignidad de la persona, sus derechos inviolables*, y el *libre desarrollo de la personalidad* », el concepto de persona del Código Civil se ha de considerar superado, si no derogado. Tras desarrollar esta idea, el autor considera que en un derecho como la propia imagen (como vemos se puede aplicar al resto de los de la personalidad); «*personalísimo*, y derivado de la *dignidad, individualidad e irrepetibilidad de la persona* debe ser atribuido, sin vacilación alguna, a las personas fallecidas». Así pues, la protección de este derecho se basa en la dignidad, individualidad e irrepetibilidad de la persona.

Con esta última postura terminamos el repaso de las diferentes posturas que en torno a la fundamentación de la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem existen, siempre desde la perspectiva de que la lesión de los mismos es ilícita.

Si recapitulamos todo lo que hemos analizado hasta aquí podemos llegar a la conclusión de que en el derecho español, tanto en su legislación, en su jurisprudencia como en su doctrina, se considera como ilícita la intromisión en los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular[120].

Creo que esta visión derivada del artículo 10.1 de nuestra Constitución es muy interesante para fundamentar el por qué de esta defensa. El citado artículo nos dice que son; «*fundamento del orden político y de la paz social*»; «la **dignidad de las personas**, los **derechos inviolables que le son inherentes** y el **libre desarrollo de la personalidad**». Este desarrollo se ha de traducir, esencial y necesariamente, en un absoluto respeto de la personalidad de cada ciudadano y, ante su muerte, este respeto se ha de acentuar hasta el máximo para, a través de la protección de sus derechos de la personalidad, salvaguardar la individualidad y la sustancia de cada persona (individualidad lo ha llamado también ALEGRE MARTÍNEZ). Por todo ello, sin el

[119] En su obra, que probablemente citaremos en más de una ocasión durante el presente trabajo; ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997, págs. 97 a 107.

[120] Independientemente que se considere que estos derechos desaparecen, quedan latentes o siguen existiendo; posturas que desarrollaremos en los tres epígrafes siguientes.

escrupuloso respeto a los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, se estaría incumpliendo flagrantemente el artículo 10 de nuestra Constitución, con lo que en nuestro sistema jurídico actual se violaría uno de sus fundamentos.

Desde el punto de vista de los autores que opinan que estos derechos desaparecen, es absolutamente necesario respetar la obra y los hechos de los que se fueron que ante nosotros quedan (de todos, con mayor o menor trascendencia social en sus vidas)[121], y si tras su muerte esta obra no se respetase, además de ser una violación de la dignidad incompatible con la Constitución, se desvirtuaría e inutilizaría la protección que en vida se le presta a la personalidad, ya que si la misma se lesiona tras la muerte pierde la vigencia que tuvo en vida, que se vería claramente dañada.

Pero entre los que opinan que los derechos de la personalidad no desaparecen, si ésta sigue existiendo (para nosotros, ya lo hemos dejado algo indicado e incidiremos sobre el tema, de la misma no quedan sólo restos o despojos, sino que se produce una cierta transformación post-mortem, quedando de la personalidad y de sus distintos derechos plenamente vigente su aspecto social), de alguna manera se plasma como la continuación de los valores y fundamentos de la persona mientras vivía, que van más allá de su existencia física y que quedan entre nosotros, y que como tales se han de proteger con toda intensidad.

Por último, tras dejar claramente señalado que los derechos se protegen no podemos acabar este epígrafe sin señalar una duda muy interesante: ¿Se produce una menor protección tras la muerte que en vida?. Este asunto, ciertamente trascendente[122], será analizado precisamente en los epígrafes dedicados a la defensa de estos derechos en el tercer capítulo de esta tesis doctoral, en los que hablaremos sobre la intensidad y duración de la misma y de otros aspectos.

[121] Si hablamos de obras o hechos no nos referimos a la concepción más elevada de dicho concepto, como obras de arte o del ingenio que deban perdurar entre todos para mayor gloria de la cultura y de su autor, sino que nos referimos a cualquier tipo de obra o de recuerdo, que todos dejamos entre los que nos rodearon en vida, hayamos alcanzado algún tipo de reconocimiento o prestigio social o no.

[122] Y que fue muy tratado, como veremos, por IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 810 y ss.

3.- LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DESAPARECEN TRAS LA MUERTE DE SU TITULAR.

Comenzamos el análisis de las distintas posturas que se han dado en el derecho español y comparado[123] con el desarrollo de la que hoy en día, tras la publicación de la LO. 1/82 de 5 de mayo, se nos presenta como mayoritaria en nuestra doctrina. La misma es la que defiende que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte de su titular, y es la que en nuestro derecho heredamos, básicamente de la concepción (que ya aquí hemos expuesto) del artículo 32 del Código Civil, y de la falta de regulación al respecto hasta la aparición de la citada LO.

Hemos optado por la opción de empezar con ella porque en la actualidad se presenta como eje fundamental de la concepción de los derechos de la personalidad en nuestro sistema jurídico, en especial respecto a la numerosa doctrina que la sigue[124]. Por ello es la primera que analizamos, estudiando sus diferentes fundamentaciones, para recoger en los siguientes epígrafes del presente estudio las posturas que optan por defender opiniones diferentes.

Durante la primera parte del presente epígrafe nos centraremos, inicialmente, en el estudio de la situación en el derecho español. Del mismo ya llevamos a cabo un detenido estudio de la legislación que regula la posibilidad de defender estos derechos post-mortem[125], por lo que sobre ella nada más vamos a añadir. Aquí desarrollaremos el análisis de todas las posturas doctrinales que se sitúan dentro de esta opinión, así como las resoluciones de nuestros tribunales que se han postulado

[123] Como es natural debido al objeto de la presente tesis doctoral que trata de la situación de los derechos de la personalidad en nuestro sistema jurídico, centraremos nuestro análisis mayormente en las posturas que se han dado en el derecho español, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque ello no signifique que no llevemos a cabo una ligera mirada y revisión de la situación en otros derechos europeos.

[124] Citamos principalmente a la doctrina porque, aunque en un inicio parezca que la jurisprudencia se ha manifestado partidaria de defender también esta postura (y así lo citan también algunos autores), ya veremos en el detallado desarrollo que llevaremos a cabo sobre la situación jurisprudencial que ésta no la podemos considerar como seguidora de esta posición, bien al contrario, creemos y lo defenderemos posteriormente con argumentos, que la jurisprudencia se sitúa en la postura contraria.

[125] Justamente en el primer epígrafe de la primera sección de este segundo capítulo estudiamos la regulación de la materia en el derecho español, analizando tanto el articulado en sí como lo que del mismo se debía desprender, y dejando señaladas sus contradicciones internas.

cantidad de autores que se sitúan dentro de la misma, aunque lo hagan con mayor o menor fundamentación de su postura[135].

Para analizar con el detenimiento que requiere esta línea de pensamientos, en el presente epígrafe dedicado al derecho español estudiaremos, primeramente, las numerosas posturas doctrinales que se sitúan como seguidoras de la misma, clasificándolas según su fundamentación. Seguidamente recogeremos las resoluciones jurisprudenciales en las que nuestros más Altos Tribunales declaran la extinción de los derechos de la personalidad post-mortem, estudio jurisprudencial éste que se nos presenta como muy interesante, tanto porque del mismo se da una situación que no parece ser del todo reflejada en la doctrina, como por el análisis que desarrollaremos sobre la relación que existe entre la protección constitucional de estos derechos y la civil (desde la postura jurisprudencial de la desaparición de estos derechos)[136].

3.1.1.- Posturas doctrinales.

Analizamos aquí todas las posturas doctrinales que se sitúan favorables a la extinción de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular. No es éste un estudio sencillo de sistematizar, toda vez que los autores que se sitúan en esta órbita son numerosos, y a su vez utilizan para la justificación de su postura diferentes fundamentaciones (alguno de ellos incluso desarrollan sus estudios basando su postura en varias razones en el mismo trabajo). Sistematizaremos el desarrollo de esta línea doctrinal según los argumentos aportados por cada corriente dentro de la misma.

Así mismo, los trabajos que analizamos han podido enfocar sus estudios desde diferentes perspectivas. Unos estudian los derechos de la personalidad en

[135] Parte de la doctrina argumenta con algo de detenimiento su opinión, pero muchos autores, considerando que la postura es pacíficamente aceptada, simplemente citan que para ellos la situación es de desaparición del derecho sin exponer el por qué. En el siguiente epígrafe recogeremos a todos estos autores, clasificándolos según la fundamentación desde la que argumentan su posicionamiento dentro de esta corriente.

[136] Existen dos situaciones que son verdaderamente sorprendentes respecto a nuestra jurisprudencia. La primera, respecto al TC., es que siempre se le ha dado una mayor preferencia a una resolución, la primera de este tema, la del caso Paquirri, la 231/88, que a las sucesivas que hasta hoy el mimo Tribunal ha dictado, lo que dejaremos claramente señalado. La segunda es que en la jurisprudencia parece admitirse con naturalidad que, respecto a la situación post-mortem, se cree una gran diferencia entre su protección constitucional y la civil. Abriremos, tras analizar las resoluciones de una y otra jurisdicción, un interesante (a nuestro entender) apartado sobre esta diferencia.

general; otros estudian conjuntamente los derechos regulados en la LO 1/82 –honor, intimidad personal y familiar e imagen-[137]; otros, por fin, estudian alguno de los derechos de la personalidad en concreto. Vamos a recoger en estos epígrafes todos los estudios que se refieran a los derechos de la personalidad (a uno, a alguno o a varios), ya que todas las opiniones son válidas. Así pues, sea cual sea la perspectiva de cada autor, analizaremos con detenimiento sus argumentos, adaptándolos siempre a la utilidad que los mismos tengan para la perspectiva global del análisis de los derechos de la personalidad post-mortem, que es la que nosotros hemos adoptado. Así pues, sólo desde este punto de vista estudiaremos aquellos autores que analizan uno sólo de los derechos.

Pero no es sólo esta situación de pluralidad de autores, fundamentaciones y perspectivas (que ya son bastantes) la que determina la dificultad de analizar estas posturas. El principal motivo de la misma es que hay parte de la doctrina que en el desarrollo de sus trabajos sobre la concreta situación post-mortem de estos derechos parecen encerrar una contradicción interna. Algunos autores defienden en sus escritos de una manera explícita que los derechos desaparecen tras la muerte, pero posteriormente admiten implícitamente que lo que se defiende es el derecho del fallecido[138]. Otros, por el contrario, no dejan claro del todo qué se defiende, cómo queda y qué queda de estos derechos, aunque siempre, de una manera textual, antes defienden que los derechos se extinguen[139].

Conociendo esta circunstancia de indefinición doctrinal (aunque no explícita, sí al menos de hecho), y advirtiendo que se ha de tener muy en cuenta a lo largo de la

[137] Ya indicamos con anterioridad que creemos que estos derechos son los más significativos dentro de toda la teoría general de los derechos de la personalidad y que, sobre todo, tras la publicación de la LO., han adquirido una trascendencia que no se puede poner en tela de juicio en ningún momento. No obstante estar de acuerdo con que esto sea así, no debemos olvidar que éstos no son los únicos derechos de la personalidad, que hay más, y ya fueron tratados con detenimiento y pormenorizadamente en el primer capítulo de la presente segunda parte. Tampoco debemos dejar a un lado ahora que la perspectiva de este estudio de los derechos de al personalidad post-mortem es la global, es decir, que debemos tener en cuenta a TODOS los derechos de la personalidad.

[138] No son pocos los autores que, tras recoger textualmente lo contenido en la Exposición de Motivos de la LO. 1/82 y defender que los derechos desaparecen con la muerte de su titular, cuando analizan la regulación del artículo 4 al 6 de la citada LO. opinan sin lugar a dudas que lo que se ve vulnerado y a su vez se defiende no es otra cosa que el derecho del fallecido, sin aclarar cómo se conjuga eso con el hecho de que previamente se defendiese que el derecho había desaparecido.

[139] Estas contradicciones aportan oscuridad a la situación doctrinal sobre el tema, pero las analizaremos en profundidad, para dar clara constancia de esta difícil situación y por qué pueden sernos útiles para asentar ciertos aspectos de la situación post-mortem de los derechos.

lectura de todo el presente capítulo[140], hemos dividido el desarrollo del estudio de las posturas que defienden la extinción de los derechos según las distintas argumentaciones que se utilizan para situarse en cada una de las líneas argumentales.

Reflejaremos inicialmente los autores que opinan que los derechos se extinguen por su propia naturaleza jurídica, y porque de la misma se deriva, de una manera natural, que tras la muerte no pueden existir, algunos con una mayor reflexión sobre ello que otros[141]. Justo a continuación estudiaremos los autores que, para defender la desaparición post-mortem de los derechos, dentro de todos sus caracteres le dan prevalencia al de ser unos derechos "personalísimos" para, por ello, estimar que tras la muerte han de desaparecer, ya que se encuentran muy ligados a la existencia física de su titular[142].

Otra postura que aquí también trataremos seguidamente es la de los que se apoyan en la redacción del artículo 32 de nuestro Código Civil (antes recogido) para situarse en esta órbita doctrinal. Hay otros autores, sin embargo, que lo que desarrollan en sus trabajos es únicamente una exposición de cuáles son los términos de la LO. 1/82, y en esa tesitura también siguen la doctrina mayoritaria, expresamente formulada en la misma. Aunque expongamos cuáles son estos autores, es de destacar que en la gran mayoría de ellos no encontramos explicación alguna

[140] Porque si en este capítulo se estudian algunas posturas que abogan por la extinción de los derechos pero a la vez admiten la defensa de los mismos (lo que podríamos bautizar como «no pero sí»), en el epígrafe quinto veremos los autores que defienden la existencia de estos derechos post-mortem, pero no expresamente, sino dejando tácitamente abierta la posibilidad de defensa de los mismos, o dejando dudas sobre qué se defiende (lo que llamaríamos «sí pero no»). Es evidente que a este respecto, la frontera que separa ambas posturas (los que no admiten la existencia del derecho pero lo defienden, y los que dejan abierta la posibilidad de su defensa, pero no muy convencidos del por qué), es ciertamente difusa, y algunos autores que podemos recoger en este apartado podría ir perfectamente en el otro, y viceversa. Este hecho, lo que básicamente demuestra es el gran interés del tema que debatimos, y el hecho de que su notable actualidad y evolución provoca dudas en la doctrina, y quizá un nuevo posicionamiento en algún sector de la misma, más proclive a admitir algún grado de pervivencia post-mortem de los derechos de la personalidad. Todo ello lo analizaremos con calma a continuación.

[141] Recogeremos en dicho epígrafe, tanto a los autores que explican el por qué la naturaleza de los derechos les impide seguir existiendo post-mortem, así como algunos que simplemente afirman esta extinción, sin más argumentos, lo que hemos interpretado como un posicionamiento a favor de la desaparición por su naturaleza jurídica.

[142] Quizás estos autores se podrían haber situado junto a los de la primera subdivisión, toda vez que, como sabemos, también el ser un derecho personalísimo es uno de los caracteres fundamentales de estos derechos, pero hemos considerado que, ya que se le da tanto énfasis en dichos trabajos a este carácter en particular y se dejan a un lado los demás, convenía separarlo de la fundamentación que considera a todos los caracteres en general como igual de trascendentes para defender que los derechos de la personalidad desaparecen post-mortem.

sobre el por qué de la extinción de estos derechos, sobre la fundamentación última de ello, sino sólo un desarrollo expositivo de los extremos de la regulación, de lo que deducimos que se postulan a favor de la extinción[143].

Y, por último, llegaremos entonces a la exposición de aquel sector doctrinal que antes calificamos de algo "contradictorio" porque de sus trabajos parece poder entresacarse de igual manera que los derechos no existen pero que sí se defienden. Lógicamente este subepígrafe tendrá un tratamiento más exhaustivo, en el que intentaremos exponer claramente estas contradicciones y analizar el por qué de las mismas.

3.1.1.1.- Los derechos desaparecen por su propia naturaleza jurídica.

Dentro de esta postura doctrinal encontramos trabajos muy heterogéneos, pero podemos englobarlos dentro de la idea de que de los caracteres de los derechos de la personalidad se ha de derivar *naturalmente* que los mismos desaparecen tras la muerte de su titular. Así, como ya analizamos, de la teoría general de los derechos de la personalidad clásica[144] se deriva que los caracteres de los mismos son ser; *esenciales*, lo que provoca que sean innatos u originarios; *inherentes*, de donde se deriva que sean individuales, privados y absolutos; y por último, *extrapatrimoniales*, que conlleva que sean indisponibles, de lo que se deriva intransmisibles, irrenunciables, inexpropiables e inembargables e imprescriptibles. Estos autores desprenden directamente de los caracteres de *esencialidad*, *inherencia*, e *intransmisibilidad* de los derechos que, una vez llegado el fallecimiento de su titular, dejan de existir.

La forma de derivar naturalmente de estos caracteres la extinción del derecho (además de en otros autores, que simplemente defienden que estos derechos se extinguen porque tras el fallecimiento no le aprecian otra salida a los mismos[145]), la

[143] Este hecho no ha de conllevar ningún juicio especial por nuestra parte, pues es perfectamente posible que la decidida intención de esos autores a la hora de afrontar sus trabajos no fuese desarrollar un estudio pormenorizado de la fundamentación de la extinción de estos derechos, sino solamente ése, únicamente el de exponer los términos concretos de la regulación existente sobre dicha extinción.

[144] Nos remitimos, para seguir esta explicación, al epígrafe quinto de la parte preliminar, en el que se estudiaron los caracteres de los derechos de la personalidad desde su perspectiva clásica y también se analizó desde la evolución que los mismos han experimentado últimamente y la que pueden seguir teniendo en el futuro.

podemos apreciar en PARRA LUCÁN[146], cuando, estudiando el derecho a la intimidad expone, muy en la línea de cierta jurisprudencia (STC. 231/88 principalmente, y otras resoluciones que la siguen y que analizaremos posteriormente), que; «Una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, **no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental**». Como vemos, aunque la autora se refiera únicamente al derecho a la intimidad, bien podría aplicar la explicación al resto de los derechos de la personalidad[147], y se centra en que el "ámbito vital" no se puede proteger como derecho fundamental. Ya lo señalaremos, pero de estas palabras se ha de desprender que, para la autora, el derecho a la intimidad puede tener una existencia en nuestro sistema jurídico ajena a su consideración como derecho fundamental, y esto, hoy en día, en nuestro derecho, no se contempla.

La vinculación de la extinción con los caracteres de los derechos la apreciamos muy bien en las palabras de ESLAVA RODRÍGUEZ[148], que en su estudio del derecho a la intimidad, cuando analiza los caracteres de los derechos en general, saca esta conclusión; «Son innatos u originarios. No precisan de ningún modo de adquisición para que el ser humano devenga su titular. Y se mantienen **hasta el momento de la muerte, que extingue la personalidad**».

Dedicado el análisis a los derechos del honor y de la intimidad en concreto, también encontramos algún trabajo cercano a esta órbita, como el de LÓPEZ

---

[145] Esta postura simplemente aboga porque los derechos desaparecen tras la muerte de su titular, sin más, sin aportar argumentación alguna complementaria. Por ello nosotros interpretamos que hemos de situarla dentro de la de los autores que explícitamente consideran que la naturaleza jurídica de los derechos determinan su desaparición post-mortem. Este razonamiento, muy sencillo y rotundo a la vez para sus autores lo podemos encontrar en; CLAVERÍA GONSALBEZ, L., *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad* en Estudios en homenaje al profesor Beltrán de Heredia, Salamanca, 1984, pág. 107; en ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, 1985, pág. 45; o en GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*, Madrid, 1987, pág. 25; aunque este autor (también algo contradictorio, pero no tanto como los autores del subepígrafe 5°), tras admitir la desaparición post-mortem de estos derechos admite, en su página 34 y como ya reflejamos en su momento, que la disposición del cadáver es «una derivación post-mortem del derecho de la persona sobre su propio cuerpo».

[146] En; PARRA LUCÁN, M., *De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad*, ADC. 1989 I, pág. 210.

[147] Ésta será la explicación que nos va a ser válida a partir de ahora para todos los autores que estudian un solo derecho, pero que traeremos aquí porque sus razonamientos son perfectamente extrapolables a los demás, y que no volveremos a citar, por no hacernos repetitivos.

[148] Vid. ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *La protección civil de derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: derecho aplicable*, Salamanca, 1996, pág. 60.

DÍAZ[149] que parece defender que los derechos se extinguen por su naturaleza cuando, sobre el derecho al honor, estima que; «sólo las personas vivas son titulares del derecho **al honor, extinguiéndose éste, por la muerte del titular**», justificando en este caso la defensa post-mortem en la especial «comunidad en el sentimiento del honor y la intimidad difícil a veces de individualizar». Respecto al derecho a la intimidad nos indica que; «la **violación del derecho a la intimidad sólo** puede suceder **en vida de las personas**», recurriendo a la figura de la intimidad familiar para justificar su defensa post-mortem.

También dentro de esta corriente, la de considerar que los derechos de la personalidad se han de extinguir tras morir su titular, por la propia fuerza de las cosas, por el verdadero sentido de los mismos, encontramos algunas explicaciones que intentan descifrar el por qué de que estos derechos, que se consideran extinguidos, motiven una protección jurídica post-mortem, la que quiera que sea. Situando esta defensa íntimamente ligada a la "pietas familiar" encontramos a IGARTÚA[150], cuando nos dice claramente que; «los derechos de la personalidad se extinguen con ésta (con la muerte) y habrá que buscar otra explicación para su protección civil post-mortem. Ésta es, probablemente, como mantuve en mi tesis doctoral, *el deber recíproco de protección existente entre los miembros de la misma*»[151].

Así mismo, desde el punto de vista del estudio del derecho a la imagen en concreto podemos encontrar algunos autores que se detienen a explicar el por qué de la protección de la imagen si previamente se ha extinguido. La mayor atención al derecho a la imagen post-mortem, en relación a los otros dos derechos regulados por la LO. 1/82 puede motivarse por dos razones. La primera es que tras el fallecimiento queda entre nosotros siempre el soporte físico en el que el derecho se plasma (retratos, cuadros, imágenes, etc.), tanto en vida como post-mortem. Otra razón la

---

[149] En; LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad; Jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1996, págs. 82 y 83 en la referencia al derecho al honor, y pág. 262 en la del derecho a la intimidad.

[150] Cfr. IGARTÚA ARREGUI, F., *La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona*, LL. 1990, I, pág. 1068.

[151] Ésta parece ser una de las razones básicas que mueve a los autores para fundamentar la protección. La especial relación de confianza que existe entre familiares legitimado y fallecido dañado es argumento tanto de alguna jurisprudencia como de la doctrina. No incidiremos aquí en ello, toda vez que al final del presente epígrafe dedicado al derecho español analizaremos la fundamentación de la defensa, y en ella se recogerá con detenimiento los autores que la basan en esta "pietas familiar" (epígrafe 3.1.3.2).

de la Exposición de Motivos opina que; «en ningún caso se admite que los sujetos fallecidos tengan un derecho a la propia imagen, derecho que **encuentra su fin con la muerte de su titular**, sino que únicamente cabe hablar de una "memoria" del fallecido». Posteriormente pasa a cuestionarse qué es la "memoria", y cita que en la doctrina europea la misma se protege tanto por; «el respeto a los sentimientos de su familia», como; «por el valor que tiene en sí misma la memoria de las personas fallecidas, en cuanto que constituyen un elemento de continuidad cultural»[156].

Para acabar, hemos de citar que existe una línea en ciertos autores, que es la de seguir textualmente la doctrina que encontramos en la Sentencia 231/88 del Tribunal Constitucional, considerando que el ámbito de protección que el derecho tenía en vida de su titular deja de existir cuando éste fallece. Hemos de situar esta línea dentro de la presente postura, ya que hemos de entender que lo citado ocurre por la propia naturaleza del derecho, que fue lo que motivó esta consideración del TC[157].

3.1.1.2.- Los derechos desaparecen por ser personalísimos.

Muy ligados al grupo doctrinal anterior encontramos otros autores que centran la trascendencia de la desaparición de los derechos en su carácter de personalísimos. Para estos autores la esencia está en que los derechos se encuentran íntimamente ligados a la propia persona que es titular del derecho, a la vida física de la misma. En palabras de MARTÍN BERNAL[158]; «...la atribución de la personalidad

---

[156] Y por desgracia ahí queda parado el análisis de la profesora AZURMENDI, ya que sigue el mismo exponiendo que; «la Ley de 1982 contiene referencias a ambos aspectos. La memoria de la persona fallecida se protege como una realidad jurídica que goza de cierta autonomía, y hay indicios que se trata también de una protección en aras a los sentimientos de la familia del sujeto muerto», pero no considera necesario realizar un análisis que llegue más allá. Creemos que para desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad una vez que han desaparecido, es necesario analizar con toda exhaustividad qué vinculación existe entre los familiares y el fallecido, y qué debemos entender por *memoria*, y cómo la misma se relaciona con los derechos de la LO. 1/82. Sobre todo ello abriremos sus correspondientes epígrafes posteriormente (epígrafe 4.2.1.1 y 4.2.1.2).

[157] Dentro de esta línea (que ya observamos también con anterioridad en PARRA LUCÁN, nota 146), siguiendo de manera casi íntegra los razonamientos de la citada resolución del TC encontramos a; SARAZA JIMENA, R., *libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1995, págs. 140 y ss.; o a VILALTA, A. Y MÉNDEZ, R., *Acción de protección civil del derecho al honor*, Barcelona, 1998, pág. 10. La STC. 231/88 será analizada justo a continuación en el epígrafe dedicado a esta postura en el TC.

[158] Vid. MARTÍN BERNAL, J., *Los derechos de la personalidad en la Constitución Española*, RGLJ, 1979, pág. 16.

que nosotros creemos debe estar **ligada a la existencia de la vida humana misma...**».

Así pues, si éste es el fundamento de la personalidad, los derechos de la misma surgen en el mismo momento del nacimiento del sujeto. Este aspecto tiene relación con el carácter de innato que ya estudiamos en el epígrafe de los caracteres de los derechos, en el que incidimos que en la actualidad el mismo ha evolucionado algo respecto a algunos de estos derechos, considerando que hoy en día se pueden considerar como innatos "en potencia" o "en expectativa". Este razonamiento sigue indicando que, ya que los derechos nacen motivados por la existencia física de la persona y van ligados a ella durante el transcurrir de la vida de su titular, se ha de considerar que, una vez que la persona fallece, por el mismo razonamiento el derecho también deja de existir.

Los autores que defienden esta postura son tajantes y, al igual que los que estudiamos con anterioridad, ven como natural la visión que hemos recogido en el párrafo anterior, y la derivan directamente de su razonamiento, sin dedicarle por ello mayor atención ni muchas líneas a fundamentarla. Así, entre otros autores[159], encontramos las palabras de CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ[160]; «los derechos de la personalidad **son personalísimos y se extinguen con la muerte**» (en una expresión ciertamente escasa y tajante). Respecto al derecho al honor, las de TORRES DULCE LINFANTE[161] son clarificadoras; «la persona fallecida no puede ser titular del derecho al honor **en cuanto derecho personalísimo que se extingue con la muerte**».

Por último, y en cuanto a la íntima ligazón que existe entre estos derechos y su autor, lo que los hace considerarlos como personalísimos, y por lo que han de desaparecer tras la muerte de su titular, nos interesa destacar la reflexión llevada a

[159] En esta posición, casi admitida de manera tácita podemos encontrar, junto a MARTÍN BERNAL, ya citado, a DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La protección de la personalidad en el derecho privado*, RDN. 1974, enero-marzo, pág. 51. La misma situación parece desprenderse de todo el desarrollo del extenso estudio en su tesis doctoral de IGARTÚA, ob. cit. nota 108. También lo apreciamos en; TOMÉ GARCÍA, J. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Madrid, 1987, pág. 211.

[160] En CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J., *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, 1996, págs. 154 y ss.

[161] Lo que podemos apreciar en su reciente obra, centrada más en aspectos procesales que civiles; TORRES DULCE LINFANTE. E, (director); *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, 1999, pág. 138.

cabo por ESPÍN CÁNOVAS[162] que, refiriéndose a determinados aspectos del derecho moral de autor, en concreto a algunas de las facultades del mismo como; «la de modificar la obra o retirarla de la circulación pública»[163], estima que los mismos desaparecen precisamente porque; «Ambas (facultades) reflejan, como vimos, evoluciones de la personalidad del autor», ligadas a; «sus propias convicciones».

Nos parece muy interesante la reflexión, y la creo extrapolable a los autores contenidos en este apartado, ya que es esa especial relación con la forma de ver la vida y con las convicciones interiores más trascendentales de cada uno la que hace que los derechos se consideren personalísimos, y de ahí los mismos defienden que se extinguen post-mortem.

3.1.1.3.- Los derechos desaparecen por la redacción del artículo 32 del Código Civil.

Esta argumentación se nos presenta como una de las aparentemente más interesantes y sólidas (siempre según nuestra opinión) de los autores que le niegan a los derechos de la personalidad la posibilidad de existir tras el fallecimiento del titular, por lo que la trataremos con cierta atención en el presente epígrafe, y la retomaremos con posterioridad[164].

Ya expusimos que históricamente el artículo 32 del Código ha servido como fundamentación de esta postura[165]. Su redacción; «**La personalidad civil se**

---

[162] Vid. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, 1991, págs. 122 y ss.

[163] Nos remitimos al epígrafe dedicado al estudio del derecho moral de autor, en el que especificábamos las razones del por qué considerábamos que el mismo era derecho de la personalidad, y tras ello, desarrollábamos que, tras la muerte de su titular, ciertas facultades del mismo seguían existiendo plenamente y otras desaparecían.

[164] Como hemos dejado claramente acreditado hasta ahora, nuestra opinión personal no es muy cercana a todos los autores que estamos analizando en estos epígrafes. Ya cuando estudiamos la situación de cada uno de los derechos autónomamente reflejamos que estimábamos que la salida que para estos derechos ha tenido la doctrina hasta hoy en día no nos parecía la más adecuada. Tras el desarrollo de todas las posturas que en la actualidad existen sobre los derechos de la personalidad expondremos cuál es nuestra opinión, y la fundamentaremos con todo el detenimiento posible. Si aquí opinamos que esta argumentación contraria a la nuestra nos parece una de las más sólidas de la doctrina, no podremos por menos que retomarla en dicho momento y analizarla a la luz de la toma de posición que adoptemos (ver epígrafe 6.9 de esta Sección).

[165] En este epígrafe no recogeremos ninguna de estas posturas históricas, ya que ya abrimos un apartado sobre ello al que nos remitimos. Aquí nos centraremos en algunos de los autores más cercanos a nosotros que se sitúan en esta órbita, los que tienen argumentaciones más interesantes, y se

extingue por la muerte de las personas», ha dado pie a muchos estudiosos a exponer que, ya que los derechos de la personalidad dependen de ésta, se había de aplicar sin dudas el texto de la citada regulación para fundamentar la desaparición de estos derechos post-mortem. Quizás sea la sencillez y el carácter de "directa" de esta fundamentación la que provoca que nos parezca una de las más sólidas de esta postura, y con ello quizás, una de las más difíciles de rebatir.

Los estudios de los autores que citan esta regulación son también ciertamente numerosos. Aquí recogeremos pocos de los que recogen el artículo 32 por las razones antes explicadas, pero sí que nos detendremos en algunos que ofrecen unas visiones interesantísimas. Ya en 1976 BERCOVITZ[166] deriva naturalmente y sin aparente gran esfuerzo que gracias a dicho artículo; «Se extinguen, pues, todas las relaciones personales», entre las que evidentemente sitúa a los derechos de la personalidad.

En una época más cercana a la nuestra algunos autores también desarrollan esta idea derivándola de una manera lógica. Para CREVILLÉN SÁNCHEZ[167] en relación a los derechos de la LO. 1/82; «Respecto de este punto la primera cuestión que puede plantearse es si una persona, después de fallecida, continúa teniendo derecho al honor y la respuesta que, **en base al artículo 32 del Código Civil,** habría de darse es que **una vez extinguida la personalidad,** *que es la base de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen,* **también se extinguen dichos derechos**», fundamentando la protección que la Ley le da al derecho[168] en que los familiares pueden actuar «en la medida en que se han visto afectados», como «fiduciarios de defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido». Como vemos, otro autor favorable a la fundamentación a través de la "pietas familiar".

Un interesantísimo trabajo sobre la fundamentación de esta defensa y sobre lo difuso que en nuestro derecho se presenta la situación de los derechos de la

---

basan principalmente en el artículo para defender la postura, ya que para nada interesa dejar aquí reflejados todos y cada uno de los que han citado el artículo 32 del Código Civil en sus trabajos, que como podemos entender son muchos de los citados hasta ahora en el presente epígrafe, y de los que seguiremos citando.

[166] En BERCOVITZ, R. y RODRÍGUEZ CANO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 168.

[167] Cfr. CREVILLÉN, ob. cit. nota 117, págs. 54 y ss.

[168] Ya recogimos justo en el epígrafe anterior, el 2, que éste es uno de los autores (como prácticamente todos) que opinaba que estos derechos eran dignos de protección con toda la intensidad.

personalidad post-mortem[169] es el de BUSTOS PUECHE[170]. El autor se plantea en su trabajo varias de las dudas que aquí dejamos indicadas en el planteamiento de la legislación española actual[171]. Inicia su reflexión situándose en la postura del presente epígrafe, ya que tras autocuestionarse si los difuntos pueden tener derechos de la personalidad, recogiendo el artículo 32 del Código Civil, opina que; «Es **claro que la conceptuación** como derechos subjetivos de aquellos (de los derechos de la personalidad), nos ha de llevar a una respuesta **negativa**. Así como el nacimiento determina la personalidad y, seguidamente, la capacidad jurídica (arts. 29 y 30 C.c.), que permite la titularidad de derechos, **la muerte extingue la personalidad (art. 32 C.c.)**, lo que significa la extinción de los derechos, de todos. Por tanto, **el difunto no tiene derechos**»[172].

Sigue el análisis, y tras exponer por encima los términos de la LO. 1/82 respecto el ejercicio por los familiares de la defensa de estos derechos, se hace la reflexión aquí expuesta; «Tratándose de derechos personalísimos[173], no se explicaría bien que el derecho perteneciera a uno –el difunto- y, en cambio, la acción protectora que deriva del derecho se ejercitara por otro[174]. Pero **todavía sería más difícil de entender** que *si el difunto ya no fuera titular del derecho* –es decir, no existe el derecho- **otra persona ejercite una acción derivada de un derecho extinguido**, y, por ende, inexistente»[175].

---

[169] De las próximas líneas creo que podremos sacar argumentos a favor del gran interés que el tema tiene en la actualidad.

[170] En BUSTOS PUECHE, J., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, 1997, correspondiendo todo lo que recogeremos sobre el autor en este momento a las págs. 51 y 52.

[171] Para volver sobre cuáles eran esas dudas, me remito al epígrafe anterior, el 1.2 de esta Sección.

[172] Como vemos el autor plantea la cuestión y todo su libro desde el análisis de los derechos de la personalidad situados en una perspectiva global, lo que le da aún más interés a las reflexiones que desarrolla en el mismo.

[173] Aquí vemos algo que ya reflejamos con anterioridad, y es que muchos autores utilizan más de una argumentación para fundamentar su postura de la extinción. En el presente trabajo el autor utiliza tanto el artículo 32 como el texto de la LO. 1/82, como el carácter personalísimo de estos derechos para asentar que los mismos desaparecen post-mortem.

[174] Contradicción ya señalada anteriormente por nosotros.

[175] Para nosotros ésta es la duda esencial que nos plantea el estudio de este tema, la contradicción básica en la que incurre tanto legislación como doctrina, y en la que no repara ninguna de las dos. Nos atreveríamos a decir que éste es casi el único trabajo en el que vemos claramente formulado el conflicto que existe entre estas dos realidades, que la acción de protección se derive de un derecho que

Termina el desarrollo de su planteamiento optando por la fundamentación de la "pietas familiar" de una manera muy gráfica; «*Quizás*, la explicación esté en que, desde luego, **hay derecho**, único modo de aceptar el ejercicio de la acción procesal que trae causa de aquél, **pero que pertenece a quienes la ejercitan**. Ha sido el honor o la intimidad de éstos el vulnerado por los ataques del demandado, los cuales, aún cuando fueran dirigidos contra el fallecido también han afectado a los parientes que accionan. *La explicación tiene puntos débiles*, pero parece la más solvente».

Acaba el propio autor su interesante reflexión admitiendo que la salida puede no ser ideal, pero que en la actualidad le parece la única posible. Nosotros intentaremos aportar otra, siempre condicionada por lo dificultoso del tema debatido.

3.1.1.4.- Los derechos desaparecen por la regulación de la LO. 1/82.

Por último, antes de centrarnos en aquellos autores que parecen algo contradictorios en sus planteamientos[176], queremos señalar que también existen algunos autores que basan sus estudios únicamente en el desarrollo de los preceptos de la regulación. Estos autores no reflexionan sobre sus fundamentos, y poco o nada nos pueden aportar para analizar el por qué de la desaparición del derecho. En sus trabajos, con una mayor o menor extensión y atención, se limitan a desarrollar lo contenido en la LO. 1/82, artículo por artículo o concepto por concepto, especificando los extremos de la misma[177].

---

previamente se considera como extinguido. Esta contradicción se observará perfectamente en el próximo epígrafe 3.1.1.5.

[176] Para nosotros el trabajo de BUSTOS PUECHE recogido justo con anterioridad no lo podemos considerar como contradictorio desde el concepto de tal que usamos en el presente estudio (afirmación de una cosa y admisión de otra), ni mucho menos. Quizás se podría decir que el mismo, a lo sumo es algo "dubitativo". El autor se posiciona claramente en la postura que opina que los derechos de la personalidad desaparecen tras el fallecimiento, e incluso utiliza más de un argumento para apoyarse. Lo que sí que hace es dejar constancia de la contradicción que se da en otros razonamientos (como los que desarrollaremos en el siguiente epígrafe), y, ante esta contradicción, y en un enorme ejercicio de honradez y honestidad, deja entrever las dudas que le provoca la única salida que ve posible para esa situación.

[177] Lo que no quiere decir que dichos trabajos sean incompletos o poco profundos, sino sólo que optan por no pronunciarse sobre el por qué de esta postura. Es más, en los mismos generalmente se aprecia que la expresa voluntad de estos autores es la de exponer y desarrollar únicamente lo preceptuado en la Ley, sin entrar en más disquisiciones de fondo sobre las materias que la misma dispone.

Como reflejamos, estos autores no argumentan el por qué de la extinción, pero sí se sitúan claramente en la misma línea que "oficial" y "expresamente" defiende el legislador, la desaparición de los derechos, y cuando desarrollan sus trabajos, para opinar sobre el tema que nos ocupa, es decir, sobre si los derechos siguen o no post-mortem, incluso recogen textualmente la Exposición de Motivos. Por ello, aunque no desprendamos de estos trabajos cuál es el argumento que desarrollan, estos autores[178] sí que se sitúan claramente en la corriente doctrinal que desarrolla este apartado, la de que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte de su titular, justificando su posicionamiento en que siguen los preceptos indicados en la LO 1/82.

3.1.1.5.- Posturas contradictorias.

El análisis de este subepígrafe se nos presenta ciertamente apasionante. En él hemos situado a los autores que en sus trabajos, en un principio, manifiestan expresamente que su opinión es la de la extinción de los derechos. Pero a pesar de que se expresan así en la textualidad de sus escritos, del análisis que aquí realizaremos obtendremos una visión no tan nítida de su postura, debido a que, tras esta afirmación, en estos autores encontramos expresiones que dejan abierta la posibilidad de que los derechos se protegen, sigan existiendo, o no desaparezcan "del todo" tras el fallecimiento de su titular.

Entrando en las contradicciones de los textos, en algunos casos en estos estudios, una vez que se defiende la desaparición de los derechos, en el desarrollo de la explicación de la regulación contenida en los artículos 4 a 6 de la LO. parece desprenderse que lo que realmente se defiende es el derecho del fallecido[179]. En otros

---

[178] Entre estos autores podemos citar, por orden temporal en la publicación de sus estudios a; CASTÁN T., J., *Derecho Civil español, común y foral, T. I Vol. II*, Madrid, 1957, 14 edición, 1982, pág. 404; ; MARÍN PÉREZ, P., *Derecho civil, T I. Derechos de la personalidad*, Madrid, 1985 pág. 113; LETE DEL RÍO, J., *Derecho de la persona*, Madrid, 1986, pág. 208; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *El derecho a la propia imagen, hoy*, en la obra homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, V. II, ciudad y año, pág. 239; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1989, págs. 366 y 377; HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, Intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, págs. 258 a 263; MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, 1993, pág. 42; o a MONTÓN GARCÍA, M., *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión*, LL., 1995-I, pág. 886.

[179] Ya hemos titulado el epígrafe como de posturas contradictorias, que es lo que se desprende de la afirmación que acabamos de sostener. En esa elaboración jurídica hay una contradicción expresa que ahora trataremos de poner de manifiesto; primero se comenta que los derechos desaparecen y después

casos, tras afirmarse partidarios de esta opinión de desaparición del derecho, el autor estima que tras el fallecimiento quedan determinados vestigios de la personalidad, que si bien en algunos casos no se concretan, en otros sí, y cuando esto sucede, poca diferencia existe entre los vestigios y la propia personalidad en vida de su titular. Pasemos a analizar a cada uno de los autores que encontramos dentro de estos ambiguas posiciones.

El primer estudio que traeremos a este lugar es para nosotros paradigmático, por tratarse de uno de los primeros (y pocos) que se dedica en nuestro derecho a estudiar de manera prácticamente monográfica el tema central de la presente tesis doctoral. Éste, del año 1990, es el de YSAS SOLANES[180]. Comienza el trabajo, dedicado íntegramente a analizar la protección de la memoria del fallecido en la LO. 1/82, con un estudio del desarrollo de la propia Ley. En el mismo, de manera expresa sigue la opinión de la Exposición de Motivos, y de los autores de este epígrafe[181], cuando vemos que plasma frases como; «La LO. 1/82 protege la memoria del fallecido. **Se protege *la memoria*** que es lo que resulta dañado, **no al fallecido, que ya no existe y no tiene derechos**», o como la de que; «**El causante pierde todos sus derechos y bienes con la muerte**»[182].

Antes de dejar claramente señalada la contradicción que se desprende de su trabajo, ya observamos una frase que podríamos considerar como "extraña" (al menos dentro de la filosófica de la desaparición) cuando, tras la primera de las recogidas justo ahora nos dice que «Generalmente se admite que ***para algunos derechos la protección se prolonga más allá de la muerte***, así, el **cuerpo**, el **nombre**, la **imagen** y la **voz**, la **vida privada** y el **honor**»[183]. En esta frase vemos que se acepta la protección post-mortem de todos los derechos de la LO. y alguno más de la personalidad –como el cuerpo-. De esta frase interpretamos que se refiere a

---

que los mismos derechos se defienden, y aplicando la lógica, si los derechos hubieran desaparecido ya no se prolongarían.

[180] En su trabajo; YSAS, ob. cit. nota 110.

[181] Y por ello situamos este trabajo aquí, en los autores que dicen que los derechos desaparecen, y después de su texto se puede desprender lo contrario, y no en el de los autores de los que se puede desprender que los derechos no se extinguen a la muerte de su titular, aunque, como veremos, del texto de este trabajo más se pude desprender que se sigue esta opinión que la de la extinción.

[182] Podemos observar ambas frases en su trabajo, YSAS, ob. cit. nota 110, págs. 793 y 795.

[183] Vid. YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 793. De aquí se derivaría que el derecho se protege, que la protección del mismo se prolonga.

los derechos del fallecido, no de sus familiares, y justo antes ha expresado que los derechos han desaparecido, aunque esta contradicción, como vimos en el desarrollo de la regulación, se ha de situar muy en la línea de la LO 1/82 de 5 de mayo.

Sigue el trabajo con lo verdaderamente significativo para nuestro estudio. En el mismo se analizan cada uno de los derechos por separado, exponiendo cómo le afecta a cada derecho esta protección post-mortem. Pues bien, cuando habla del honor nos dice que; «**El honor del fallecido puede verse afectado, igual que el de una persona viva**»[184]. Cuando trata la imagen; «Con los ejemplos citados, está claro que **la apropiación de la imagen de una persona puede suceder tanto si se trata de una persona viva como muerta**»[185]. Y por último, cuando habla de la intimidad, que denomina vida privada; «El plazo de **protección de la vida privada del fallecido después de su muerte**, ha de ser relativamente breve» o que «En nuestro ordenamiento la LO. 1/82 **protege la memoria** del fallecido **y** con **la vida privada** por un plazo muy largo»[186].

Como colofón, y por si teníamos alguna duda sobre lo que implícitamente se admite en este trabajo, también encontramos en él que; «En definitiva, **el objeto de la protección es el honor, la intimidad y la imagen *del fallecido***[187], con las matizaciones hechas, **derechos de la personalidad** y por tanto extrapatrimoniales, irrenunciables e intransmisibles»[188].

Como vemos, la autora admite explícitamente que los derechos que se protegen son los del fallecido. No cita que se protejan los de la familia (aunque admita en otro momento que también se pueden ver afectados), ni la memoria, sino que admite expresamente que los derechos que se ven afectados por las intromisiones son los del honor, imagen e intimidad de la persona fallecida. Y si se admite la protección del derecho es porque existe, o porque como mínimo, hay una realidad muy similar al derecho que existe y que no ha desaparecido con la muerte de su titular.

---

[184] Vid. YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 809.

[185] Vid. YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 811.

[186] Vid. YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 813.

[187] La cursiva es de la propia autora, que parece así querer incidir en que se trata claramente de los derechos del fallecido. Las negritas son nuestras, y buscan esencialmente incidir en las expresiones que tratan los derechos de la personalidad una vez muerto su titular.

[188] Vid. YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 803.

La contradicción que aquí dejamos señalada (y hemos estudiado con gran atención este trabajo por su interés para nuestra tesis doctoral) no es única[189] y creemos que la misma se puede derivar (precisa y paradójicamente) del adecuado y atento estudio de la LO., porque como dejamos indicado cuando desarrollamos su texto, creemos que en el espíritu de la Ley, y de su propia redacción, podemos deducir que implícitamente la misma considera que el derecho sobrevive a la persona, aunque explícitamente declare que se extingue, lo mismo que encontramos en el trabajo de esta autora.

También en esta línea se sitúa el profesor PLAZA PENADES[190]. Referido *únicamente al derecho al honor, en el inicio de la explicación* de la LO. 1/82 defiende que; «El hecho de que el **honor** sea un derecho de la personalidad lleva consigo **su extinción por la muerte** o declaración de fallecimiento»[191]. Hasta aquí, y en el tratamiento general de la LO. no hay ninguna afirmación que se salga de esta postura. Sin embargo, cuando estudia la jurisprudencia del TC. habla que en la misma lo que se alega es que existe; «una lesión al honor o intimidad de personas vivas, aunque tal lesión pueda encontrar su base en **un ataque al honor o intimidad de una persona fallecida**, siempre que con ésta se hubiese mantenido una estrechísima relación personal o familiar»[192]. Pero el momento trascendental de esta obra para nosotros, en el que parece dejar su opinión es cuando, en una nota, tras citar a los legitimados por la regulación para actuar, y a pesar de lo que defendió con anterioridad, especifica que; «En todo caso, debe tenerse presente que **el honor que se defiende es el del fallecido**, y no el de la persona que acciona el proceso»[193].

[189] De hecho en este epígrafe veremos más autores en los que se puede apreciar la misma contradicción en sus trabajos, y en el momento en el que estudiemos a las posturas que defienden que los derechos existen también veremos autores que lo hacen desde una posición algo ambigua. Estos trabajos podrían ir encuadrados en este epígrafe o en el dedicado a las posturas favorables a la defensa. Al respecto también consideramos opinable dónde insertar el trabajo que estamos analizando, ya que del mismo, nosotros desprendemos claramente, como hemos visto de las últimas afirmaciones que, respecto de cada derecho en concreto la opinión es que los mismos existen post-mortem. Hemos situado aquí a la autora debido precisamente a que en sus formulaciones "expresas" se postula por la desaparición del derecho.

[190] Encontramos esta contradicción en varios momentos de su obra; PLAZA PENADES, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996.

[191] Vid. PLAZA, ob. cit. nota 190, pág. 57.

[192] Vid. PLAZA, ob. cit. nota 190, pág. 60.

[193] Vid. PLAZA, ob. cit. nota 190, págs. 59 y 60, nota 87.

Como vemos, también hemos de considerar que lo que opina "realmente" el autor es que el honor del fallecido no se extingue post-mortem, y que es el derecho que defiende, aunque anteriormente se manifieste a favor de la postura mayoritaria de la extinción[194].

El profesor HERRERO TEJEDOR, en una reciente obra de 1998[195] estudia el derecho a la intimidad[196], y en este estudio, tras admitir, siguiendo a la STC. 231/88, que; «si los derechos fundamentales derivan de la dignidad de la persona, **cuando ésta fallece, desaparece el objeto mismo de protección**», después recoge que; «Ahora bien, una cosa es la titularidad y otra el ejercicio de los derechos. *Ya sin el carácter de derecho fundamental*, la LO. 1/1982 permite el ejercicio de acciones **de protección civil de la intimidad de las personas fallecidas**»[197]. Así pues, para el autor, el derecho a la intimidad no desaparece a la muerte de su titular. Lo que desaparece es su carácter fundamental, y éste sigue existiendo (sin dicho carácter, pero no sabemos con cuál, ya que para nosotros el derecho a la intimidad SIEMPRE es un derecho fundamental) y se protege post-mortem.

Esta postura, por lo tanto, nos provoca una duda inmediata. ¿En qué momento tiene el derecho a la intimidad una existencia en el sistema jurídico español en el que no se le considere derecho fundamental?. En toda la doctrina española el derecho a la intimidad es un derecho fundamental, y sobre ello no hay discusión[198], como a lo mejor sí la podríamos encontrar con otro derecho[199].

---

[194] Somos conscientes de que la expresión de que el autor "realmente" opina una cosa cuando "expresamente" expone otra en su trabajo no es de lo más acertada, pero no encontramos otra manera de expresar la impresión que desprendemos del estudio de estos trabajos, en los que los autores parecen defender dos ideas contrapuestas en el mismo tratamiento de esta realidad. Quizás éste no es más que un síntoma, una muestra de lo interesante de nuestro tema en la situación doctrinal patria actual, así como de lo complejo de su tratamiento.

[195] Señalamos con interés la fecha porque hemos de recordar que ya recogimos (nota 178) un estudio del mismo autor del año 1990, en el que éste se situaba dentro de los autores que desarrollan la idea de la extinción de los derechos exponiendo básicamente lo que en la actualidad establece la regulación de los derechos.

[196] En su obra; HERRERO TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998.

[197] Vid. HERRERO, ob. cit. nota 196, conteniéndose las dos citas en su pág. 80.

[198] Se puede apreciar claramente en el estudio que desarrollamos en la presente tesis doctoral sobre el derecho a la intimidad (Vid. epígrafe 3.3 del primer capítulo de esta segunda parte). Toda la conceptualización del mismo en nuestro derecho, tanto desde el punto de vista legal, doctrinal o jurisprudencial, lo considera como derecho fundamental.

[199] Sí que ya hemos comentado que esta discusión ha existido en cuanto al derecho a la imagen, por las posibles connotaciones económicas de su explotación comercial, en la que algunos autores opinan

Creemos por ello (y es aquí el momento de exponerlo), que si lo que se defiende es el derecho a la intimidad de los fallecidos en el ámbito civil ha de ser necesariamente dentro de la concepción de fundamental del mismo, sin que podamos dejar de hacer notar la contradicción que la Sentencia del TC. 231/88 nos dejaría (que es la de enviar la protección de estos derechos al ámbito civil, vetándoles la del constitucional, contradicción que, como veremos con posterioridad, las sentencias posteriores la evitan).

Este envío a la protección civil es contradictorio en nuestro sistema jurídico, ya que no es posible que unos derechos que traen su origen del artículo 18.1 de la Constitución queden, en su situación post-mortem, protegidos por el ámbito jurisdiccional civil y no por el constitucional, que es del que se deriva su existencia. Si se considera que no se protege el derecho de la personalidad post-mortem, bien. Pero si se admite su protección en el ámbito civil no se puede desentender el máximo intérprete de nuestra Carta Magna de darle la protección que se desprende del propio artículo 18.1 de su texto[200]. Sobre este asunto abriremos un epígrafe tras exponer la situación de esta postura en nuestros Tribunales Constitucional y Civil.

Por último, dentro de estos autores en los que observamos alguna contradicción podemos encontrar a LACRUZ[201], aunque el mismo invierte el orden que anteriormente habían tenido otros trabajos. Comienza su estudio de la protección post mortem del derecho señalando que; «La **protección civil** que dispensa esta Ley al honor, la intimidad y la imagen **alcanzan incluso a los de una persona fallecida**». Y aunque después sigue textualmente la regulación, y parece opinar que estos derechos se defienden porque lo que queda vigente es la memoria[202]; «aun

---

que ese aspecto del mismo se ha de aplicar el derecho de la contratación y no el de la personalidad. Al respecto ya indicamos que la LO. 1/82, la única que regula el derecho a la imagen en nuestro sistema jurídico, contempla todos los aspectos de la misma, incluso los de su explotación (recordemos los efectos del consentimiento), dentro de su determinación como derecho fundamental.

[200] De hecho en el mismo texto de HERRERO que estamos analizando (pág. 81) se expone que; «No existen casos en nuestra jurisprudencia constitucional de ejercicio de acciones de protección civil en **defensa de la intimidad personal de un difunto, en contra de lo que sucede con el honor** (SSTC. 190/1997, 123/1993, 178/1993 y 214/1991)» –todas ellas serán estudiadas con detenimiento-. No se puede defender, con la conexión que existe entre todos los derechos de la personalidad que el honor tenga protección constitucional y que la intimidad no. De hecho, analizaremos sentencias del TC., como las 171/90 y 172/90, en las que se estudia, se aprecia y se condena por ello, la lesión de la intimidad de una persona fallecida.

[201] En LACRUZ BERDEJO, J., *Instituciones de derecho civil,* T I, Vol. II, Barcelona, 1998, pág. 100, a la que pertenecen todas las citas de esta página.

consciente el legislador que "*la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad*», cuando nos habla de la realidad que se protege sigue refiriéndose a que; «En el caso que ahora contemplamos (**lesión del derecho al honor, intimidad o imagen de persona fallecida**, *ocurra antes o* ***después de su muerte***...)». Así pues, también hemos de situar al profesor LACRUZ dentro de aquellos autores que, si bien explícitamente se postulan por la desaparición del derecho, implícitamente aceptan que siga existiendo, toda vez que se siguen protegiendo[203].

Pero ya adelantábamos al inicio de este apartado que estos estudios no son del todo claros ya que en ellos, tras exponer que los derechos desaparecen, sus autores defienden que tras la muerte, y relacionados con la personalidad, quedan determinados vestigios o restos de la misma, que en algunos casos definen y concretan, y que en otros no. Hemos de tratar con detenimiento, tanto estos vestigios, como los restos que contienen los mismos, y analizar cómo se relacionan los mismos con los derechos de la personalidad.

GITRAMA[204] fue el primer autor que en su momento inició esta corriente. En su estudio sobre el derecho a la imagen[205], cuando estudia si el mismo es intransmisible mortis causa o no, afirma claramente que; «*Con la muerte del sujeto se extinguen sus derechos personalísimos*; no son transmisibles a los herederos».

---

[202] Si bien es cierto que, al igual que muchos otros autores, tampoco define lo que es la memoria desde el punto de vista jurídico, y la relación que tiene con los derechos protegidos en la LO. 1/82.

[203] Con este autor finalizamos aquellos trabajos en los que se dice expresamente que los derechos desaparecen, pero implícitamente se alega que los derechos defendidos son los del fallecido. Una vez explicados estos autores –y recordemos que la LO. 1/82 hacía lo mismo- hemos de citar que para el gran maestro GITRAMA dicha contradicción no es demasiado importante, ya que en su obra; GITRAMA, ob. cit. nota 178, pág. 239, nos dice, sobre esta forma de escribir que, «Observemos la donosa expresión "derechos del fallecido", que debe entenderse como derechos que corresponderían al fallecido si viviera».

No creemos que se deba tomar esta contradicción tan simplemente. Si la LO. dice que se defienden los derechos del fallecido, y tras ella también la doctrina emplea dicha expresión, opinamos que no "debería entenderse otra cosa", sino que debe entenderse lo que se dice, ya que si se habla de los derechos del fallecido se refiere a los mismos que el fallecido tenía mientras vivía, que son vulnerados tras su muerte ya que este fallecimiento no los ha extinguido completamente. Esta idea la desarrollaremos en el epígrafe 6.6 de la presente Sección.

[204] Vid. GITRAMA, ob. cit. nota 101, pág. 337 en todo lo que aquí recogeremos. Lo señalamos como iniciador de esta postura porque su obra es nada más y nada menos que de 1962.

[205] Por otro lado excepcional estudio del derecho a la imagen que, a pesar de la fecha de su publicación, ha supuesto siempre un punto de referencia importantísimo para quien estudia este derecho, y en cierto modo anticipó el sentido que veinte años después tendrían muchos aspectos de la actual regulación sobre este derecho.

Pero seguidamente, tras plantear que: «los herederos del difunto tienen el derecho –y aún cabe pensar que el deber- *de oponerse a la difamación de la memoria de aquél*», lleva a cabo la fundamentación básica de esta defensa, que es la que aquí nos interesa; «Es indudable que, *aunque la personalidad se extinga por la muerte*, ésta acaecida quedan **vestigios** relativamente importantes para merecer una protección jurídica: los **restos mortales**, la **memoria**[206], el **retrato**, las **obras literarias o artísticas** del difunto».

Así pues, deberíamos poder decir que para esta opinión la personalidad no se extingue "del todo", ya que existen algunas realidades que le sobreviven, y tienen, no se puede en ningún caso decir que no, una gran relación con la personalidad. Analizando los vestigios de los que se habla nos atreveríamos a decir aún más. El retrato y las obras literarias o artísticas son la plasmación física de los derechos a la imagen y de autor, y forman parte misma del disfrute del derecho[207]. Así pues, retrato y obra son partes integrantes de los propios derechos, al igual que los restos mortales, que son el aspecto físico del derecho a la integridad física post-mortem[208]. Analizando la postura de GITRAMA desde esta perspectiva, podemos considerar que a través de estos restos, tras la muerte de su titular, sobreviven los derechos de la imagen, de autor y de la disposición corporal, o al menos algo muy similar a esos derechos.

Otro autor que se postula en la defensa de que algo existe post-mortem es OCALLAGHAN[209]. Quizás con una menor claridad para nuestro tema que la del profesor GITRAMA pero, tras seguir la teoría mayoritaria de la extinción y

---

[206] Veamos cómo GITRAMA ya nombra en varias ocasiones a la memoria, *situándola ya aquí, en* 1962, como un elemento trascendental de la situación en la que queda personalidad tras la muerte de su titular, aunque tampoco elabore un desarrollo conceptual sobre lo que se supone que se ha de entender por ella.

[207] Defendemos esto porque si soy titular de estos derechos, yo dispongo, ejerzo y disfruto de mi derecho a la imagen a través de la decisión sobre el destino de mi retrato, de su sustento físico. Sólo lo ejerceré si puedo decidir qué hago con el retrato, lo publico, lo enseño, lo guardo, etc. Si no puedo decidir sobre ello, no ejerceré el derecho plenamente. Lo mismo, quizás más acentuado, se ha de decir del derecho de autor, que se plasma y desarrolla íntegramente a través de la obra que elabora el artista, manifestando con ella toda su capacidad creativa, y en su decisión sobre ella, su disfrute del derecho.

[208] Sobre el derecho a la integridad física, su relación con el derecho a la *disposición del cuerpo en* vida y post-mortem, ya hemos llevado a cabo un detenido estudio en el último epígrafe del anterior capítulo, sobre los derechos de la personalidad desde su esfera corporal, y a él nos remitimos ahora.

[209] En OCALLAGHAN, ob. cit. nota 107, págs. 72 y 73, correspondientes a todo lo aquí señalado.

preguntarse si sería lícito el ataque a la; «dignidad y consideración de una personalidad fallecida», como ya vimos, contesta que no[210].

En el fundamento del por qué nos cita dos posturas doctrinales. La primera es la de que las personas fallecidas; «no son personas, ni tienen derechos». La segunda, *contrapuesta* en cierta medida a ésta, aunque desde la perspectiva de la extinción, es la de que; «**Los valores de la personalidad dignos de protección** perduran más allá de la capacidad jurídica de la persona; el respeto a la persona del fallecido obliga a abstenerse de manifestaciones que la **rebajen y la desfiguren**», situando a los familiares como; «facultados en cuanto "fiduciarios"». Así pues, estamos en una situación similar a la de la anterior postura. Tras la muerte desaparecen los derechos, pero al mimo tiempo se declara que existe algo[211], que no sabemos qué es, pero que se ha de defender[212].

Finalizando con este extenso tratamiento de las posturas contradictorias, no muy claras en su desarrollo, en su reciente estudio sobre el derecho a la intimidad, CABEZUELO ARENAS[213] también admite la existencia post-mortem de alguna realidad, que si bien no define sí que nos atrevemos a asimilar a un derecho ya estudiado aquí. La autora, tras determinar que; «Es indiscutible que *las manifestaciones puramente personalistas de estos derechos se extinguen con la personalidad*», nos da varias claves sobre la pervivencia de algunas realidades.

Primeramente opina que los familiares, o los designados en testamento se encargan; «de defender ***la integridad moral*** **del de cuius**», lo que se ha de asimilar al derecho al honor[214]. Pero durante toda su exposición encontramos más defensas

---

[210] Vid. epígrafe anterior, nota 107.

[211] Al respecto hemos de hacer una consideración muy concreta. Si ese "algo" que existe está íntimamente ligado a que no se "Rebaje y desfigure" a la persona, ese algo que se protege está muy cercano al derecho al honor de la misma (y en este caso el autor habla de un fallecido), porque si no, no produciría este efecto perjudicial sobre la persona. Es más, este efecto negativo se produce en sociedad, y por lo tanto es asimilable al aspecto trascendental o social del derecho al honor, ya estudiado en su epígrafe correspondiente.

[212] Y esta indefinición se produce porque el autor establece que existen *valores de la personalidad* dignos de protección. Desde luego éstos no son tan asimilables a los propios derechos como lo eran los vestigios del profesor GITRAMA, pero al no definirse cuáles son estos valores, lo que hemos de interpretar es que los mismos, como mínimo, tienen una estrecha relación con los derechos de la personalidad mientras el sujeto estaba vivo.

[213] Vid. CABEZUELO ARENAS, A. *Derecho a la intimidad*, Valencia, 1998, en sus págs. 378 a 381.

implícitas de la pervivencia de estos derechos. Así, se ha de buscar la reparación de la «vejación dirigida **contra el *buen nombre* de quien ya no puede defenderse por sí mismo**»[215], o que se; «intenta evitar que, **tras la muerte de un individuo**, se produzcan con mayor facilidad y casi con impunidad, **ataques contra bienes de la personalidad** que, en vida, habrían generado la reacción de quienes lo padecieron».

Pero si seguimos el desarrollo de este trabajo, su momento más interesante para el objeto central de nuestro trabajo es cuando el mismo afirma que; «Se le encomendaría al designado la tutela *de unos intereses de corte estrictamente personalista*, que se concretan en el deseo de no ser escarnecidos cuando ya no podamos defendernos, o en la exigencia de **que tras nuestra muerte se sigan preservando nuestra imagen e intimidad** en la medida en que no se hallen justificadas ciertas concesiones sobre las mismas»[216]; Así pues, se protegen derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

Con todo lo aquí señalado dejamos ya referidos todos los estudios en los que, a pesar de defender explícitamente que los derechos de la personalidad desaparecen con la muerte de su titular, implícitamente se deja abierta la existencia y la protección post-mortem de los derechos de la personalidad del fallecido[217].

---

[214] Para nosotros *integridad moral* se debe asimilar sin ningún género de dudas al aspecto social del honor, ya que tiene con el mismo una íntima relación. Ambos son prácticamente la misma cosa, ya que la integridad moral se considera aquí como la percepción que en la sociedad existe del honor.

[215] ¿Y qué podemos señalar con respecto a *buen nombre*?. Éste es, evidentemente, el concepto que en sociedad se tiene sobre una persona; es decir, el aspecto social del honor.

[216] Esta reseña para nosotros es la definitiva para considerar que la autora admite tácitamente que tras la muerte hay derechos, ya que si señala textualmente que se preservan «nuestra *imagen* e *intimidad*», suponemos que se refiere a los mismos que el fallecido tenía en vida.

[217] No obstante referir que ya hemos expuesto a todos los autores que se sitúan en una postura un tanto ambigua, no queremos dejar de citar un estudio que parece que iguala el derecho a la imagen tras la muerte de su titular a la concepción que del mismo se tenía durante su vida. Así, CARRILLO, M., *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental*, RJA., nº 18, 1994, pág. 25 expone que; «Igualmente carecen de este derecho las personas fallecidas, en la medida que la personalidad se extingue con la muerte, por lo que *las acciones de protección sobre el derecho a la propia imagen de la persona en vida*, corresponderán en su caso, a quien ella haya designado al efecto en su testamento». No obstante, no es éste un texto muy claro, y quizás lo que buscaba señalar en el mismo era hablar en la parte en cursiva de la persona tras su muerte, pero nos interesa dejarlo aquí, al menos, señalado.

3.1.2- Situación jurisprudencial.

La situación que se da en nuestra jurisprudencia sobre los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular se presenta ciertamente interesante para todo el que se acerque a este tema, gracias a la falta de concreción que ya hemos apreciado en la regulación[218]. Así, por la vía del estudio de la jurisprudencia podremos aportar más luz a diversos aspectos oscuros de la legislación, y más concretamente a la fundamentación de la defensa post-mortem de estos derechos, por lo que pondremos el máximo interés en desentrañar la doctrina que al respecto se ha de desprender de las sentencias de nuestros más altos tribunales.

Aquí iniciaremos este estudio con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que defiende que los derechos desaparecen (que, contra la opinión de algunos autores que ya citaremos, no es toda la de dicho Tribunal). El estudio se centrará en la STC. 231/88, que es en la que este Tribunal condensa toda la opinión defensora de la extinción de los derechos de la personalidad tras la muerte de la persona[219].

Posteriormente trataremos las resoluciones del Tribunal Supremo que se sitúan en esta misma perspectiva, y vamos a poder obtener de alguna unas conclusiones muy positivas, sobre todo en relación con aquellas posturas doctrinales que calificábamos como contradictorias, ya que en algunas resoluciones también encontramos los mismos conflictos comentados en ellas[220].

Por último, en el presente epígrafe abriremos un apartado ciertamente interesante, y es el dedicado a la relación que tiene en nuestro derecho la protección post-mortem de estos derechos desde el punto de vista constitucional y desde el civil, un tema sobre lo que ya dejamos algo indicado[221]. Las resoluciones que se sitúan en

---

[218] Analizamos en el primer epígrafe de este capítulo las contradicciones y falta de claridad que experimenta la regulación de la LO. 1/82, por lo que allí nos remitimos.

[219] Ya comentaremos que la opinión de que esta resolución es prácticamente la única del TC. de la que se desprende la extinción de los derechos no es la que se puede obtener del estudio de la doctrina española, que recoge esta resolución como la básica para determinar que estos derechos desaparecen, en darle gran importancia a muchas otras del Tribunal Constitucional que nos pueden hacer dudar fácilmente de esta visión.

[220] Como veremos en el desarrollo de las sentencias del TS., alguna de ellas explícitamente sigue esta postura de la STC. 231/88, pero implícitamente defienden los mismos derechos de la personalidad del fallecido, como analizamos en las últimas posturas doctrinales vistas.

[221] Esta contradicción entre ambas defensas se centra en la afirmación que en numerosas ocasiones le observamos a la jurisprudencia (en especial a la resolución STC. 231/88), y que ya observaremos cuando la analicemos con detenimiento (de lo que ya dejamos algo indicado en el epígrafe dedicado a

la postura de admitir la existencia post-mortem de los derechos de la personalidad serán estudiadas en los epígrafes 5.1.2.1, 5.1.2.2 y 5.1.2.3.

3.1.2.1.- Tribunal Constitucional.

La doctrina del Tribunal Constitucional que fundamenta esta posición y que a la vez ha representado la base en la que se ha apoyado gran parte de la doctrina española para defender que los derechos de la personalidad desaparecen con la muerte, y que lo que por lo tanto se defiende es el derecho de la personalidad de los familiares supérstites, es la STC 231/88 de 2 de diciembre, que resuelve el conocidísimo, y ya tratado aquí caso "Paquirri"[222], de la que en este epígrafe estudiaremos con verdadero detenimiento sus Fundamentos de Derecho, en los que se asienta la base jurídica de esta postura.

Antes de desarrollar esta fundamentación, debemos incidir en que la actora (la viuda del torero fallecido), tras haber dictado el Tribunal Supremo su resolución basándose únicamente en el análisis del derecho a la intimidad, solicita amparo por no haber sido; «reconocidos los derechos a la *intimidad* y a la *imagen* de los familiares del torero fallecido»[223].

El TC, tras unos primeros fundamentos declarando su competencia a pesar de que el demandado estimaba que no se debía admitir el recurso precisamente por tratarse los derechos de una persona fallecida, inicia en el FJ. 3° a desarrollar el

---

las posturas de la doctrina calificadas de contradictoria). La misma es la de que la protección de los derechos de la personalidad post-mortem no pueden tener una dimensión constitucional, y que toda la protección que le ofrece la LO. 1/82 ha de ser necesaria y exclusivamente civil.

[222] Esta sentencia ya la tratamos en el epígrafe 3.2 del capítulo anterior, dedicado al estudio del derecho a la intimidad y en concreto a su situación post-mortem. Sin embargo, traemos aquí también los hechos que motivan la resolución, ya que es en este momento en el que la analizaremos con una mayor atención. Los mismos se centran en el intento de una empresa privada (en concreto de PROGRAFIC) de comercializar una cinta de vídeo sobre la vida y la muerte del torero Paquirri, sin consentimiento de ningún familiar del mismo, en la que aparecían imágenes de la cogida que sufrió en una plaza de toros (en Pozoblanco) y que le ocasionó la muerte, así como otras muy ligadas a la intimidad del torero, concretamente las que se tomaron dentro de la propia enfermería de la plaza momentos antes de que éste fuese intervenido quirúrgicamente para intentar salvar su vida. Admitida la demanda por intromisión en los derechos de la imagen e intimidad propios y del fallecido por los Juzgados de Primera y de Segunda Instancia, el Tribunal Supremo la desestimó, por considerar que las imágenes eran parte del espectáculo público al que el torero voluntariamente pertenecía, sentencia que en amparo fue anulada, con la fundamentación de que se había producido una intromisión en la intimidad de la esposa del torero fallecido.

[223] Vid. Antecedente de hecho 4°. Ya citamos en su momento que, a raíz del apartado seis del artículo séptimo de la LO. 1/82 se podía haber alegado que se produjo una «utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

aspecto central de su fundamentación. En ella se mezclan las consideraciones relativas a la intimidad y la imagen, lo que creemos un punto de vista erróneo, ya que parece considerarlos la misma cosa[224].

Posteriormente, tras admitir que la regulación (en concreto el artículo 4 de la LO. 1/82) permite la defensa de los derechos por personas distintas de su titular, entra en el análisis de la situación post-mortem de ambos derechos (posteriormente diferenciará entre uno y otro), en la que expone que;

> «Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos y **extinguida su personalidad** –según determina el art. 32 del Código Civil: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas»- lógicamente **desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional**, que está encaminada a garantizar, como dijimos *un ámbito vital reservado, **que con la muerte deviene inexistente***. Por consiguiente, si *se mantienen acciones de protección civil* (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) a favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, *ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo*. Por ello, y en esta vía, este Tribunal no puede pronunciarse *sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional*».

Como vemos, aquí se asientan varios principios. El primero es que gracias al artículo 32 del Código Civil se "extingue la personalidad", y con ello desaparece "el objeto de la protección constitucional". Así pues, el juzgador nunca dice textualmente que tras el fallecimiento de su titular desaparezcan los derechos de la personalidad, sino que desaparece su protección Constitucional. La explicación es que esta protección tiene como finalidad proteger "un ámbito vital reservado", y que evidentemente, tras la muerte, éste deviene "inexistente" [225]. Recapitulando, no se

---

[224] Ya expusimos en diversas ocasiones que este error, el de mezclar el análisis de los derechos parece una práctica muy habitual, tanto en la legislación, la doctrina como en alguna jurisprudencia. Aquí, la resolución del TC. expone que; «Los *derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar* reconocidos en el art. 18 de la C.E. *aparecen* como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, *derivados* sin duda de la "dignidad de la persona", que reconoce el art. 10 de la C.E., y que *implican* la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se *muestran* así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo». Como vemos, parece otorgar los caracteres de los derechos a ambos y, lo que es más grave, definirlos sin diferenciar para nada entre uno y otro, eludiendo el diferente concepto que de los mismos existe en nuestro derecho, y que ya desarrollamos en el capítulo anterior.

[225] Pero sí se dice que se extingue la personalidad. Quizás esta confusión de términos (se extingue la personalidad, pero no los derechos, que sí pierden su protección constitucional), es la que ha

dice en ningún momento que el derecho desaparece a la muerte de su titular (a pesar de que la doctrina recoge habitualmente la sentencia para apoyar esta doctrina), sino que se le limita al mismo su protección constitucional, negándosela, pero permitiéndole la protección civil.

Tras exponer que la protección que se le da a los derechos ha de ser «fuera del área de protección de los derechos fundamentales» desarrolla esta idea y la situación de cada uno de ellos. La resolución comienza con el derecho a la imagen;

> «En este aspecto, el "derecho a la imagen" que se invoca (y al que el demandante concede especial relevancia) es, en realidad, *el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, protegible, según la Ley 1/82 en vías civiles*, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho *que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo*, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aún cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales».

Por lo tanto, respecto a la posible violación del derecho a la imagen, el juzgador lo salva basándose en la diferenciación que alguna doctrina ha hecho sobre sus aspectos personalísimos y los patrimoniales, remitiéndose a que su posible protección sería civil, no constitucional. Para el Juzgador, por tanto, una vez fallecido el titular, este derecho sólo tiene un contenido patrimonial, y no personal, y se ha de proteger por la vía civil[226].

---

motivado a la doctrina a ciertas contradicciones y a estimar que el Tribunal opta por la extinción de los derechos de la personalidad.

[226] En el presente epígrafe estamos analizando la doctrina del TC. respecto a la extinción de los derechos, por lo que no puede ocupar el texto principal del mismo la reflexión que ésta nos provoca. Así pues, situamos en esta cita nuestra postura sobre esta posición del tribunal. Ya la hemos adelantado, pero es absolutamente necesario que la recojamos aquí, justo cuando exponemos la opinión contraria de nuestro intérprete constitucional. Ya hemos indicado que la LO. 1/82 no nos parece, como a parte de la doctrina, muy acertada, pero tampoco creemos que el juzgador tenga, en un Estado de Derecho, atribuciones para modificarla, lo que sólo debe hacer el legislador, sino para aplicarla, y lo que parece que aquí hace el juzgador es reinterpretarla.

En la LO. 1/82 se establece en el art. 1° que estos derechos tendrán protección civil frente a todo género de intromisiones de acuerdo con lo establecido en la misma, según su condición de derechos FUNDAMENTALES. Por lo tanto, como tal se han de entender TODAS las disposiciones que en esta regulación afectan a los derechos, y en el art. 7.6, como ya hemos dicho, se entiende que también son intromisiones los usos del derecho a la imagen; «con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga». Es por ello por lo que en su momento me decanté por incluir este aspecto (muy cercano al patrimonial) dentro de la concepción del derecho a la imagen como derecho de la personalidad, y por ello como derecho fundamental, porque así **expresamente** lo hace la legislación. Por todo lo referido no comparto que el Tribunal haya considerado la imagen post-mortem *únicamente* en su aspecto

aclara cómo se conjuga esta protección civil con la desaparición del derecho a tenor del artículo 32 del Código Civil.

El hecho de que ésta sea la resolución más citada en la doctrina no deja de ser curioso, pues si analizamos el resto de las resoluciones del Tribunal Constitucional que estudian las violaciones de los derechos de la personalidad de alguna persona fallecida (en esta estudia la imagen y la intimidad del fallecido, pero en otras se estudian estos derechos y también el del honor) NINGUNA de las mismas repite esta argumentación de que la inexistencia de un «ámbito jurídico de protección» provoque que sólo se puedan declarar ilícitas las intromisiones que afectan a personas vivas y no los que dañan el derecho del fallecido[232]. Sin embargo, a pesar de su trascendencia, estas otras resoluciones no han sido recogidas por la doctrina prácticamente en ningún trabajo[233].

Creemos que el generalizado recurso a esta resolución, eludiendo los demás, le ha privado hasta ahora a la discusión doctrinal de interesantes puntos de vista que en su momento traeremos aquí a colación. Las Sentencias del Tribunal Constitucional que han analizado algo sobre la situación de cualquier derecho de la personalidad post-mortem y que nos dan otras claves para estudiar su situación serán tratadas con todo detenimiento en el epígrafe 5.1.2.1 de este capítulo. Nos remitimos a él, para contrastar la doctrina de esta resolución con la de esos trabajos[234].

3.1.2.2.- Tribunal Supremo.

La postura doctrinal que mantiene nuestro Tribunal Supremo en la mayor parte de su jurisprudencia es muy similar a la que estudiaremos en el epígrafe 5 sobre

---

[232] Esta argumentación es solamente citada por alguna resolución del Tribunal Supremo, que recogeremos justo a continuación.

[233] Ésta es una situación constante en la doctrina española. Se siguen los FJ. de la STC. 231/88 y para nada se citan los del resto de las resoluciones, que son muy interesantes para este tema, y que estudiaremos en su momento, epígrafe 5.1.2.1, más numerosos y para nosotros mucho más definitivos. Previamente señalamos que en una excepción, HERRERO, ob. cit. nota 196, pág. 81 señala que; «No existen casos en nuestra jurisprudencia constitucional de ejercicio de acciones de protección civil en **defensa de la intimidad personal de un difunto, en contra de lo que sucede con el honor** (SSTC. 190/1997, 123/1993, 178/1993 y 214/1991)».

[234] No obstante, queremos señalar que dicho epígrafe, aunque por sistemática se haya de situar dentro de las opiniones que defienden que los derechos siguen existiendo tras la muerte de su titular, está muy relacionado con el actual, por el contenido de ambas resoluciones del TC., unas en una línea y otras claramente en otra, por lo que es muy interesante el contraste entre unas y otras, especialmente si consideramos que la doctrina le da una gran trascendencia a esta primera resolución, y prácticamente ignora las de sentido contrario.

el Tribunal Constitucional, y que ya reflejamos, ya que en numerosas resoluciones del mismo, cuando lo que se le plantea al Alto Tribunal Civil es la posible vulneración sufrida por un derecho de la personalidad de una persona ya fallecida, resuelve estudiando si se ha vulnerado este derecho o no (el del fallecido), considerando (en algunas resoluciones explícita y en otras implícitamente) que el derecho sigue existiendo. Todas estas resoluciones serán estudiadas en su momento correspondiente[235].

Así pues, y aunque adelantemos aquí cuál es la situación de la Jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal Civil, debemos señalar que de sus resoluciones se debe desprender que el mismo considera que los derechos de la personalidad de una persona fallecida se pueden y deben proteger, pero no por la afectación que sufre la familia en sus derechos[236], sino por la propia trascendencia jurídica post-mortem de los derechos del finado.

Pero a pesar de que ésta sea la situación mayoritaria, sí encontramos en las resoluciones del Tribunal Supremo dos ejemplos[237] en los que expresamente manifiesta en algún momento de las mismas que la muerte extingue los derechos de la personalidad. Las vamos a estudiar ahora, y debido a que en las mismas se da la contradicción tantas veces comentada aquí[238], quizás nos aporten aún más luz a la situación.

---

[235] Ese momento será en el epígrafe que recogerá la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que se desprende que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras la muerte de su titular, el 5.1.2.2. Si decimos que de esas resoluciones la conclusión que sacamos es que implícita o explícitamente se expresa que lo que se defiende es el derecho del fallecido, y no el de sus familiares, o cualquier otro, la doctrina que tenemos que sacar de estas resoluciones será la de que los derechos siguen existiendo, o quizás la de que lo que sigue existiendo es alguna realidad similar a los mismos, pero nunca su extinción.

[236] Afectación que también se puede dar. Queremos aclarar que cuando se daña el derecho de la personalidad de un fallecido *también* se puede dañar con la misma acción el derecho de un familiar, pero en este caso se verán afectados LOS DOS derechos, el de la persona viva y el de la persona muerta. Pero no podemos dejar de señalar que también puede ocurrir lo contrario. Se puede dañar el derecho del fallecido y no el de su familiar, debido, por ejemplo, a que entre finado y familiares no existía ese vínculo de unión que provoque la afectación de los derechos de estos últimos.

[237] Queremos señalar aquí, con la finalidad de hacer la comparación en el lugar que consideramos más oportuna, que las resoluciones en las que explícita o implícitamente se admite la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem, y que recogeremos en el epígrafe correspondiente son, al menos, once.

[238] Lo veremos justo a continuación, pero la citada contradicción, ya la conocemos, es que en un momento se declara que dichos derechos están extinguidos, para en otro señalar que lo que se protege son estos mismos derechos.

La primera resolución que observamos en esta línea es la STS. de 24-6-94 (RJ. 1994\5326)[239]. En su FJ. 2° estudia las alegaciones de las partes sobre la legitimación de los familiares de la fallecida para accionar en defensa de sus derechos tras una publicación relativa a la misma, y la relación de esta acción con la regulación de la LO. 1/82. Como es natural, mientras los demandados defienden que gracias a la extinción de los derechos de la personalidad por la muerte de la hija los padres no están legitimados para actuar, éstos argumentan que la propia LO. les concede esa legitimación.

El Tribunal estudia estas alegaciones y recoge textualmente que; «Aunque **la muerte del sujeto de derechos extingue los derechos de la personalidad**, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe ser también tutelada por el derecho». Tras ello, y como no podía ser de otra forma gracias a la claridad de la regulación al respecto, les concede legitimación procesal a los progenitores. Así pues, parece que expresamente el juzgador se sitúa en la posición de estos epígrafes, la muerte del sujeto extingue los derechos de la personalidad[240].

---

[239] Los hechos de esta resolución (que por desgracia, no es la primera vez que se han producido), son muy interesantes para analizar los fundamentos jurídicos de la misma. Ante el fallecimiento de una joven, Fermina G., en Sant Celoni, una localidad catalana, el programa "L'Informatiu Mati" de TVE. en Cataluña, emitido a primeras horas de la mañana del día 23 de octubre de 1988, se dio publicidad a la noticia de que el caso de la joven había dado un giro, ya que las investigaciones se centraban en el consumo de droga por ésta, ya que en la fallecida no había señales de violencia, y entre otras informaciones también se comentaba que; «el Ayuntamiento ha confirmado que el análisis del cadáver indica que puede que la joven consumiese estimulantes desde hace tiempo, y que se encontraba muy mal». También la revista Interviú, en su número 654 de la última semana de noviembre del mismo año publicó que, a pesar de la apariencia de normalidad de la chica, en el pueblo corrían rumores sobre si la misma; «era drogadicta, y que su muerte está relacionada con las drogas, o que pudo morir a causa de un aborto, o que padecía una enfermedad incurable». Sobre estos hechos, el informe de la autopsia, realizada el 17 de octubre de 1988 y aportada en autos, y el dictamen emitido por el Instituto Nacional de Toxicología establece que; «no existió ninguna sustancia tóxica en las muestras del cuerpo de Fermina G.».

Interpuesta demanda por los padres de la fallecida contra las dos empresas editoras de ambos medios de comunicación en petición de protección jurisdiccional del derecho al honor de los demandantes como padres Doña Fermina G., el juzgado de 1ª Instancia n° 20 de Barcelona la estima mediante sentencia de 12-3-90 por ***«Intromisión ilegítima en el honor de la fallecida»***. Recurrida en apelación por los codemandados, la Sección 1ª de lo Civil de la Audiencia de Barcelona admitió el recurso mediante sentencia dictada el 2-7-91, por apreciar que, a pesar de que la noticia fue tratada con evidente poco acierto, la alarma social que había causado y la escasa, aunque lógica, permeabilidad del Juzgado Instructor y de la policía, motivaron los rumores que dieron lugar a la noticia, y que por ello no tiene la publicación el grado de malicia que todo ataque a un derecho fundamental requiere. El TS. declaró haber lugar a la casación interpuesta por los progenitores de la fallecida, por la fundamentación que ahora veremos, casando y dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia recurrida y confirmando la del Juzgado de 1ª Instancia.

[240] Por lo que esta resolución, a pesar de lo que veremos a continuación, debe ir encuadrada en este epígrafe y en esta corriente.

Pero sigue la resolución analizando si se ha producido una intromisión o no, y, en caso de que sí se haya producido, qué derecho es el afectado. Destacamos el texto más interesante al respecto;

> «la imputación de que la causa del fallecimiento de una persona fue la de la ingestión de la correspondiente dosis de droga, y, que por lo tanto, ello comporta que *la finada en vida era persona drogadicta*, y por ende aquejada de tal esclavitud o consumo, unido, sobre todo, a que posteriormente, se demostró de forma indubitada la inexactitud de tal noticia (...) es de clara patología censurable, se mire por donde se mire, por infligir un evidente **desmerecimiento en la conducta privada de la misma** y, en particular, porque la afirmación de tales hechos **no sólo erosiona la estima y reputación de la persona afectada (ya fallecida), sino que proyecta y, en qué modo, tales estigmas reprobables en sus deudos sus propios padres**, los actores en el caso litigioso»[241].

Así pues, para el Tribunal Supremo, en este caso, la imputación de la drogadicción afecta claramente **a la conducta privada**[242] y **erosiona la estima y reputación**[243] **de la persona fallecida**, y también (es decir, a la vez que lesiona los derechos de la fallecida), con ello se daña el de sus padres. Finalmente, en el mismo FJ. 2º del que hacemos referencia, tras estudiar el conflicto que se produce entre estos derechos de la personalidad (recordemos que también el del fallecido) y la libertad de información, el Tribunal vuelve a unir la lesión de los derechos de los familiares y la de los derechos de la fallecida, aunque se base en el derecho de los primeros para resolver[244];

> «Y aún reconociendo el interés de la noticia y sus concurrentes circunstancias, su difusión comunitaria proyecta un desprestigio, y, una actitud

---

[241] Como vemos en esta frase y en el resto de la resolución, el Tribunal siempre analiza si la publicación ha afectado o no a la persona y a los derechos de la joven fallecida, y tras resolver que la afectada es ella, analiza si con esa lesión también ha vulnerado el derecho de los padres.

[242] Concepto éste, de *conducta privada*, que como hemos visto en numerosas ocasiones en este trabajo es sinónimo en muchos casos de derecho a la intimidad, y así se ha de interpretar del texto de la Sentencia. Para observarlo más claramente se puede acudir al epígrafe 3.3 del pasado capítulo.

[243] Nos remitimos al apartado 3.1 del capítulo anterior, en el que expusimos que en nuestro derecho estos términos, *estima* y *reputación*, son perfectamente asimilables a los aspectos inmanente y trascendente del derecho al honor.

[244] Pero queremos insistir en que, a pesar de fundamentar básicamente la resolución en los derechos de los familiares, el Tribunal, aunque recoge explícitamente que la muerte extingue los derechos, implícitamente lo niega, ya que ha admitido expresamente que se ha producido un desmerecimiento en la conducta privada y una erosión de la estima y reputación de la fallecida, y si se vulneran estos derechos es porque existen, ya que si no existiesen no se podrían vulnerar.

> evidentemente denigrante y difamante para la propia personalidad, honor o crédito de los actores, causantes de la finada, ***cuya memoria ha sido así tan lastimada***».

Hemos observado, por lo tanto, en esta resolución, la contradicción aquí ya tan comentada. Por un lado la resolución se postula claramente a favor de la opinión de que la muerte extingue la personalidad, pero por otro nos ha explicado que de la falsa publicación del fallecimiento de una joven por su adicción a las drogas se desprende que se ha lesionado tanto la vida privada, la estima y reputación de ésta, ya fallecida, que por lo tanto, siguen existiendo y siendo dignos de protección, como los derechos de sus familiares. Creemos que el juzgador, en esta resolución, busca *realmente* defender *el derecho de la fallecida*, y además *también* el de sus padres, aunque previamente recoja textualmente el contenido de la Exposición de Motivos de la LO. 1/82[245].

La siguiente (y última) resolución del TS. en la que expresamente se recoge algo similar a que tras la muerte los derechos de la personalidad no existen, o se ven limitados en su protección, es la de 21-12-94 (RJ. 1994\9775)[246]. Tras hacer un inicial estudio del cartel se expresa que por el mismo no se produce un perjuicio de la fama o del reconocimiento *de la actriz fallecida*[247], y por lo tanto lo que ocurre aquí es una posible vulneración del apartado sexto del artículo séptimo de la LO. 1/82, ya

---

[245] Esta impresión se ve claramente reforzada, además de por la admisión en esta propia resolución de la lesión de estos derechos, por el contenido de las otras Sentencias del Tribunal Supremo en las que efectivamente sí se defiende el derecho del fallecido, y en dicho caso sin ni siquiera nombrar que la muerte los extinga. El estudio posterior de estas resoluciones, creemos, podrá dar la misma impresión.

[246] Prestemos atención previamente a la cercanía en el tiempo entre esta resolución y la que acabamos de recoger. Los hechos que provocaron esta STS. ya fueron recogidos en el epígrafe 3.2 del anterior capítulo, pero los reiteramos aquí, por ser en este lugar donde estudiaremos con más énfasis esta resolución. En mayo de 1988, y en la intención de llevar a cabo y publicitar la reposición de una obra lírica representada el 31 de marzo de 1934, se publicó en prensa el cartel original de la misma, con la imagen de la actriz que la representó en aquella fecha, ya fallecida, sin solicitar para ello el consentimiento de su única heredera, que interpuso demanda de protección del derecho a la imagen de su fallecida madre. La misma se desestimó en primera, segunda instancia y en casación. El Tribunal Supremo afirmó que, si bien el derecho a la imagen de la fallecida se podía haber vulnerado (porque existe), la intromisión no se producía en este caso en concreto, por el gran interés cultural de la divulgación, unido al ínfimo interés económico de la divulgación del póster, todo ello a tenor de lo contenido en el artículo 8.1° de la LO 1/82.

[247] Volvemos a observar en esta resolución que de lo que se trata es de la vulneración o no de la fama o el reconocimiento (términos asimilables al derecho al honor), de una *persona fallecida*, no de su familiar, actor en el proceso.

citado aquí en numerosas ocasiones. La resolución, en su FJ. 3º, tras citar que para la resolución de ese procedimiento seguirá expresamente lo contenido en la STC. 231/88[248], nos dice que la misma;

> «...se limita a declarar que el **amparo constitucional** sólo procede respecto a las **personas vivas** cuando **se invocan derechos fundamentales**, por ser inherentes y proteger a las mismas **y no cuando se trata de personas fallecidas**, en cuyo caso el derecho fundamental se extinguió con el óbito. Por ello **el derecho a la propia imagen de quien ha muerto no cabe alcance protección en dicha vía de amparo,** ***lo que no empece para ser protegidos en la vía judicial***, por ser cuestión de legalidad ordinaria, con lo que no se excluyen los derechos que puedan asistir a los descendientes y que la Ley 1/1982 regula, otorgándoles al efecto la legitimación necesaria y titularidad de las correspondientes acciones».

Se sigue en esta resolución una teoría muy clara. El derecho a la imagen no le corresponde a un fallecido por ser derecho fundamental, y se ha de considerar como no fundamental, protegiéndose, por tanto, por la vía civil[249] (ya expusimos suficientemente que ésta no es nuestra opinión y el por qué)[250].

A raíz de esto, en cuanto a la intromisión o no, se estima que no hubo por el interés cultural e histórico del cartel, tal y como recoge el artículo 8.1 de la LO. 1/82, a pesar de que el consentimiento de la retratada no constase como indefinido (lo que, como ya estudiamos, tampoco podría ocurrir, por la propia regulación actual)[251].

---

[248] En la remisión de esta Sentencia del Tribunal Supremo a la tan comentada del TC. 231/88 se puede apreciar lo que ya reflejamos sobre la trascendencia de ésta tanto para la doctrina como para la jurisprudencia posterior, así como que, en ocasiones, es utilizada en exceso y con cierta "intención" también por las propias resoluciones. Esto último lo decimos porque, como analizaremos con detención en el epígrafe dedicado a las resoluciones del TC que protegen derechos de la personalidad una vez fallecido su titular, existen sentencias del propio TC. posteriores a la de 1988 y anteriores a ésta del TS. de 1994 (en concreto resoluciones tanto de 1990, 1991 ó 1993) en las que se resuelve la posible vulneración de derechos de la personalidad –generalmente del derecho al honor-, en las que no se cita la doctrina de la STC. 231/88 y sí se protege este derecho de la personalidad a pesar de haber fallecido su titular, que sin embargo son obviadas por esta resolución.

[249] Aunque aquí no lo podamos desarrollar, dado que es posteriormente cuando llevaremos a cabo el estudio de las otras resoluciones, volvemos a reiterar que esta doctrina se contradice plenamente con las siguientes resoluciones del propio TC., que sí protegen expresamente alguno de los derechos de la personalidad desde su perspectiva de derecho fundamental tras el óbito de la persona afectada.

[250] Al respecto, sobre la relación entre la protección del TC. y la del TS. nos remitimos a lo contenido justo en el apartado siguiente.

[251] Por lo tanto, a pesar de negarle el carácter fundamental a estos derechos, el juzgador sí le aplica diversos artículos de la LO. 1/82, que, como ya dijimos, comienza su texto con el siguiente artículo primero; «El *derecho fundamental* al honor, la intimidad personal y familiar y *a la propia imagen*, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, *será protegido civilmente frente a todo género de*

Con el estudio de estas dos sentencias acaban todas las referencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que los derechos de la personalidad se extinguen o no se protegen tras la muerte de su titular, y el resto de resoluciones de este Tribunal que resuelven casos de vulneración de derechos de la personalidad de personas fallecidas se estudiarán en al apartado de este capítulo dedicado a las posturas que sí aprecian existencia post-mortem a estos derechos.

3.1.2.3.- Relación entre la protección del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo.

Justo tras estudiar la situación de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo, queremos reflexionar en torno a un tema que dejamos adelantado en nuestra nota 226, en la que ya dijimos que le dedicaríamos una mayor atención, por no ser aquél lugar (en cuanto a la sistemática del presente trabajo) adecuado para tratarlo. Éste se centra en la principal fundamentación jurídica sobre la que la STC 231/88 se apoya para determinar que los derechos de la personalidad no se pueden proteger post-mortem por este Tribunal y que como hemos visto cita también el TS. y alguna doctrina. Del propio texto de la misma la obtenemos[252];

> «..una vez fallecido el titular de esos derechos y **extinguida su personalidad** (...) lógicamente **desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional**, que está encaminada a garantizar, como dijimos *un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente*. Por consiguiente, si *se mantienen acciones de protección civil* (...), *ello ocurre* **fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.** Por ello, y en esta vía, este Tribunal ***no puede pronunciarse*** *sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional*».
>
> «En este aspecto, el "derecho a la imagen" que se invoca (...) es, *protegible, según la Ley 1/82* **en vías civiles**, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que **no puede ser objeto de tutela en vía de amparo**, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, **no existe ya un ámbito vital que proteger** *en cuanto verdadero objeto del*

intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica». Así pues, el derecho a la imagen se considera fundamental en todos los aspectos regulados por la LO. 1/82, los de su consentimiento, interés cultural e histórico e, incluso, los del artículo 7.6°.

[252] Cfr. FJ. 3° de la STC. 231/88 de 2 de diciembre. Debido a que ya fue recogido este texto en el pormenorizado estudio de la resolución que llevamos a cabo en el anterior epígrafe, sólo recogemos aquí la parte de dicha fundamentación que nos interesa. Para el texto completo nos remitimos al citado epígrafe.

derecho fundamental aún cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales».

Así pues, para esta resolución del TC (que no para las siguientes que ya analizaremos aquí), y para la del TS de 21-12-94 (RJ. 1994\9775), ya estudiada antes, estos derechos post-mortem no pueden ser protegidos por el TC., debido a que, gracias a la muerte de su titular han perdido su condición de derechos fundamentales, y por lo tanto dejan de ser portadores del ámbito vital que este tribunal busca proteger. Así pues, por lo tanto, estos derechos se tendrían que proteger en el ámbito civil, sin su concepción de fundamentales[253].

Ante esta afirmación, queremos hacer algunas matizaciones. La primera es que parece que esta postura lleva a cabo una derogación implícita de alguno de los principios recogidos en la regulación de la LO. 1/82. Primeramente, el artículo 1° de la misma determina que todos los derechos que contiene y protege se han de considerar como fundamentales, en todo tipo de intromisiones que sufran y según TODO lo establecido con la Ley[254]. Así pues, según la textualidad de su regulación, todos los aspectos de los derechos que regula esta Ley se han de entender dentro de su carácter de fundamentales, sin que se pueda hacer esta salvedad que realiza la jurisprudencia. Son fundamentales, por tanto, los aspectos relacionados con el consentimiento, la protección de los derechos, sus posibles intromisiones[255] y, sobre todo, **su protección post-mortem contenida en los artículos 4 a 6**. Así pues, a la luz del contenido estricto de esta regulación, no parece adecuado estar confirmándole el carácter de fundamental a algunos aspectos de los derechos y negárselo a otros.

---

[253] Hacemos una parada en la exposición de las posturas doctrinales y jurisprudenciales en nuestro derecho, y analizamos esta posición del TC., de falta de protección constitucional de los derechos pero no de protección civil, porque la misma ha sido utilizada, como ya hemos visto, por alguna sentencia posterior y, sobre todo, por parte de la doctrina para fundamentar que los derechos de la personalidad desaparecen post-mortem (sobre los autores que alegaban esta transformación de la protección post-mortem nos remitimos a todos los epígrafes de este apartado dedicados a la situación doctrinal). Por esta trascendencia que ha adquirido la posición que en su momento expuso la STC. 231/88, y porque su análisis es ciertamente interesante, hemos decidido abrir este apartado.

[254] Recogemos el artículo textualmente por su interés; «El ***derecho fundamental*** al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, *de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica*».

[255] Y ya hemos reiterado que dentro de ellas están tanto la captación de la vida íntima, como la imputación de hechos o manifestación de juicios de valor que perjudiquen la fama o la estima de la persona, e incluso, y esto ya lo hemos reiterado asiduamente, la utilización de nombre, voz o imagen con fines publicitarios, comerciales o análogos.

Otro olvido de la regulación en el que incurre esta postura es el de la Disposición Transitoria Segunda, que se encarga de la tutela procesal de los derechos. Ésta advierte que mientras no se establezca un procedimiento especial para los mismos[256], se aplicará, para estos aspectos prácticos, lo establecido en las secciones IIª y IIIª de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de *los derechos fundamentales* de la persona. Pero es más, en la misma disposición transitoria se sigue estableciendo que; «Agotado el procedimiento seguido, **quedará expedito el recurso de amparo constitucional**...», lo que ha de entenderse, por supuesto, y tal como decíamos antes, para todos los supuestos regulados por la LO. 1/82, también para su situación post-mortem.

Así pues, si la misma regulación prevé **expresamente** que estos derechos, en todos sus aspectos y momentos (tras la muerte de su titular también) se consideren como derechos fundamentales y a la vez que puedan acceder al recurso de amparo del TC. El hecho de que el propio TC. (en alguna de sus resoluciones únicamente) haya opinado lo contrario nos parece una derogación implícita de la regulación[257].

Pero también tendríamos otra objeción que hacerle a esta idea de protección civil sí y constitucional no de los derechos de la personalidad post-mortem. A raíz del artículo 32 del Código Civil y de la Exposición de Motivos de la LO. 1/82 entendemos, aunque no lo compartamos, que cierta doctrina opte por la extinción de estos derechos post-mortem, ya que dicha postura tiene sus ciertas apoyaturas jurídicas[258]. Pero si estos derechos se extinguiesen post-mortem, en dicho momento

---

[256] Procedimiento que, a pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la LO. hasta hoy, todavía no se ha regulado. Esto nos hace pensar que no lo tendremos en un periodo corto de tiempo (o a lo peor no lo tendremos nunca), cuando sería ciertamente necesario, aunque hasta ahora se haya aplicado la Ley 62/1978 con un resultado que podríamos calificar, al menos, de suficiente. Sobre los aspectos procesales del tema abriremos el último capítulo de este estudio.

[257] Afortunadamente nos podemos remitir al resto de resoluciones, donde no lleva a cabo esta afirmación, y opta por defender estos derechos post-mortem (epígrafe 5 de este capítulo), para ver ejemplos en los que el TC sí cumple lo preceptuado por la Ley, y gracias a ello podríamos decir que la postura mantenida en esta STC. 231/88, a pesar del seguimiento que su postura ha tenido en gran parte de la doctrina, es una excepción.

[258] Ya expusimos estos autores, en los epígrafes que desarrollaban posturas muy cercanas a estas dos regulaciones (artículo 32 Código Civil y Exposición de Motivos de la LO.), y allí nos remitimos. De todas maneras queremos dejar claro que nosotros no caemos en la contradicción que analizamos en cierta doctrina. Después de todo lo dicho, decimos que entendemos el por qué de la postura, aunque claramente no la compartamos, ya que nos postulamos por otra posición que ya desarrollaremos con detenimiento, aunque ya la hayamos comentado, la de la pervivencia (aunque modificada su naturaleza jurídica) de los derechos de la personalidad post-mortem (al respecto, ver epígrafe 6 del presente estudio).

deberían dejar de existir del todo, y por lo tanto no se podrían proteger en ningún caso[259]. Esto significaría que el derecho del fallecido no se podría defender ni en la jurisdicción civil ni en la constitucional, en ninguna de las dos. Esto es así porque si se defiende sólo en alguna de ellas la contradicción es evidente, ya que en dicho caso, si protegemos este derecho, se ha de opinar que el mismo existiría para una jurisdicción y no para la otra[260]. No se puede defender con coherencia que estos derechos, en general, se extinguen, pero que para la jurisdicción civil siguen siendo dignos de protección, mientras que para la constitucional no.

Pero la contradicción iría aún mas allá. La regulación de estos derechos por la LO. 1/82 viene provocada o motivada por su reconocimiento en el artículo 18 de la Constitución, que los recoge como *derechos fundamentales*[261], y por lo tanto, cualquier concepción que opine que estos derechos no tienen que tener tal consideración ha de ser considerada contraria a la Constitución (la conclusión es clara; los derechos, y con ello cualquier aspecto de los mismos, son siempre fundamentales[262]). Pero es más, sería absolutamente absurdo que la protección de unos derechos cuya regulación esencial y primaria la encontramos en la Constitución se considere por el propio Tribunal Constitucional (máximo garante del fiel cumplimiento de nuestra Carta Magna) que ha de ser llevada a la jurisdicción civil, y consecuentemente negada a la constitucional[263]. Por todo lo referido, creo que a la

---

[259] Se podría argumentar en este caso que, gracias a las manifestaciones vertidas sobre un fallecido, *sin que se viera afectado ningún derecho o realidad de éste,* que *ya no existiría,* se ha producido *directamente* una intromisión en el derecho de su familiar fallecido, gracias a que éste ve afectado con dicho comentario su propio derecho al honor o a la intimidad, por ejemplo.

[260] Sin que por la explicación que aportamos anteriormente de que los derechos siempre se han de considerar en nuestro derecho como fundamentales, se pueda argumentar que en una ocasión, en el TC., no se defiende por no serlo y en la otra, en el TS., *sí sin su carácter de fundamental.*

[261] La regulación del artículo 18 se encuentra dentro de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero. Este Título Primero se titula *«De los derechos y deberes fundamentales»* (y por tanto a todos los artículos contenidos en el mismo se le ha de aplicar tal carácter).

[262] No obstante ello, podemos admitir sin vacilación que la postura doctrinal que defiende que el derecho a la imagen tiene dos ámbitos claramente diferenciados, como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial, opine en esta dirección. Pero ante tal línea, cuestionamos cómo se podría aplicar esta teoría a derechos como el honor o la intimidad. ¿Cómo se diferenciaría en ellos entre sus faceta fundamental (defendible por el TC.) y la civil (defendible por el TS.)?.

[263] Se podría argumentar que la *Constitución sólo regula los derechos de la personalidad de una* persona viva, y este argumento debería llevar, necesariamente, a que los derechos no existen tras el fallecimiento. Pero en ese caso estaríamos en la situación antes comentada, no existiría nada, y el derecho no se protegería ni civil ni constitucionalmente, porque en este caso nuestra Carta Magna se debería aplicar solamente a estos derechos en vida de su titular. Por consiguiente, si se alega que es

luz de la Constitución Española, si se opina que los derechos de la personalidad post-mortem se protegen en la jurisdicción civil, es imprescindible considerar también la admisión de su protección en la constitucional.

Finalmente, en el epígrafe 5 de este capítulo se verá que el Tribunal Constitucional, en las resoluciones posteriores a la citada 231/88, parece abandonar de manera implícita la contradicción que hemos analizado en el presente apartado[264].

3.1.3.- Fundamentación de la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem en el derecho español.

Con todo lo ya referido podemos concluir que hemos aportado la totalidad (o casi la totalidad, por no ser absolutos en la afirmación) de las voces que en nuestro derecho se han alzado en favor de la extinción de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular. Hemos desarrollado este estudio analizando detenidamente la fundamentación que cada postura (doctrinal o jurisprudencial) aporta para intentar acreditar esta posición.

Pero con anterioridad ya habíamos analizado que una opinión unánime en la doctrina y en la jurisprudencia española y comparada es que siempre se han de considerar como ilícitas las vulneraciones o intromisiones en los derechos de la personalidad de una persona fallecida[265]. Así mismo, también vimos que la regulación española actual recoge textualmente la protección que se le debe dar a los derechos de la personalidad cuando se ven lesionados, aún cuando haya fallecido su titular[266].

---

perfectamente posible la protección civil de los derechos post-mortem, este argumento no se puede utilizar, y se tendrá que admitir también la Constitucional.

[264] Con la intención de anticipar algún dato sobre ese estudio en el que se protegen constitucionalmente los derechos de la personalidad post-mortem, volvemos a repetir una cita que ya recogimos anteriormente, la de HERRERO, ob. cit. nota 196, pág. 81; «No existen casos en nuestra jurisprudencia constitucional de ejercicio de acciones de protección civil en **defensa de la intimidad personal de un difunto, en contra de lo que sucede con el honor** (SSTC. 190/1997, 123/1993, 178/1993 y 214/1991)», y nos remitimos al citado epígrafe.

[265] Ya adelantamos en el epígrafe dedicado a este estudio, aunque de forma muy superficial, que esta postura también es la que podemos encontrar en la doctrina comparada. Esta protección de los derechos de la personalidad post-mortem en los principales derechos europeos continentales se podrá apreciar con claridad justo en el siguiente epígrafe.

[266] Todo ello sin contar las contradicciones que observábamos en la doctrina y en la jurisprudencia, en las que si bien se decía que se extinguían los derechos, de esos mismos trabajos se podía desprender que esos mismos derechos son los que se protegen.

Ante esta situación, en la que la legislación, muchos autores y cierta jurisprudencia se postulan a favor de la extinción de los derechos, pero se afirma determinantemente que en nuestro sistema jurídico se consideran ilícitas e ilegales las intromisiones que los mismos sufran post-mortem, antes de acabar el epígrafe dedicado a esta postura, el presente estudio quedaría ciertamente incompleto si no nos hiciésemos la siguiente reflexión. En esta situación, y según estas posturas de extinción del derecho; ¿Qué es lo que queda?, y sobre todo; ¿Qué es lo que se protege?[267].

Para el análisis de esta justificación en torno al por qué de esta protección, y qué es lo que se defiende hemos visto en este epígrafe algunas opiniones, pero para ver claramente las opciones existentes, aquí traemos el trabajo de AZURMENDI ADARRAGA, por parecernos ciertamente de los más claros y gráficos[268]. Cuando la autora se cuestiona qué es lo que se protege, se encuentra con la justificación de *la memoria*, y cuando sigue en su análisis encontramos esta reflexión; «La Ley habla de una *prolongación de la personalidad*, que es algo distinto de la personalidad puesto que ésta se inicia con el nacimiento del sujeto y aquélla con su muerte. En la tradición jurídica europea la protección de la memoria de los antepasados se ha justificado a partir de dos razones:

a) ***Por el respeto de los sentimientos de su familia.***
b) Por el valor que tiene en sí misma ***la memoria*** de las personas fallecidas, en cuanto que constituyen un elemento de continuidad cultural»[269].

---

[267] Estas preguntas nos parecen absolutamente necesarias, porque de esta postura desarrollada aquí (o al menos de su formulación expresa) se podría derivar naturalmente que si los derechos no existiesen tras el fallecimiento de su titular, no sería necesaria su defensa, y por lo tanto su vulneración será lícita. Pero esta extinción se ha de conjugar con la protección que el derecho le ofrece a esta realidad (o derecho, o facultad, llamémosla como queramos). Así pues, si no abriésemos aquí un apartado que, aunque no sea demasiado extenso, no analizase qué es lo que se defiende, o con qué fundamento, el presente epígrafe no se podría considerar completo en cuanto a la fundamentación última, y a la justificación, de estas posturas, y su adecuación a la situación de nuestro sistema jurídico actual.

[268] Vid. AZURMENDI, ob. cit. nota 155, págs. 171 y 172.

[269] Sigue la autora explicando dónde encontramos estas dos justificaciones en la LO. 1/82, que si bien es un estudio interesante, no es objeto central de nuestro estudio, por lo que no lo recogeremos en el texto principal. Sigue la autora explicando que; «La Ley de 1982 contiene referencias a ambos aspectos. La memoria de la persona fallecida se protege como una realidad jurídica *que goza de cierta autonomía* y hay indicios de que se trata también de una protección en aras a *los sentimientos de la familia* del sujeto muerto, como es, por ejemplo, la alusión a los familiares próximos –cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona que hayan convivido con ella- como sujetos legitimados para recabar la acción de protección».

Así pues, son dos las justificaciones de esta defensa. La primera, que acabamos de ver en el tratamiento de la jurisprudencia, es la del especial vínculo afectivo y de relación que existe entre el fallecido y sus familiares, lo que provoca que esta protección sea necesaria. Pero esta vinculación ha motivado en la doctrina dos posturas, una que defiende que con el ataque a la persona del sujeto fallecido[270] se ha afectado y vulnerado el derecho del familiar, y por ello éste puede ejercer su acción de defensa y los Tribunales amparar su propio derecho. Otra postura se muestra favorable, dentro de la visión de esta postura de la extinción, a que los familiares actúan para defender el derecho de su familiar fallecido, que es el dañado. Estudiaremos justo a continuación estas dos posturas relativas a la ya citada "pietas familiar"[271].

El segundo motivo para que se lleve a cabo esta protección es *la memoria*, que por sí misma la fundamentaría. Pero la memoria, como ya defendimos y vimos en el epígrafe dedicado a la regulación de la LO. 1/82, en ningún momento ha sido definida por el derecho[272].

Realizando una primera aproximación a la misma, lo que sí debemos de admitir es que, aunque se relacione mucho con personalidad, parece ser que ésta y memoria no son la misma cosa. Así, estaríamos ante una realidad distinta de la personalidad, un derecho (reiteramos que también se le podría llamar realidad, facultad, capacidad, legitimación, y otras tantas cosas) diferente a la misma y que surge justo cuando desaparece la personalidad. Pero a la misma vez hemos de aceptar que, aunque no sea la misma cosa, la relación del concepto memoria con el concepto

[270] Obsérvese que en este caso hablamos de ataque a la persona del fallecido, no a su personalidad.

[271] Como podemos imaginar, de dicho estudio sacaremos conclusiones ciertamente interesante, porque, aunque ambas posturas relacionen directamente la defensa con la vinculación entre familiares y fallecida (es decir, que es la "pietas" la que motiva a ambas), muy diferentes serán las conclusiones según que sólo se defiendan los derechos de los familiares o que lo que se proteja sea, por el contrario, el derecho del fallecido por éstos.

[272] No es sólo que la LO. 1/82 no la defina, porque lo único que dice es que es una «prolongación de la personalidad». Tampoco encontramos una definición completa y válida (y ya no digamos pacífica) de este concepto desde su punto de vista jurídico en relación a los derechos de la personalidad post-mortem ni en la doctrina ni en la jurisprudencia española. No deja de ser algo paradójico, porque si bien se puede alegar que la legislación ha de regular la situación necesitada de tratamiento, sin detenerse en disquisiciones conceptuales, éstas sí que parecen adecuadas para los casos en los que nuestros Tribunales resuelven los problemas planteados, y necesarias para los escritos doctrinales. La necesidad de contar con una definición del término se acentúa aún más si se aprecia la importancia que el concepto *memoria* tiene en la actualidad en la regulación de los derechos de la personalidad post-mortem.

de derecho de la personalidad mientras el sujeto estaba vivo es evidente, y por ello se presenta absolutamente necesario estudiarla.

Pues bien, justo tras terminar este epígrafe dedicado a las posturas que defienden que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte, y antes de tratar las que se postulan en la posición contraria, favorables a la pervivencia de los mismos tras el citado óbito, abriremos una apartado que estudiará las posturas que se sitúan a medio camino entre una y otra[273], es decir, las que opinan que los derechos ni se extinguen ni siguen como eran, sino que nos encontramos ante una situación intermedia. Así podemos dividir estas posturas entre los autores que opinan que los derechos quedan *latentes*, o los que se postulan a favor de que lo que ocurre es que surgen realidades nuevas, cercanos a los derechos de la personalidad en vida, pero que no se pueden considerar derechos de la personalidad tras la muerte.

Será dentro de estas posturas, y en concreto dentro de esta última, donde se deba incluir la memoria, como concepto autónomo y diferente del de personalidad. Debido a que creemos que ésta es la sistematización más acertada, será en el citado epígrafe (que situamos justo a continuación de éste), en el que analizaremos con toda la amplitud que el tema requiere esta segunda justificación que la doctrina aporta para defender la protección de estos derechos post-mortem, *la memoria*, estudiando allí todos los datos de interés de la misma[274].

Seguidamente trataremos con detenimiento las dos posturas que antes citamos, en relación a la fundamentación de la defensa post-mortem de los derechos de la personalidad relativa a la pietas familiar, que se defienden los derechos de lo familiares y la relativa a que, por éstos, se defienden los derechos del fallecido.

---

[273] Bien conocemos que en la mayoría de las discusiones científicas que se producen en la doctrina actual, siempre encontramos una postura intermedia entre los polos opuestos y encontrados, las llamadas posturas "eclécticas", que se sitúan entre una postura y otra, y que intentan, recogiendo lo que consideran mejor de cada posición, elaborar la postura más adecuada, o al menos, la que tenga más aspectos en común entre las antagónicas.

[274] Estudiaremos cómo se regula la memoria, cómo se aplica por nuestros tribunales y se cita por nuestra doctrina. Pero intentaremos afrontar también un estudio que no es sencillo; el de intentar definirla, desde el punto de vista jurídico y dentro de toda la sistemática de los derechos de la personalidad en su situación post-mortem y, tras ello, analizaremos cómo se relaciona con estos derechos de los sujetos mientras vivían, y qué contiene de cada uno de ellos.

3.1.3.1.- Se defienden los derechos de los familiares.

Alguna corriente de nuestro sistema jurídico opina que, a la muerte de la persona, el derecho ha de tener muy en cuenta, en todo lo relacionado con los derechos de la personalidad, la especial relación de afectividad y la vinculación que existió en vida entre el sujeto fallecido y los familiares del mismo. Debido a esta relación afectiva, los ataques que sufran los fallecidos en lo que en vida se entendían como sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[275], afectan directamente a los derechos de sus familiares, en especial al derecho al honor o a la intimidad personal de éstos[276], y también, cómo no, a la intimidad familiar que compartían, aunque en dicho caso la justificación de la protección sería diferente[277].

Entrando en el desarrollo de las opiniones doctrinales que se postulan a favor de la atribución a los familiares de la titularidad del derecho lesionado en los casos de ataques a los derechos que fueron del titular, entre otros muchos autores[278],

---

[275] Decimos "lo que en vida hubiesen sido los derechos de..." porque si se defiende que la muerte ha extinguido estos derechos, no podemos hablar que se vulneren los mismos derechos del fallecido, ya que sería una forma absolutamente incorrecta de hablar porque presupondría que existe alguna realidad que vulnerar y, si la muerte los extinguió, estos derechos ya no existen. Ya nosotros hemos defendido que no estamos de acuerdo con esta posición, pero al hablar de ella debemos hacer esta salvedad para ser correctos con el lenguaje. Sin embargo, ciertamente debemos señalar que posturas doctrinales que siguen esta opinión de la extinción cometen la falta de rigor de hablar que los familiares se ven afectados por "la lesión de los derechos del fallecido", lo que, desde esa postura, es totalmente incorrecto. Desde la misma lo que se debería decir es que los familiares se ven afectados por "la lesión de aquellos que fueron derechos del fallecido mientras vivía", y que ahora no existen.

[276] Hablando con ejemplos prácticos, es normal que si un medio de publicación difunde la noticia de que una persona murió por ser drogadicto y tener una vida dudosa, mientras en realidad tuvo una existencia ejemplar y esa noticia es falsa (utilizamos un ejemplo que, como ya hemos visto, ha sucedido, y ha sido enjuiciado por nuestros Tribunales), sus familiares se verán afectados en su derecho al honor por la especial vinculación que tenían con el mismo.

[277] En el caso de la intimidad familiar ya no tendríamos que acudir para nada al fallecido, ya que si la misma es la que compartían éste y sus allegados que no han muerto, este derecho es compartido por todos ellos, y por lo tanto, en dicho caso, se ha de considerar dañado un derecho a la personalidad (el de la intimidad familiar) de una o varias personas vivas, todos los familiares con los que el finado compartía esa intimidad familiar y que no ha fallecido.

[278] Si bien no podemos decir que esta postura sea claramente mayoritaria, ya que en la doctrina hay muchas alternativas respecto a la fundamentación de esta defensa post-mortem, sí que podemos decir que se encuentra muy habitualmente en los escritos relativos a los derechos de la personalidad post-mortem. A los autores que citaremos a continuación en este epígrafe se les pueden añadir, en esta postura, los trabajos de; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, que en toda su tesis doctoral, tras especificar que los derechos desaparecen, defiende la relación de los familiares con la defensa; TOMÉ GARCÍA, ob. cit. nota 159, pág. 211; SARAZA JIMENA, ob. cit. nota 157, pág. 140 y ss., en las que sigue y cita textualmente la doctrina que ya hemos visto, de la STC. 231/88; PLAZA PENADES, ob. cit. nota

citaremos algunas posturas interesantes por su claridad a la hora de exponer esta teoría, todas ellas por su orden cronológico, lo que nos hará ver mejor que la misma no ha evolucionado desde su concepción inicial de una manera demasiado radical.

Para VIDAL MARTÍNEZ[279], dentro de su estudio de la intimidad, sin separar sistemáticamente un tipo de intimidad (la personal) del otro (la familiar), nos dice, para explicar la intimidad post-mortem que; «Antes que defender la intimidad de una persona fallecida, parece lógico pensar que *se está defendiendo o protegiendo la intimidad vulnerada de las personas que más estrechamente han convivido con la ahora fallecida*, o lo que es igual, se está protegiendo la intimidad familiar de aquellas personas»[280].

HERCE[281] nos dice claramente que; «Toda intromisión en alguno de estos derechos *alcanza de forma directa e indirecta a su familiar* y, en este sentido, puede decirse que se conserva un *interés legítimo digno de tutela jurídica* en defensa de la imagen, honor e intimidad *del difunto*»[282]. También CONCEPCIÓN[283], de manera muy acertada, mostrando claramente cuál ha de ser la opinión correcta desde esta línea de pensamiento, nos indica que; «La postura que tradicionalmente mantiene la doctrina afirma que los fallecidos ya no son personas y que, por tanto, no pueden ser sujetos de derechos y deberes, ni pueden ser, en consecuencia, objeto de difamación alguna, si bien otras personas, por lo general, los causahabientes del difunto *pueden padecer a causa de aquellos ataques un daño moral* que debe ser reparado en su justa medida».

190, pág. 57; LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 149, pág. 83; o también, la recogida justo con anterioridad, AZURMENDI, ob. cit. nota 155, pág. 171 y 172.

[279] Vid. VIDAL, ob. cit. nota 112, pág. 105.

[280] Dentro de la validez de la postura queremos dejar señalado que creemos, como lo especificamos en notas anteriores, que el fundamento de la defensa de la intimidad *personal* de una persona viva afectada por el ataque de un derecho de la personalidad del fallecido no es el mismo que el fundamento de la defensa de la intimidad *familiar*, que afecta directamente a la persona viva en los aspectos que compartía con el finado, y no a través de la lesión de ninguna realidad del familiar fallecido.

[281] En HERCE, ob. cit. nota 114, pág. 163.

[282] A pesar de ser muy interesante la referencia a la familia, observemos que el autor acaba también con la contradicción antes expuesta de declarar que se defienden los derechos del difunto, cayendo en la imprecisión terminológica y de expresión sobre la que acabamos de reflexionar.

[283] Cfr. CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 160, pág. 155.

Finalmente, como resumen de estas opiniones, no queremos dejar de recordar aquí una obra ya citada, la de BUSTOS PUECHE[284], que si bien admitía en su propio escrito que la postura ofrece puntos débiles, su formulación es ciertamente acertada, concreta y clara; «*Hay derecho, (...), pero que pertenece a quienes la ejercitan.* Ha sido el honor o la intimidad de éstos vulnerado por los ataques del demandado, los cuales, aun cuando fueran dirigidos contra el fallecido *también*[285] han afectado a los parientes que accionan».

Una vez contrastado que esta posición es ciertamente admitida por la doctrina, también cabe destacar que en la Jurisprudencia la podemos encontrar en algunas resoluciones, aunque eso sí, algo más aisladas que las manifestaciones doctrinales[286]. La principal resolución de esta línea del TC. es la ya citada y estudiada en profundidad, la 231/88, que resuelve el tema debatido estimando que «No cabe pues dudar de que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho *inciden en la intimidad personal y familiar*[287] ***de la hoy recurrente***, *entonces esposa, y hoy viuda, del desaparecido señor Rivera*».

Entrando en la jurisprudencia del TS., la primera resolución que la acoge es la STS de 25-4-89 (RJ. 1989\3260)[288] que, al ser la que se dictaba por este Tribunal sobre el caso Paquirri, tras la que acabamos de recoger del TC. y contener los mismos argumentos jurídicos no recogemos textualmente. El siguiente momento en el que se aprecia esta situación es en la resolución del TS. ya citada también, la de

---

[284] En la obra que ya recogimos con anterioridad con cierta atención, pero que consideramos acertado traer a este momento; BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 170, pág. 52.

[285] Si somos estrictos en la forma de expresar del autor, este *también* implicaría que **además** de verse afectado el derecho de los familiares, antes se afecta el del fallecido, en lo que sería la plasmación de la contradicción tantas veces citada.

[286] Ya comentamos que en el epígrafe 5 de este capítulo encontraremos numerosas sentencias que reconocen que lo que se protege es el derecho del fallecido, con lo que dichas resoluciones no se basan en el derecho del familiar.

[287] Vuelve esta resolución a caer en el mismo error de la legislación, el de no diferenciar para nada entre la intimidad personal y familiar, cuando deben ser consideradas y estudiadas como dos realidades diferentes.

[288] Esta Sentencia no tiene unos hechos diferenciados, toda vez que es la resolución que el Tribunal Supremo dicta cuando el Tribunal Constitucional casa y modifica la primera que éste dictó sobre el caso Paquirri, a través de la STC. 231/88, con lo que los hechos de ésta son los del caso Paquirri, estudiados desde el punto de vista del TC. Respecto a los hechos que motivan la resolución, nos remitimos a lo allí contenido.

24-6-94 (RJ. 1994\5326)[289], que como ya dijimos, incurría en la contradicción de que si bien decía que los derechos de la personalidad se extinguían, también los consideraba lesionados. Sin embargo, respecto a cómo afecta a los familiares este tipo de intromisiones, la resolución es muy clara cuando nos dice que; «aún reconociendo el interés de la noticia y sus concurrentes circunstancias, su difusión comunitaria proyecta un desprestigio, y, una actitud evidentemente denigrante y difamante *para la propia personalidad, honor o crédito de los actores, causantes de la finada*, cuya memoria ha sido así tan lastimada».

Por último, la resolución del TC. 190/96[290] también recoge cómo estas difamaciones afectan a los familiares en su FJ. 2º; «parece indudable que en supuestos como el presente, en el que lo que se discute es si se atribuye a una persona ya fallecida su posible adicción a las drogas, la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación, *sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación*»[291].

Hasta aquí, hemos desarrollado con bastante detenimiento toda la fundamentación que encontramos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas sobre esta postura[292] porque al respecto queremos hacer alguna salvedad y a la vez manifestar nuestra opinión, y para ello creemos necesario dejar claramente explicada cuál es la fundamentación de la postura.

---

[289] Sobre los hechos solamente queremos recordar que trataba de la publicación de que la muerte de una joven se debía a su drogadicción, noticia totalmente falsa.

[290] La misma la hemos situado, por las razones que en aquél lugar explicaremos, dentro de las resoluciones que estiman que los derechos de la personalidad no desaparecen con la muerte, o al menos que siguen protegiéndolos tras ésta. Ahora, no obstante, y para entender bien el texto de la misma, sobre los hechos sí adelantaremos que son idénticos a los anteriores (siendo diferente persona la afectada), al tratarse de la publicación de que la muerte de una joven se debía a su drogadicción, lo que no era cierto.

[291] Posteriormente cita textualmente la doctrina contenida al respecto y aquí recogida en la STC 231/88, pero como veremos en el epígrafe 5.1.2.1, tras ello admite que en la situación que analiza sí se han dañado los derecho de la personalidad de una persona fallecida.

[292] Respecto a la jurisprudencia, en el presente epígrafe sólo hemos recogido las resoluciones que defienden que los derechos de la personalidad se extinguen, y que por ello se defienden los de los fallecidos. No hemos recogido (salvo la excepción de la última resolución, la del TC. 190/96) las que defienden que se protegen los derechos del fallecido y a la vez los de los familiares, ya que hemos de entender que para estas concepciones los primeros no se extinguen, y aquí estamos dentro del estudio de las posturas que defienden que los derechos de la personalidad desaparecen con la muerte de su titular, por lo que no he querido introducir esas resoluciones ahora, lo que sólo provocaría, en lo relativo al resultado del epígrafe, confusión.

La primera salvedad que queremos efectuar es que, por coherencia interna de la propia postura, creemos que si se defiende que se protegen los derechos de los familiares, desde el posicionamiento de que los derechos de la personalidad se extinguen a la muerte del fallecido, sólo se pueden proteger los de los primeros, y no se debería argumentar, como hacen estos autores, que se vulneran los derechos de los familiares junto, o a través de, la vulneración de los derechos del fallecido, ya que en dicho caso la postura sufriría una clara contradicción. Desde esta postura de la extinción se han de defender los derechos de los familiares, pero nunca se puede decir que se defiendan también, y a la vez, los del fallecido, lo que provocaría que tuviésemos que entender que los de éste no han desaparecido. Lo adecuado, para nosotros, sería comentar que a través del ataque al fallecido, sin afectarle en nada a éste, ya que no tiene derechos, se ha dañado directamente el derecho de los familiares vivos, por esa especial vinculación entre unos y otros. Como hemos visto hasta ahora, ésta es una contradicción en la que incurre tanto cierta doctrina como alguna resolución de nuestros tribunales, y por ello creíamos conveniente realizar la presente salvedad.

Pero sobre esta postura de que sólo se protegen los derechos de los familiares, he de manifestar aquí, antes de pasar a la siguiente postura, que no la suscribo, y ello básicamente por tres razones relativas a la situación jurídica de estos derechos post-mortem en nuestra regulación y en sus circunstancias de hecho. Las dos primeras son cuestiones de fondo, y la última, de forma.

La primera cuestión de fondo es que en las circunstancias de hecho pueden darse situaciones en las que una publicación que contiene información sobre una persona fallecida, que suponga una intromisión en alguno de sus derechos de la personalidad[293], puede no lesionar ningún derecho de sus familiares, porque no tengan una relación cercana al fallecido o porque la publicación afecte única y exclusivamente a éste[294]. Dicha publicación, que sigue siendo ilícita[295] y que no

[293] Como vemos, desde la perspectiva de que estos derechos (o lo que fueron en vida) siguen pudiendo ser lesionados y, por lo tanto, de alguna forma, existiendo.

[294] Puede ser tan sencillo como, en el primer caso, que no haya relación alguna de los familiares con el fallecido, o que ésta sea de rivalidad y no de vínculo afectivo, con lo que los familiares no se verían afectados en absoluto por la publicación sobre el fallecido, y aún así, a tenor de la LO. 1/82., seguirían legitimados para actuar protegiendo los derechos del fallecido. O también podría ocurrir que la publicación se refiera tan concretamente a una actividad propia del fallecido que nada tiene que ver con la familia, por lo que ésta no podría alegar sentirse afectada, y también aún así, podría accionar defendiendo el derecho del fallecido. Aclaramos no obstante, que afirmamos rotundamente que hay casos en los que lo que se vulneran son los derechos de los fallecidos y los de sus familiares, esto no lo negamos en ningún caso (y probablemente serán muchas las ocasiones en las que se vulneren los

afecta a ninguna persona viva, ¿cómo se atacaría desde esta posición de defensa de los derechos de la familia?. Desde la misma tendría que opinarse que ante la citada intromisión no se puede ni se debe reaccionar, y tal postura sería inadmisible (y, como ya analizamos con detenimiento, no se concibe en nuestro sistema jurídico). Personalmente opino que los legitimados por la LO. 1/82 podrían interponer demanda de protección *de los derechos de la personalidad del fallecido*, y no sería por verse afectado ellos, sino por haber sido dañados los derechos de este último.

La segunda cuestión de fondo que nos motiva para opinar que esta postura no es acertada se centra en que la misma no se puede compaginar con el artículo 6 de la LO. 1/82. Si lo único que se ve afectado es el derecho de los familiares legitimados para actuar, ¿qué sentido tendrá entonces que si el fallecido pudo defender su derecho y no lo hizo, los familiares legitimados no puedan actuar en la protección del derecho?. Si de lo que se trata es del derecho de éstos, no tendría sentido que la regulación tenga tan en cuenta los deseos del fallecido y limite de tal manera la legitimación de la familia. Si se defendiese el derecho de éstos, los mismos podrían actuar sin tener en cuenta, y con total independencia, de la voluntad del finado. Si en la regulación se dispone que en este caso los familiares no pueden actuar es porque lo que interesa es conocer cómo el fallecido apreció (él) que se había vulnerado un derecho que, por lo tanto, es **el suyo**.

Por último, la tercera razón que nos lleva a oponernos a esta postura es de procedimiento, y relativa a la legitimación. Si a través del ataque al fallecido lo único que se ve afectado es el derecho del familiar vivo, no tiene explicación ninguna que la Ley establezca como primer legitimado para actuar en defensa de estos derechos a la persona jurídica que el fallecido designe en su testamento, tal y como establece su artículo 4 (si la misma designación existe). Sería absolutamente absurdo que una persona jurídica que ha sido designada por el fallecido sea la única[296] legitimada para

---

derechos de ambos), pero también consideramos la opción contraria, lo que no hace toda la doctrina; pueden verse vulnerados los derechos del fallecido y no los de los familiares.

[295] Ésta fue la conclusión y uno de los motivos fundamentales por los que abrimos el epígrafe 2 dentro de este capítulo. Los ataques a los derechos de la personalidad nunca son lícitos, ni en nuestro derecho ni en el comparado.

[296] Decimos la única porque según el artículo 4.2, tras señalar que la persona designada por el fallecido puede ser jurídica o física, el legislador señala que se tendrán en cuenta los familiares únicamente «no existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada», lo que en caso de la persona jurídica se tendrá por disolución de la misma. Así pues, los familiares sólo están legitimados para defender los derechos de la personalidad del fallecido subsidiariamente y sólo en caso de falta de existencia de la designación o de la persona designada en un segundo lugar.

defender los derechos de la personalidad de los familiares vivos de éste. Para nosotros nos parece evidente que esta designación únicamente responde a que se ha de considerar que el derecho dañado y defendido es el del fallecido[297].

3.1.3.2.- Los familiares defienden el derecho del fallecido.

Entramos a analizar aquí unos trabajos difíciles de afrontar. En ellos, generalmente se defiende que esta legitimación se da a los familiares para proteger los derechos del fallecido, pero no sabemos si, como opina GITRAMA[298], esta forma de hablar es un error en la expresión, una toma de postura concreta o por el contrario refleja que los autores, a pesar de situarse en una posición, realmente piensan en otra.

No ha sido poca la doctrina española que se ha situado en esta difícil situación en la que parecen proclamar una cosa y expresar otra. Y decimos esto porque estos autores, "oficialmente", se sitúan claramente en la postura de que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte, pero posteriormente justifican la regulación del artículo cuatro al seis de la LO. 1/82 en que los familiares defienden los derechos del fallecido. Expondremos aquí estas opiniones[299], analizando su contenido y sus contradicciones.

Ya GITRAMA, en su obra de 1962[300], y antes de hacer la puntualización que acabamos de recoger, tras decir que a la persona le sobreviven determinados vestigios tras su muerte (entre los que sitúa, recordemos, al retrato y a la obra

---

[297] Es cierto que esta opinión es absolutamente incompatible con las expuestas durante todo este epígrafe. En el apartado que abriremos para exponer nuestra perspectiva y toda su fundamentación estudiaremos cómo la misma se compagina con la regulación del artículo 32 del Código Civil, con la de la LO. 1/82, y con los caracteres de estos derechos.

[298] Porque el maestro GITRAMA, ob. cit. nota 178, pág. 239 nos señala que cuando alguien habla de «ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido», no quiere decir realmente tal cosa, y en su estudio sigue indicándonos; «Observemos la donosa expresión "derechos del fallecido", que debe entenderse como "derechos que corresponderían al fallecido si viviera"». Por eso aquí empezamos nuestra reflexión reflejando que no sabemos si estamos ante una toma de postura, ante un error en el escribir o ante el reflejo de lo que realmente querían defender estos autores, pero no lo pudieron hacer por la situación del derecho español, en concreto de los textos de la Exposición de Motivos de la LO. 1/82 y del artículo 32 de nuestro Código Civil.

[299] Además de a los autores que justo a continuación recogeremos, podemos encontrar esta expresión de que lo que se defiende son *los derechos del fallecido*, (siempre en autores que antes han defendido que la muerte extingue los derechos de la personalidad) en; ESPÍN, ob. cit. nota 162, pág. 122 y ss.; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 107, págs. 72 y ss.; CREVILLÉN, ob. cit. nota 117, págs. 54 y 55; o a CABEZUELO, ob. cit. nota 213, págs. 378 y ss.

[300] Vid. GITRAMA, ob. cit. nota 101, pág. 337.

artística y literaria), ya anticipa, antes de la regulación, que para la defensa de los mismos los familiares serán los legitimados, y lo explica diciendo que; «Se trata de derechos eminentemente personales, extrapatrimoniales, cuya defensa parece que ha de confiarse a aquellas personas unidas al difunto por vínculos de solidaridad moral»[301].

Ya observamos en el estudio que realizamos del trabajo de YSAS SOLANES[302] que hemos de situarla en esta órbita, pues tras opinar expresamente que la muerte extingue los derechos, estudiando a los legitimados para actuar según los artículos 4 a 6 de la LO., nos concluye diciendo; «En definitiva, el objeto de la protección es el honor, la intimidad y la imagen del *fallecido*, con las matizaciones hechas, derechos de la personalidad y por tanto extrapatrimoniales, irrenunciables e intransmisibles»[303].

También observamos este posicionamiento en el profesor ESTRADA ALONSO[304], que para explicar el por qué de esta legitimación nos señala que la misma es lógica; «puesto que toda agresión al honor contra una persona alcanza de forma directa o indirecta a su familia y, en este sentido, puede decirse que se conserva un interés legítimo *en defender el honor del difunto*». Tampoco cabe ninguna duda en que aquí lo que se defiende es el honor del fallecido, después de haber afirmado que el mismo había desaparecido[305]. Por último, también LACRUZ[306] se puede situar en esta postura, porque tras decir que los derechos se extinguen, defiende que; «En el caso que contemplamos (lesión del derecho al honor, intimidad o imagen *de persona fallecida*...», y sigue con el desarrollo de su opinión.

---

[301] Parece evidente que al hablar de derechos personales y extrapatrimoniales y señalar el vínculo de familia y fallecido, lo que se defiende son los derechos de éste.

[302] En concreto, la cita que aquí traemos, se puede observar en; YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 803.

[303] Parece que en este estudio no se puede hablar, en absoluto, de que se dice lo que no se quiere decir, ya que es evidente que claramente se expresa, destacándolo, que lo que se defiende es el derecho *del fallecido*. Es interesante observar que justo en la página anterior a la que recoge esta expresión, podemos leer; «La muerte extingue la personalidad (art. 32 Código Civil), luego también los derechos de la personalidad. Ahora bien, la Exposición de Motivos de la LO. 1/82 dice que la memoria del sujeto fallecido constituye una prolongación de la personalidad».

[304] En ESTRADA ALONSO, ob. cit. nota 178, pág. 98.

[305] Por ello este trabajo también lo insertaremos en el apartado dedicado a los autores que defienden que los derechos de la personalidad no desaparecen tras la muerte de su titular, o que al menos se defienden.

[306] Vid. LACRUZ, ob. cit. nota 201, pág. 100.

Pero como hemos visto, en esta postura de la doctrina, la que defiende que lo que ocurre es la defensa de los derechos del fallecido por parte de sus familiares, se da una contradicción interna en la propia formulación de la opinión[307]. No se puede defender que ésta es la razón de la legitimación de los familiares para actuar desde la postura de que la muerte extingue los derechos de la personalidad. Y ello es así porque si los derechos están extinguidos, ya es imposible protegerlos, porque nada habría que proteger. No sólo eso, también entra dentro de lo absurdo que se diga que el familiar defiende un derecho del que antes se ha afirmado que no existe. Si el derecho no existe, si ha desaparecido, el sistema jurídico no lo protegería ya que no existiría ningún interés digno de protección, y si se defiende este derecho es porque algo existe. Desde la postura de que la muerte extingue los derechos sólo se puede justificar la regulación de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82 con la opinión reflejada en el anterior epígrafe; se defienden los derechos de los familiares, afectados por la vinculación entre ambos. Ya allí dejamos reflejado que no estamos de acuerdo con dicha postura.

Desde un punto de vista personal esta postura, la de que los familiares defienden los derechos del fallecido, es acertada, pero afirmamos que estamos de acuerdo con la afirmación desde la órbita de que la muerte no extingue los derechos de la personalidad del mismo. Podemos adelantar aquí que, para nosotros, lo que hace es transformarlos en cierta manera, aunque ya volveremos sobre ello[308].

Se puede apreciar que no he aportado jurisprudencia de esta postura, y no es porque no haya. Numerosas son las resoluciones, tanto del TC como del TS[309] de las que derivamos que lo que se defiende es el derecho del fallecido por parte de sus familiares, pero, como se puede desprender de lo que acabamos de opinar, las mismas las estudiamos con verdadero detenimiento y atención en el epígrafe

[307] De hecho, alguno de estos autores ya los situábamos en el estudio de la doctrina que opina que los derechos de la personalidad desaparecen con la muerte, dentro del epígrafe que dedicábamos a «posturas contradictorias».

[308] Esta idea de la transformación de los derechos ya la traté en el primer capítulo de esta segunda parte, en la que estudiando cada uno de los derechos en concreto expresé que la muerte extingue el aspecto inmanente y personal de los derechos de la personalidad, pero deja vigente (en algunos casos aún con más fuerza), el trascendente o social de los mismos. La misma la desarrollaremos en el epígrafe 6 del presente capítulo.

[309] Hay diversas resoluciones que podemos situar en esta órbita. Del TC. de 1990, 1991, 1993, o 1996, y del TS. de 1984, 1988, 1989, 1990, 1993 o 1998. Como citamos a continuación las estudiaremos en otro lugar de la presente tesis doctoral.

dedicado a la jurisprudencia que opina que los derechos de la personalidad no desaparecen tras la muerte de su titular, epígrafe 5.1.2.

3.2.- Derecho comparado.

En este breve epígrafe que abrimos ahora queremos hacer una pequeña reflexión en la que citaremos algunas de las opiniones que se han dado en el derecho comparado[310] en la línea doctrinal aquí contenida, la de que la muerte extingue los derechos de la personalidad. Nuestra finalidad será únicamente plasmar las principales opiniones que al respecto existen en el derecho europeo continental, sin un expreso ánimo de exhaustividad, para con ello obtener una visión general de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad en dichos sistemas jurídicos que nos permita realizar la comparación de las diferencias y similitudes de estos posicionamientos con los del derecho español ya expuestos anteriormente[311].

Así pues, en este estudio muy concreto simplemente citaremos, ciertamente por encima, la situación que se da tanto en el derecho francés como en el alemán, para analizar desde qué perspectivas se producen en los mismos estas posturas que le niegan la posibilidad de existir a los derechos de la personalidad cuando su titular ha fallecido.

Pero antes estudiaremos quizás con algo más de detenimiento las posturas que al respecto se dan en el derecho italiano, cómo surgieron estas teorías y cómo se han dado hasta nuestros días, tanto en su doctrina como en su jurisprudencia. Esta mayor

---

[310] Hablamos de derecho comparado, pero para ser más exactos, en el presente epígrafe nos centraremos en el derecho europeo continental, principalmente en el sistema jurídico italiano, realizando una breve consideración sobre los sistemas francés y alemán. Nos hemos concentrado en ellos (aunque en absoluto con intención de ser profundos en su tratamiento) motivados por su similitud con el sistema jurídico español en relación a los derechos de la personalidad, gracias a lo cual podemos obtener una buena base comparativa respecto a la situación de estas posturas del derecho comparado y la de nuestro sistema jurídico, y con ello observar hasta qué punto el derecho comparado ha podido influir en el surgimiento de esta concepción en el nuestro y cuál puede ser la evolución futura del mismo.

[311] Porque como se desprende del título de la presente tesis doctoral, el objeto central de la misma, lo que ha motivado su existencia, es el análisis de la situación de los derechos de la personalidad una vez que fallece su titular en el derecho español. La principal razón es que, como hemos comentado, el tema es de gran interés, gracias a la regulación de la LO. 1/82, que recoge su protección pero parece no definirse sobre su fundamentación, y a las posturas jurisprudenciales y doctrinales que la misma ha provocado, entre las que existen muchas de ellas que también parece que admiten "en cierto modo" la posibilidad de la existencia de estos derechos post-mortem, pero sin aclarar en las cuestiones de fondo la base jurídica de dicha realidad. Así pues, centrándonos principal y casi únicamente en nuestro derecho, nosotros intentaremos estudiar, aclarar y redefinir esta situación, tarea por otro lado apasionante y no especialmente sencilla. Pero para ello, y con una finalidad meramente instrumental, la de tener un punto de comparación, sólo plasmaremos por encima la situación de estas posturas en los sistemas jurídicos comparados (especialmente breves seremos en la simple cita de algunas posturas en los derechos francés y alemán). Por todo lo referido, reiteramos que este epígrafe sólo tiene una finalidad instrumental. No busca realizar un estudio pormenorizado de todo lo existente en dichos derechos, sino por el contrario plasmar su situación básica para poder realizar la comparación de ambas realidades jurídicas.

atención viene motivada por la mayor relación del mismo con nuestro derecho en concreto en cuanto a la situación de los derechos de la personalidad[312].

3.2.1.- Derecho italiano.

Antes de estudiar y recoger las posturas que se han dado en la doctrina y en la jurisprudencia italianas que defienden que los derechos de la personalidad desaparecen a la muerte de su titular es absolutamente necesario que reflejemos, brevemente, cuál es la regulación de los derechos de la personalidad post-mortem de dicho sistema jurídico. La misma (reiteramos, en lo relacionado en concreto a su situación post-mortem[313]) existe desde mucho antes de que apareciese en nuestro sistema jurídico, en la década de lo ochenta, demostrando con ello el mayor desarrollo que este tema tiene en este derecho[314]

[312] Esta mayor atención viene motivada, esencialmente, por la relación que existe entre el derecho italiano y el derecho español en todo lo relacionado con los derechos de la personalidad. Durante el presente estudio hemos visto en ciertas ocasiones (especialmente vimos esta relación y la evolución de estos derechos en el sistema jurídico italiano, siempre previa a su desarrollo en el español, en toda la parte preliminar en general, y en su epígrafe 7 en particular) cómo las posturas que surgían en nuestro derecho se habían dado con anterioridad en el sistema jurídico transalpino (como ocurría con la evolución de los caracteres de los derechos, la admisión de la atribución de los mismos a las personas jurídicas o, en nuestro tema en concreto, la previa admisión de la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem en el derecho italiano, sobre todo en el derecho de autor, antes que en el español). Esta evolución, casi siempre anterior en el tiempo, habría señalado el camino que seguiría la regulación española. Esto motiva la mayor atención al derecho italiano.

Quizás algún otro derecho también haya tenido cierto desarrollo en sus situaciones post-mortem (por ejemplo, el derecho alemán), pero su estudio no puede sernos tan interesante, ya que la perspectiva de los mismos en relación a los derechos de la personalidad no es tan similar a la de nuestro sistema jurídico (recordemos, por ejemplo que, en el derecho germano, en un posicionamiento frontalmente distanciado del nuestro, el derecho general de la personalidad es único, sin admitir derechos autónomos, lo que refleja gran diferencia con el sistema de admisión de derechos de la personalidad existente en el derecho español). Por todo ello recoger aquí estos sistemas jurídicos sería inútil, siempre con respecto a nuestra finalidad de realizar la comparación con el sistema jurídico patrio, aunque pudiese ser extremadamente interesante recoger su estudio en el contexto de una tesis doctoral con otro tema central. Es por esta razón por la que daremos gran importancia al estudio del derecho italiano, algún interés al del derecho francés y bastante escaso al del derecho alemán.

[313] Para consultar aspectos generales de los derechos de la personalidad en el derecho italiano nos remitimos a lo que ya recogimos brevemente en el apartado 7 de la parte preliminar, relativa al derecho comparado.

[314] Aquí vamos a recoger cómo la legislación regula los derechos de la personalidad post-mortem, permitiendo su defensa. Aunque no sea la corriente doctrinal que estudiamos en el presente epígrafe, antes de estudiar las posturas que en cualquier dirección se den, hemos de señalar con detenimiento la regulación que se da en este sistema jurídico, sea favorable o no a esta protección o a la extinción de los derechos, tal y como hicimos en el derecho español.

Ya el Código Civil italiano, de 1942[315], recoge una disposición que, aunque no lo diga expresamente, parece pensada para estas situaciones post-mortem. Tras regular en sus primeros artículos (situados dentro del título I°; «de la persona física»), algunas disposiciones relativas al derecho de disposición del cuerpo, al del nombre, o pseudónimo, en el artículo 10, titulado «Abuso de la imagen de un tercero», recoge que se podrá proteger mediante la demanda a la correspondiente autoridad judicial cualquier publicación de una imagen no permitida legalmente[316].

Pero esta regulación, cuando trata de los legitimados, comienza el artículo de la siguiente manera; «Cualquier imagen de una persona **o de sus progenitores, del cónyuge o de los hijos**...», y lo acaba señalando que las imágenes no se permiten cuando; «cause un perjuicio al decoro o a la reputación de la misma persona **o de sus parientes**».

Así pues, hemos de considerar que ya desde mitad de siglo la regulación del Código Civil, a pesar de que no lo decía expresamente, permitía implícitamente que una persona protegiese la ilícita publicación de la imagen de un pariente fallecido. Esta prevención del artículo 5 del Código Civil está pensada no para parientes vivos, que tendrían capacidad de actuar por sí mismo a tenor de la primera expresión del citado artículo, sino para parientes fallecidos[317], con lo que podemos decir claramente que ésta es una regulación que a mitad de siglo permitía la protección de un derecho de la personalidad tras la muerte de su titular, en concreto la del derecho a la imagen (también así lo interpretan la mayoría de las resoluciones judiciales, como citaremos justo a continuación en el estudio de la jurisprudencia, y tal y como lo veremos en el epígrafe dedicado a las Sentencias que en el derecho italiano sí protegen estos derechos post-mortem[318]).

---

[315] La Ley de autor, que es anterior (poco anterior, sólo de un año antes) y que regula con cierto detenimiento algunos aspectos post-mortem, la estudiamos en segundo lugar, por ser una regulación sobre un derecho de la personalidad en concreto (aunque recoge varios), frente al carácter general de la regulación Código Civil.

[316] Para un estudio más detallado de este artículo en su aspecto que no afecta a la situación post-mortem, se ha de consultar el epígrafe 7.1 de la parte preliminar.

[317] Esta prevención de recoger la posibilidad de actuar de los familiares está pensada para situaciones en las que el familiar ha fallecido, ya que si no sería innecesaria (salvo para casos de declaración de incapacidad en vida), ya que las personas vivas capaces podrían proteger su propio derecho con la redacción del primer legitimado; «Cualquier imagen de una persona...», sin necesidad de citar al resto de los familiares.

[318] Parece que al no decir expresamente este artículo que esta defensa se prevé para situaciones post-mortem, podemos reflejar alguna duda sobre si el derecho busca proteger esta situación en

Pero no es sólo esta regulación la que en dicha época establece algo para la situación post-mortem de estos derechos. Dejando simplemente citado que la Ley de autor de 1925 ya contiene alguna prevención sobre la protección de este derecho tras la muerte de su titular[319], la Ley de autor de 1941 establece esta protección post-mortem con respecto a varios derechos.

Respecto al derecho de autor post-mortem, la Ley de 22 de abril de 1941[320] regula en el artículo 23 la posibilidad de que, tras la muerte del titular, ciertos familiares estén legitimados para ejercer las facultades de paternidad y de respeto a la integridad de la obra[321]. Los mismos son, sin límite de tiempo, el cónyuge y los hijos; en su defecto, los padres y otros ascendientes o descendientes directo; en su defecto, los hermanos y hermanas y sobrinos. En caso de que sea exigido por la finalidad pública, puede ejercitar la acción el Ministro de la Cultura Popular. En el artículo 24 se establece que el derecho a publicar la obra inédita[322] le corresponde a los herederos del autor o a los legatarios de la obra, salvo que le autor haya expresamente prohibido la publicación o la haya encargado a otro. Por último, si el autor establece un plazo para la ejecución, se ha de respetar[323], y en caso de discordia entre varios legitimados, ha de resolver el juez, respetando la voluntad del difunto[324].

---

concreto o no. Por eso antes reflejamos que la Jurisprudencia lo admite, para dejar constancia de que se ha de apreciar esta protección post-mortem tanto del estudio teórico de la regulación como de la interpretación práctica de los Tribunales. No obstante ello, aquí señalaremos la aislada jurisprudencia que declara que estos derechos no se defienden. La que sí los protege será recogida aquí en el epígrafe 5.2.1, junto a todas las posturas similares.

[319] Nos centramos más en la Ley de 1941 porque, como veremos, la misma se ocupa de la regulación post-mortem de, al menos, tres derechos. La Ley de autor italiana de 7 de Noviembre de 1925, centrada mucho más en el derecho de autor únicamente, regula la protección post-mortem de los familiares del finado del derecho de autor de éste, y a falta de familiares la del Ministerio Público en su artículo 24, dando posibilidad en el artículo 25 a los herederos o legitimarios a publicar la obra inédita salvo que el autor lo vetase en vida.

[320] Sobre esta regulación del derecho de autor en el derecho italiano ya expusimos con más extensión sus diferentes aspectos en el apartado 3.6 del capítulo anterior. Aquí será recogido por su interés, aunque con mayor brevedad. Nos remitimos a aquel momento para una mayor reflexión sobre dicho tema.

[321] Facultades que son claramente las del derecho del autor fallecido, no las de ningún derecho de los familiares.

[322] Volvemos a insistir en que es un derecho del fallecido a publicar la obra inédita, para lo que se legitima a sus herederos.

[323] Estas continuas referencias a la voluntad del autor nos muestran la gran importancia que el derecho le da a éste, significando que lo que se defiende es su derecho.

personalidad y sus ideas políticas. y en la misma establece que; «El derecho a la intimidad de la correspondencia epistolar *se extingue con la muerte del titular*», y justifica la regulación defendiendo que; «El derecho que la Ley (el citado artículo 93) atribuye a los familiares del difunto *es un derecho nuevo*, que se basa en el sentimiento de respeto y de amor que se supone que los mismos conservan en su recuerdo».

Dejamos aquí reflejada esta resolución, de la que se apreciará que, a la luz de la regulación, tiene una argumentación algo "forzada", y de la que se podrá analizar mejor su carácter de excepcional cuando en el epígrafe correspondiente, el 5.2.1 conozcamos el numeroso grupo de sentencias de distintos tribunales italianos dictadas en el sentido contrario.

Por el contrario, en lo que respecta a la doctrina italiana sí que hay una corriente algo más numerosa que se muestra más propensa que la regulación y la jurisprudencia a defender que los derechos de la personalidad se extinguen a la muerte de su titular. Quizás siguiendo la postura histórica que también vimos en el derecho español y que, basados en la concepción clásica e inicial de estos derechos, defiende que los mismos están tan íntimamente ligados al sujeto que tras su muerte se ha de entender que desaparecen, una corriente[333] de autores italianos se postulan en este sentido. Estos trabajos, como veremos tras la cita de los autores más significativos, para compaginar su postura con la regulación, generalmente justifican la defensa de los derechos por la existencia de un derecho propio, lo que necesariamente nos ha de resultar familiar[334].

Para el estudio de estas posturas vamos a seguir por encima el mismo esquema que en cuanto la fundamentación ya adoptamos en la referencia a estas

[333] Por supuesto que también existe parte de la doctrina que se sitúa en la admisión de la defensa y de la existencia de los derechos (una postura que personalmente creemos que es más adecuada a la luz de la regulación italiana). Todos ellos los estudiaremos en el citado epígrafe 5.2.1 de este capítulo.

[334] Justo tras estudiar la fundamentación que ofrecen estos autores citaremos esta justificación de la defensa. Pero el hecho de que se alegue que lo que se da es la protección de los familiares de un derecho propio, nos muestra la influencia que el sistema jurídico italiano ha tenido en el nuestro, ya que como señalamos, epígrafe 3.1.3.1 en España numerosos autores también señalan ésta como la principal justificación de la defensa post-mortem de estos derechos, cuando en el momento que estudiamos esa postura dejamos señalado que la misma se contradice con varios aspectos de la LO. 1/82, lo que demuestra que estos autores, influenciados entre otros por el derecho italiano (hemos de reflexionar con que esta justificación de la defensa se aprecia en algunos autores italianos anteriores a la mitad de siglo; DEGNI, por ejemplo lo defiende en 1939), han considerado afortunada esta justificación a pesar de no "casar" en algunos aspectos con la regulación española.

posturas en nuestro derecho. Primero estudiaremos los autores que desprenden esta extinción de los propios caracteres de los derechos de la personalidad (y aquí dentro de esta también estarán los que se apoyan en el de ser derechos personalísimos), para luego citar los autores que ofrecen posturas dudosas, o contradictorias.

Respecto a los primeros trabajos, FERRARA, ya desde hace mucho (en concreto desde antes de la mitad de siglo) dice directa y simplemente que; **«con la muerte se extingue la personalidad»**[335], sin que aprecie otra posibilidad, y esta línea es la que sigue este sector de la doctrina desde entonces hasta hoy en día[336].

También vemos esta postura formulada en diversos escritos del maestro DE CUPIS, con expresiones como las de que; **«El ordenamiento jurídico no consiente que la personalidad jurídica persista después de la muerte»**[337], o que; «El hombre cesa de ser portador de intereses y titularidades de situación jurídica que (...) **no se prolongan con la muerte»**[338]; o finalmente que; «No deben confundirse con derechos de la personalidad, **extinguidos con la muerte de la persona**, algunos poderes atribuidos a ciertos parientes supérstites»[339], expresiones que sitúan al mismo claramente en la línea de que la naturaleza de los derechos provoca su extinción[340].

---

[335] Esta afirmación así de rotunda, de la que se ha de desprender que es la propia naturaleza del derecho la que provoca esta protección, hecha en 1941 en un estudio de los derechos de la personalidad desde su perspectiva global, la podemos encontrar en; FERRARA, F., *Diritto delle persone e di famiglia*, Nápoles, 1941, pág. 104. Pero ya mucho antes, en 1921, también lo podemos encontrar en el mismo autor en; FERRARA, F., *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma, 1921, págs. 411 y ss.

[336] Para poder apreciar que ésta es una postura seguida desde hace tiempo, cercano a FERRARA podemos citar a; GIAMPICCOLO, G., *La tutela giuridica della persona umana e il c. d. Diritto alla riservatezza*, RTDPC., 1958 I, pág. 462,. Ya más cercano a nosotros, relativos a diversos derechos de la personalidad apreciamos a; GARUTTI, M., *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Pádova, 1985, pág. 87; GATTI, S., *Il "diritto" alla utilizzazione economica della propia popolarità*, RiDCo., 1988 I, pág. 363; ; LO VETRO, C., *Atti di disposizione post mortem del corpo ai fini non circolatori*, Roma, 1996, pág. 4; o también en BIGIAVI, W, *Giurisprudenza sistematica civile e Commerciale*, Roma, pág. 241.

[337] En; DE CUPIS, A., *Cadávere*, NDI., 1964 II., pág. 658.

[338] Vid. DE CUPIS, A., *La morte umana e il diritto*, FI., 1987 IV., págs. 245 y 246, en la que fundamenta la defensa que la regulación hace de estos derechos no en su existencia, sino en la "pietas familiar".

[339] Cfr. DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*, vol. I, Milán, 1959 (2ª ed. 1982), págs. 99 y ss.

[340] Aunque hay un trabajo; DE CUPIS, A., *Ancora in tema di offesa morale per mezzo della divulgazione cinematografica*, FI., 1952 I., en el que, claramente decantado por la opción de la desaparición del derecho, encontramos una expresión algo contradictoria, cuando nos dice que;

Pero en el derecho italiano (como acabamos de ver en alguna obra aislada del profesor DE CUPIS), al igual que en el español, también encontramos algún autor que se sitúa en una posición aparentemente (al menos) contradictoria, ya que situándose claramente a favor de la extinción del derecho, parece dejarnos alguna duda, y admitir que lo que se defiende es algún derecho del finado. Así, antes de la mitad de siglo, podemos encontrar esta línea de que queda algo similar o igual que los derechos en DEGNI[341], que, tras defender la extinción, nos dice que además de la defensa del derecho propio, la acción busca; «La supresión de los escritos difamatorios o lesivos **del honor o de la reputación del difunto**».

Un estudio muy interesante, especialmente para nosotros, y cercano a nuestros días, es el de SATURNO[342], que estudia la resolución de la STC. 231/88 relativa al caso Paquirri, y cómo se puede relacionar con el derecho italiano. En él recoge todas las posturas habidas en ambos sistemas jurídicos, y sin dejar de admitir que la mayoritaria es la de la extinción, le da gran preponderancia e interés a la que opta por la pervivencia de estos derechos.

En cuanto a la justificación de la defensa, son varios los estudios que opinan que lo que defienden los familiares es un derecho propio. Entre otros autores[343], traeremos aquí dos fundamentaciones separadas por el tiempo, que nos podrán dar una buena perspectiva de la postura en diferentes momentos históricos. DEGNI[344] nos dice que; «Los miembros de la familia defienden **un derecho propio**, en cuanto también[345] su reputación, íntimamente ligada, por los lazos familiares, a la del

---

«Cuando la persona representada ha muerto, los familiares próximos legitimados para actuar se sitúan en posición de defender el sentimiento de piedad que se considera tienen hacia el difunto, y el mismo honor propio *si la representación es lesiva para el honor del difunto, con lo que la ofensa al honor de éste* se convierte fácilmente en una ofensa a su mismo honor». ¿Estamos, como decía GITRAMA ante una nueva situación en la que se debe entender que el autor quería decir *«para lo que fue el honor del difunto en vida»* en vez de *«para el honor del difunto»*?.

[341] Cfr. DEGNI, ob. cit. nota 103, pág. 223.

[342] Lo que señalamos aquí lo desarrolla durante todo su trabajo; SATURNO, A., *Notorietà della vita e riservatezza della morte: un confronto tra ordinamento spagnolo ed italiano*, RiDC, 1992, I.

[343] Además de los que citaremos a continuación y de la fundamentación de DE CUPIS que recogimos con anterioridad, también podemos apreciar en esta postura a; GIAMPICOLO, ob. cit. nota 336, pág. 462; y a BIGIAVI, ob. cit. nota 336, pág. 241.

[344] Vid. DEGNI, ob. cit. nota 103, pág. 223.

[345] Podríamos argumentar que este «también» deja entrever que el autor considera que se ha visto comprometido el derecho de los familiares, pero junto a él, *también* el del fallecido, al igual que ocurre en la doctrina española, como señalamos en los epígrafes correspondientes a ésta.

difunto está comprometida». Por último, en la misma línea argumental, GARUTTI[346], en una formulación acertada muy acertadamente nos señala que; «Los legitimados actúan en juicio para la defensa de **un derecho propio**, dado que el derecho al honor –como derecho de la personalidad- es intransmisible; ellos podrán, por tanto, actuar en defensa del propio honor, *en cuanto ofendido por las repercusiones negativas que los mismos sufren por la lesión del honor del fallecido*[347], *pero no en defensa del honor de su pariente*».

3.2.2.- Derecho francés.

En el epígrafe correspondiente ya estudiamos por encima los derechos de la personalidad desde una perspectiva global en el derecho francés[348]. En el presente epígrafe únicamente queremos dejar señaladas unas pocas posturas que en el mismo se han postulado favorables a que la muerte del sujeto extingue estos derechos.

En el breve apartado anterior de este sistema jurídico, ya analizamos que en el Código Civil francés, el término personalidad ni siquiera aparecía citado[349]. Citamos también que hasta la ley número 70-643 de 17 de julio de 1970, que le dio una nueva redacción al artículo 9 del Código sobre la vida privada, y hasta la ley de 6 de enero de 1978, sobre informática, ficheros, datos, no hubo en dicho derecho una regulación concreta sobre algún derecho de la personalidad[350].

Si esto era así sobre los derechos de la personalidad en su perspectiva global, no hace falta señalar el vacío que existe en dicha regulación sobre la situación post-mortem de los mismos, lo que refleja que al respecto la enjundia de la discusión jurídica sea limitada.

---

[346] En GARUTTI, ob. cit. nota 336, pág. 87.

[347] Como vemos, también en esta postura vemos que el autor opina que no se defiende el honor del fallecido, pero sí dice que si se ven afectados los familiares es por **«la lesión del honor del fallecido»**.

[348] Para ello nos remitimos al epígrafe 7.2 de la parte preliminar de este estudio.

[349] Ya lo dejamos recogido en aquel lugar, pero nos parece interesante, a ese respecto, rescatar esta realidad, acreditada en el trabajo siguiente; NERSON, R., *La protección de la personalidad en el derecho privado francés*, RGLJ, 1961, págs. 7 y ss. (Traducción de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ), en el que expone que «el término *personalidad* no se encuentra en su texto (el del Código Civil)».

[350] Como vemos no es ésta precisamente una regulación sobre los derechos de la personalidad especialmente detallada, con lo que nuestro interés por la situación de éste en el sistema jurídico francés, como ya indicamos será únicamente referencial.

Aún así, ya la Jurisprudencia histórica trató el tema alguna ocasión. En una primera resolución se recogía la necesidad de que ante la posible publicación de imágenes, no de personas fallecidas, sino de personas en su lecho de muerte, se tuviese que solicitar autorización a sus familiares vivos, por lo extremadamente delicado de la situación para la personalidad de sus familiares (como vemos, esta resolución se sitúa en la línea de la defensa del derecho de sus familiares)[351]. También otra sentencia histórica trató el tema de la posible oposición de la familia a una publicación en situación de haber fallecido su titular[352].

Pero en la actualidad también encontramos resoluciones parecidas. La Corte de Casación de Francia, Sección II, Civil, en su sentencia de 26 de noviembre de 1975, se aprecia la lesión del derecho del padre por una publicación dudosa sobre la muerte de un hijo, toda vez que el menor ya no puede ser dañado[353].

En cuanto a la doctrina, ya desde principios de siglo encontramos posturas defensoras de que la muerte extingue los derechos de la personalidad, en la línea de las posturas que imperaban en aquél momento. Así, PERREAU[354], muy a inicios de esta centuria, señalaba que los derechos eran intransmisibles post-mortem, por lo que se extinguían. En la actualidad, en lo que podríamos citar a autores que fundamentan que los mismos desaparecen por su propia naturaleza jurídica, encontramos a TERCIER[355], que nos dice que los derechos de la personalidad, desde su perspectiva general son inherentes; «desde su nacimiento **hasta su muerte**». Por su parte,

---

[351] Así, la Sentencia del Tribunal Civil del Sena de 16 de junio 1858, en un tema de la publicación de la imagen de la célebre actriz Rachel, establecía que «Nadie puede, sin el consentimiento formal de la familia, reproducir o publicar los rasgos físicos de una persona en su lecho de muerte (...). El derecho a oponerse a esa reproducción es absoluto (...) se fundamenta en el respeto que demanda el dolor familiar (...) y *no podría desconocerse sin violentar los sentimientos más íntimos y respetables de la naturaleza y piedad doméstica*».

[352] En la resolución de 14 de marzo de 1860 del Tribunal civil del Sena, asunto Mickiewitz; «Pertenece a los Tribunales considerar si la persona cuyo retrato ha sido ejecutado, ha pretendido autorizarla publicación (...) y si después de la muerte de esta persona, la familia tiene un interés serio y legítimo para oponerse a la voluntad que ha sido formalmente expresada por el difunto».

[353] Los hechos son claros. En una publicación francesa se publicó en relación a la muerte de un menor que la misma había sido de una manera tenebrosa, y en la que no quedaban muy claras las circunstancias. El Tribunal estimó que en el presente caso lo que se dañaba era el derecho del padre, no el del menor. No obstante ello, ésta no es la única postura de la jurisprudencia francesa, como veremos en el desarrollo del capítulo 5.2.2 sobre las resoluciones que sí protegen y consideran que existen los derechos de la personalidad post-mortem.

[354] Vid. PERREAU, M., *Droits de la personnalité*, RTDC, 1909, págs. 526 y 527.

[355] En TERCIER, *Le noveau droit de la personnalité*, 1984, pág. 48.

DELESTRAINT[356], mucho más concreto, señala que; **«la personalidad acaba en el momento de la muerte»**, y finalmente en BEIGNER[357] observamos que se postula por determinar que «un muerto no es nunca más sujeto de derechos».

Pero al igual que en los sistemas jurídicos español e italiano, también encontramos en la doctrina francesa autores que parecen desprender alguna duda en sus posturas[358]. Al menos esto lo podemos desprender claramente de RAVANAS[359], cuanto estudiando la publicación de una imagen post-mortem primeramente nos dice, en términos generales, que; «La vida física e individual de una personalidad jurídica **desaparece con su muerte»**, para después, cuando estudia la posible vulneración de un derecho o no, refleje que; «La protección de la memoria de los difuntos nos conduce a afirmar que, desde un punto de vista jurídico, ***la vida privada de las personas físicas se prolonga más allá de su muerte»***[360].

3.2.3.- Derecho alemán.

Con afán de dejar simplemente citada la situación del derecho alemán, y dentro de la laguna general que en el mismo hay respecto a todo lo relativo con una teoría plural de los derechos de la personalidad[361], sobre su situación post-mortem se ha de destacar que en muy concretos casos la jurisprudencia ha extendido la protección de ciertos valores de la personalidad a un momento posterior a la muerte, pero sin que por ello podamos considerar que existe un sistema completo en el que esta protección post-mortem se admita y esté estructurada y sistematizada[362].

---

[356] Vid. DELESTRAINT, D., *Droit civil. Les personnes et les droits de la personnalité. Le familie. Les incapacités*, París, 1987, pág. 3.

[357] Cfr. BEIGNER, B., *Le droit de la persone*, París, 1995, págs. 221 y ss.

[358] Sin contar con los autores que veremos en el epígrafe 5.2.2 que defienden que los derechos de la personalidad continúan a la muerte de su titular.

[359] Estos párrafos que vamos a citar los podemos encontrar en; RAVANAS, J., *La protection des personnes contre la realization et la publication de leur image*, BDP. 1970, págs. 213 y 214.

[360] Si se afirma que se prolonga la vida privada de una persona física estamos hablando ineludiblemente de una prolongación de su intimidad post-mortem, al menos de su protección, y si se protege, ello ha de ser porque el derecho se prolonga, y evidentemente no desaparece.

[361] Para consultar la situación jurídica de la teoría general del derecho de la personalidad en el derecho alemán (ya que estos derechos se observan desde una perspectiva conjunta, y no individualizados en su naturaleza jurídica), se puede acudir al epígrafe 7.3 de la parte preliminar de la presente tesis doctoral.

En un sistema jurídico que sólo reconoce la existencia de un derecho general de la personalidad, y que no lo tiene totalmente estructurado tal y como lo concebimos en el derecho español, la protección de ciertos aspectos de la personalidad[363] en su situación post-mortem se articula (como ocurre en el resto de los derechos europeos), en el afán de no dañar y rebajar la consideración de la persona[364].

No obstante ello, y en el afán de citar alguna postura que se pueda relacionar con la línea de este epígrafe, la de que la muerte extingue los derechos de la personalidad, una opinión muy generalizada en la doctrina alemana es que; «**el derecho general de la personalidad se extingue con la muerte**», y que; «ciertos familiares próximos están facultados en cuanto "fiduciarios" para defender por **propio derecho** los intereses perdurables del fallecido»[365], siendo esta postura muy similar a alguna de las que acabamos de ver en otros sistemas europeos como el italiano y el francés[366].

---

[362] Vid. BGHZ. 15, 249, 259; 50, 133 ("Mephisto").

[363] Recordemos que tampoco los podemos citar como derechos porque en dicho sistema jurídico, al contrario que en el derecho español, no existen derechos de la personalidad autónomos y con una existencia y naturaleza jurídica propias.

[364] Ya reflejamos aquí que el principio inspirador de todas las regulaciones europeas al tratar los derechos de la personalidad post-mortem, desde la perspectiva de la que lo traten, es que las intromisiones en los mismos no se pueden considerar lícitas.

[365] Opinión que se puede contrastar en LARENZ, K., *Derecho Civil, parte general* (traducción y notas de Izquierdo y Macías-Picavea), Madrid, 1978, pág. 163.

[366] Y a las que ya citamos profusamente en el presente epígrafe del derecho español, con todas sus diferentes fundamentaciones.

4.- POSTURAS INTERMEDIAS.

En el derecho español encontramos algunas posturas acerca de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad que hemos de calificar como "intermedias", ya que no se decantan ni por la opinión de que los mismos desaparezcan tras dicho óbito sin más ni por la de que sigan existiendo tal y como se concebían en vida del sujeto[367].

Ya hemos visto algo en los anteriores epígrafes sobre posturas que calificábamos de contradictorias. Hay dos tipos. Las primeras (que definíamos como de "no pero sí") defendían que la muerte extingue los derechos de la personalidad pero, al analizar la regulación de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82, generalmente se admitía que lo que se protegen es estos mismos derechos[368]. Las segundas (que hemos llamado "sí pero no") las veremos en el epígrafe siguiente, el dedicado a las posturas que declaran explícita o implícitamente que los derechos no se extinguen a la muerte de su titular[369].

Pero entre unas posturas y otras (las que defienden claramente que los derechos desaparecen o las que propugnan que los derechos perviven post-mortem, y las contradictorias de un lado y de otro), encontramos algunos autores que opinan que tras la muerte de la persona los derechos de la personalidad no siguen existiendo tal y como los conocíamos en vida, pero que tampoco han desaparecido del todo. En algunos casos, incluso, algo existe, pero no encontramos claros pronunciamientos sobre qué es eso que existe[370].

---

[367] Ya comentamos con anterioridad que muchas de las discusiones teóricas que conocemos en derecho provocan la aparición de autores que, ante posturas que se enfrentan entre sí en polos opuestos, se sitúan entre una y otra, y a través de la formulación de sus posiciones, generalmente denominadas "ecléctica", recogen lo que consideran mejor de cada una, y con ello elaboran la posición más centrada, o que recoja la mayor cantidad posible de aspectos comunes entre las posturas antagónicas.

[368] Dedicamos todo un subepígrafe del epígrafe anterior dedicado a las opiniones que apoyan que los derechos desaparecen a tratar a todos estos autores (el que calificábamos como de posturas contradictorias). A ese lugar nos remitimos para analizar con mayor profundidad la elaboración y fundamentación de estas opiniones.

[369] Estas posturas, que ya veremos, son situaciones en las que los autores tampoco expresan tajantemente la fundamentación de la defensa, y en unas ocasiones dejan abierta implícitamente la posibilidad de la defensa y de la existencia de estos derechos post-mortem, y en otros hacen una defensa de la posibilidad de esta existencia con una fundamentación algo extraña. Nos remitimos a lo contenido en el siguiente capítulo sobre estas posturas, en concreto en el epígrafe 5.1.1.4.

postura, no estamos ante esos mismos derechos, no son la misma realidad, no es una simple prolongación de la misma concepción que teníamos de ellos en vida, pero lo que existe post-mortem se asemeja mucho a ella.

Como vemos, podemos calificar la postura de algo ambigua, toda vez que parece no poder exponer con la necesaria claridad ante qué realidad estamos. Ante la protección post-mortem de los derechos nos dice que tras la muerte nos encontramos con unos derechos similares pero que no se pueden considerar iguales a los del sujeto en vida. Por desgracia en estos trabajos no se suele dar una alternativa, o una visión clara, de ante qué realidad estamos. Parecen decantarse más por una proposición negativa (no son lo mismo que la personalidad) que por una afirmativa (son algo en concreto)[381]. Pero de estas posturas, no obstante, desde una valoración claramente positiva, sí que podemos decir que parecen enfrentarse directamente con el problema que nos provoca la legislación y que ésta misma no afronta, y ante él toman postura decidida[382].

Así, estos autores son defensores de que los derechos quedan *latentes*, es decir, como vigentes y existiendo pero sin una configuración jurídica definida. Sus argumentaciones se pueden dividir en dos posturas fundamentales.

En la primera algunos tratados exponen que la regulación ha desarrollado una especie de extensión de los efectos de los derechos a través de la cual, a pesar de que la concepción jurídica clásica aboga por la extinción de los derechos, el legislador ha concebido una especie de *ficción* por la que hemos de considerar que, en cierta medida, estos derechos se han prolongado, y por ello siguen vigentes entre nosotros con la esencial finalidad de su protección[383]. Es por ello por lo que se considera que

[381] Ciertamente estas posturas no son definitivas a la hora de aportar una clara concepción de cómo conjugar la clásica e histórica desaparición absoluta de los derechos con su protección post-mortem, ya que en estos trabajos no encontramos propuestas concretas sobre qué debemos entender por esa situación de "latencia". Se nos dice que los derechos no desaparecen, y tampoco existen como eran, sino que quedan como "etéreos" entre nosotros, existiendo en potencia. Como vemos, no son posturas que se caractericen por su concreción, aunque a pesar de ello, en cuanto al fondo de la argumentación sí que son interesantes para observar cómo ante esta situación de la desaparición y protección reaccionan algunos tratadistas.

[382] Y éste es un valor positivo importantísimo de estas posturas en sí mismas. Observan una situación conflictiva tanto en la legislación como en la jurisprudencia y la afrontan, cosa que no hace en nuestro derecho ni una ni otra. No quedan simplemente en la constatación del conflicto, y la sencilla salida de atribuirle la justificación a cualquier concepto sin definirlo (como suele ocurrir con la memoria), sino que estudian el problema y le dan una solución, por mucho que la misma no sea definitiva ni meridianamente clara.

se podrán proteger los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, aunque antes se haya defendido que desaparecen[384].

Esta postura la recoge de manera más o menos clara YSAS[385], cuando nos dice que esta postura; «Opina que los derechos del fallecido se prolongan más allá de la muerte ***por una especie de ficción***. Cualquier persona continúa en la tierra junto a los hechos, objetos y recuerdos que ha dejado y todo el mundo debe poder confiar en que su imagen[386] no será gravemente dañada después de su muerte. Como sea que el fallecido no puede actuar personalmente se reconoce el derecho de sus herederos o allegados quienes actuarán en su nombre, *incluso en el caso en que éstos no se vean afectados en sus derechos*».

Como vemos, será esta ficción[387] la que justifique que aunque los derechos hayan desaparecido se puedan defender incluso sin haber afectado a los actores en el procedimiento. Esta última consideración es muy importante para nosotros, ya que defendimos anteriormente que si la fundamentación de la defensa es que se defienden los derechos de los familiares, se estaba incurriendo en varias contradicciones insalvables, como la de que la lesión podía no ofenderles a ellos o

---

[383] La principal tara de esta postura es que no se explica en base a qué y con qué extensión los derechos se prolongan, ni cómo se ha de articular esta ficción, y compaginarla con la clásica postura de la extinción.

[384] Como vemos, ésta es una postura en la que voluntariamente se provoca un conflicto, la creación de una realidad que no estaba considerada con anterioridad y que no tiene ninguna sustentación jurídica, la de la consideración de una *ficción* con la esencial finalidad de justificar una protección que no se puede compaginar con la concepción jurídica de los derechos de la personalidad vigente hasta ese momento. El problema de la creación de este concepto indefinido es precisamente su indeterminación y su falta de anclaje a una naturaleza jurídica concreta.

[385] Que recoge esta postura de la ficción como una de las que ha aceptado la doctrina hasta ahora, aunque no parezca la suya, y la extrae de la formulación de TERCIER, del derecho suizo y de alguna corriente del derecho alemán, en; YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 793. Como hemos visto, este trabajo se puede encuadrar en diferentes fundamentaciones, ya que se citan varios argumentos de los expuestos hasta el momento, muestra evidente de la dificultad del tema que estudiamos.

[386] Esta referencia a la "imagen" de una persona, creemos, no se puede igualar a lo que conocemos nosotros por derecho a la imagen, sino más bien a una concepción que se sitúa a la mitad de camino entre el derecho a la imagen y el derecho al honor post-mortem, a la reputación, fama, prestigio tras el fallecimiento. Más bien sería un derecho ideal a la "buena imagen" de la persona tras el fallecimiento.

[387] La admisión de la doctrina de esta fundamentación basada en la "creación" de esta ficción, también la podemos apreciar en; BELLÓN MOLINA, F., *El derecho al honor y su tutela procesal civil*, Tesis Doctoral inédita, defendida en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1996, pág. 336. No obstante, observemos que YSAS recoge un aspecto que ya citábamos antes, puede ser que el actor no vea afectados sus derechos.

como que en ese caso no tendría sentido que en la regulación se le de más importancia a la voluntad del fallecido que a la de los familiares actores[388].

La segunda postura dentro de los autores que defienden una concepción de los derechos de la personalidad post-mortem que podemos encuadrar dentro de esta *latencia* es la que se podría definir como de *pervivencia parcial* de estos derechos. Esta postura nos dice que los derechos de la personalidad no desaparecen totalmente a la muerte de su titular, sino que algunos de ellos (sin especificar cuáles) siguen existiendo. Como vemos, es una postura aún más indefinida y falta de concreción que la anterior[389].

En esta situación, PARRA LUCÁN[390], cuando estudia el contenido de la STC. 231/88[391], al hablar de la fundamentación de la protección post-mortem en la regulación de la LO. 1/82 defiende que no se ha producido una sucesión mortis causa del derecho, y lo justifica diciendo que; «Porque, en efecto, si bien la interpretación propuesta sugiere que ***la muerte no extingue del todo*** (y no sólo en su contenido eventualmente patrimonial) ***ciertos derechos personalísimos***...», para acabar la justificación señalando que; «En resumen, y en contra del criterio del Tribunal Constitucional, no cabe negar el contenido personal, extrapatrimonial del derecho a la imagen de una persona fallecida»[392].

---

[388] Al respecto se puede consultar el epígrafe 3.1.3.1, en el que estudiamos los autores que centraban la fundamentación de esta defensa post-mortem únicamente en los derechos de los familiares, y en el que desarrollamos con mayor extensión estas consideraciones. Pero entendemos que para nosotros es muy importante tener en cuenta esta consideración; a lo mejor los derechos de los actores no se ven afectados, y en esa situación, ¿Qué estamos protegiendo?.

[389] Todo ello debido a que en las mismas no se suele especificar bien qué derechos continúan existiendo, con qué extensión y naturaleza jurídica siguen existiendo estos derechos, o qué es lo que ocurre con esos derechos que no desaparecen "del todo", pero de los que no conocemos cuál es su destino. Como vemos, seguimos estando ante posturas que en absoluto concretan qué les ocurre a los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular.

[390] En PARRA, ob. cit. nota 146, pág. 220.

[391] Que, como sabemos, en su parte expositiva expresamente señala que los derechos desaparecen. Esta autora estudiando la citada resolución encuentra, al igual que nosotros señalamos anteriormente, importantes incongruencias.

[392] Como observamos, y contra el criterio del TC., se propone que la muerte no extingue todos estos derechos, aunque no se explique, ya que no se extinguen "del todo", que debemos entender qué le ocurre a esos derechos, situación ciertamente ambigua y que nos aclara la postura de la autora (los aspectos personales del derecho a la imagen perviven a la muerte), pero no la fundamentación de la misma.

Estudiando la sucesión, también encontramos en LACRUZ[393] una postura similar, en la que nos dice que si se defienden estos derechos es porque; «***La muerte deja sobrevivir –en cierto modo- algunos derechos de la persona***, pero estos derechos no se transmiten con la herencia». Por desgracia sólo sigue el autor justificando esta regulación por la defensa del derecho a la memoria honorable (de la que hablaremos a continuación), y no desarrolla la idea de la supervivencia "en cierto modo" de "algunos derechos"[394].

Por último, y antes de acabar con el presente subepígrafe, no podíamos dejar de citar una postura que se sitúa cercana a estas dos principales corrientes sobre la latencia de los derechos que hemos recogido. Ya vimos que para OCALLAGHAN[395] el fundamento de la defensa post-mortem de los derechos es que lo que perdura al fallecimiento de la persona son; «***Los valores de la personalidad dignos de protección***», y estos valores son algo similar a la personalidad pero que no es ésta misma[396].

4.2.- Tras la muerte hay derechos nuevos.

Pero también dentro de estas concepciones que piensan que no podemos considerar que la personalidad desaparece tras la muerte sin más encontramos ciertos trabajos que defienden que con la muerte se produce una transformación de la misma que provoca la aparición de nuevas realidades o derechos[397]. La personalidad no sigue existiendo pero, de ella, y tras la muerte del titular, se produce una evolución

---

[393] Concretamente en su obra; LACRUZ BERDEJO y ALBADALEJO, *Derecho de sucesiones, Parte General*, Barcelona, 1991, págs. 123 a 125.

[394] Como observamos también hemos de lamentarnos del hecho de que el autor no haya desarrollado esta idea, que "en potencia" parece ciertamente interesante para el desarrollo de la fundamentación de esta defensa post-mortem, pero que finalmente nos deja igual que en ocasiones anteriores, sin saber qué derechos sobreviven y cómo lo hacen.

[395] Para un tratamiento de este texto con mayor atención se puede recurrir al epígrafe 3.1.1.5, en el que estudiábamos las posturas contradictorias dentro de las negadoras de la existencia de los derechos de la personalidad. Esta opinión, allí citada, la podemos encontrar en; OCALLAGHAN, ob. cit. nota 107, pág. 77.

[396] De la postura debemos desprender que algo de los derechos quedan latentes y presente entre nosotros, aunque no sepamos qué es ese algo.

[397] Veremos en el transcurso del apartado que no siempre a todo lo que existe se le podría dar sin dudar la categoría de derechos. Pero si no tiene tal consideración, sí que se estaría muy cercana a ella, por lo que dejamos indicado que habrían "realidades" o "derechos" nuevos.

que provoca que a partir de la misma existan derechos o realidades nuevas, que no son lo mismo que la personalidad pero que, al surgir de la misma, tienen una íntima relación con ella.

La primera de las dos principales opiniones que se dan en esta línea doctrinal es la que defiende que tras la muerte quedan entre nosotros *restos* de lo que considerábamos la personalidad en vida del titular. Para la misma quedan ciertos aspectos de la personalidad, derivados directamente de ella que se han denominado *vestigios*. En palabras de GITRAMA[398], (que tal y como vimos en su momento fue quien anticipó el estudio de la situación de los derechos de la personalidad post-mortem), tras el fallecimiento; «quedan **vestigios** relativamente importantes para merecer una protección jurídica: los **restos mortales**, la **memoria**, el **retrato**, las **obras literarias o artísticas** del difunto»[399]. Estas realidades, que las hemos de considerar como derivaciones directamente surgidas de la personalidad, y que la misma deja entre los vivos justo en ese momento en el que, tras la muerte de su titular, según la concepción clásica, deja de existir, son las que provocan una regulación que establece un sistema en el que es totalmente inadmisible su vulneración[400].

Dentro de estas posturas que defienden que existen realidades nuevas encontramos también una posición ciertamente interesante[401]. Es la segunda opinión de esta línea argumental, y en ella se admite claramente que tras la muerte estamos ante unos derechos nuevos, derivados directamente de la personalidad, lo que se califica como; «derechos de la personalidad pretérita», aunque tampoco en este

[398] Vid. GITRAMA, ob. cit. nota 101, pág. 337.

[399] Ya tratamos en el epígrafe de las posturas contradictorias que éste es uno de los primeros autores que habla de estos "vestigios" de la personalidad una vez que su titular ha fallecido, y anticipa la importancia que va a tener la memoria en la justificación de la defensa post-mortem de estos derechos. Destacando la trascendencia, importancia y acierto de esta opinión, no queremos dejar de reflexionar aquí sobre que el retrato y las obras son lo mismo que ciertos derechos de la personalidad en vida, tal y como son la imagen y el derecho de autor.

[400] Siguiendo al profesor GITRAMA y su posición de los vestigios, VIDAL MARTÍNEZ, ob. cit. nota 112, pág. 100, también justifica la defensa de la intimidad desde la perspectiva de la extinción en que; «Acaecida la muerte quedan *vestigios* relativamente importantes para merecer una protección jurídica».

[401] Aunque queremos dejar citado que en la postura del profesor GITRAMA y en la de los que lo siguen ya podíamos encontrar ciertas realidades diferentes a los derechos de la personalidad, como pueden llegar a ser los vestigios, los restos (todos muy parecidos pero que pueden ser llamados por nombres diferentes), y que se han de asimilar a los derechos que motivan la redacción de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82.

posicionamiento se define qué se ha de entender por ellos ni la relación de los mismos con los derechos de la personalidad en vida[402].

De la misma terminología empleada para la denominación de estos derechos hemos de suponer que es la propia modificación de la concepción que el derecho tiene de los derechos de la personalidad en vida de su titular la que motiva la aparición de estos nuevos derechos, de lo que trataremos desprender los principales aspectos de los mismos.

Esta concepción la podemos observar muy claramente en LACRUZ[403], que estudiando la sucesión de los herederos nos dice que los derechos que los familiares defienden[404]; «No son nunca derechos de los herederos, sino **"derechos de la personalidad pretérita"**, sin que tal denominación suponga pervivencia alguna de esa personalidad, sino el hecho de que, extinguida ésta, siga teniendo derecho a una *memoria honorable*[405]». Como vemos, el autor nos dice que los derechos de la personalidad pretérita no son la pervivencia directa de la personalidad, pero algo sí tiene que ver con ésta, aunque no los defina, a pesar de que los identifica con la memoria honorable, ya que ésta, según la LO., sólo es la "prolongación de la personalidad", y ya opinamos que eso no es aclarar mucho al respecto de la concepción de estos derechos[406].

También en PARRA LUCÁN[407], para justificar la protección del artículo 4 de la LO. 1/82, tras decir como vimos antes que los derechos no desaparecen "del todo", encontramos una opinión similar cuando expone que; «ello no impide afirmar que el

[402] Volvemos a encontrarnos con una situación en la que se nos expresa claramente que hay unos derechos nuevos (derechos de la personalidad pretérita) pero no se definen, y lo que hubiese sido más interesante, tampoco se expone cuál es la relación de los mismos con lo que fueron los derechos de la personalidad en vida de su titular, si corresponden a cada uno de los derechos en vida, si a una transformación de los mismos, o cualquier otro extremo.

[403] Vid. LACRUZ. ob. cit. nota 393. pág. 123.

[404] En una opinión también seguida por; HERCE, ob. cit. nota 114, pág. 38, que cita la obra del propio LACRUZ.

[405] Ya vemos cómo sigue apareciendo el concepto memoria, lo que ya hemos visto que sucede tanto en los autores como en la regulación. Justo a continuación lo estudiaremos detenidamente.

[406] En el último apartado de este epígrafe se analiza con detenimiento la relación de la memoria con los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular.

[407] Cfr. PARRA, ob. cit. nota 146, pág. 220.

artículo 4 está confiando a ciertas personas la defensa de una **personalidad pretérita**, sin que se les haya transmitido el derecho del fallecido»[408].

Estamos ante los derechos de la personalidad pretérita, pero en estos trabajos no obtenemos una definición de qué son, y este aspecto es sobre el que se ha de reflexionar con mayor atención. Para comprender bien cuáles son estos derechos nuevos que surgen y que recogemos en este epígrafe[409], hemos de analizar su contenido. Para ello inicialmente admitimos que estos derechos se derivan necesaria y directamente de la propia personalidad. Tras ello, el aspecto más importante de los mismos para este análisis es el hecho de que siempre estos derechos se consideran plurales (todos los autores hablan de «derechos de la personalidad pretérita», y no de «derecho de la personalidad pretérita»). Son derechos derivados de la personalidad, y su concepción plural nos lleva a considerar que a la vez están íntimamente ligados a cada uno de sus derechos en vida. Así pues, se podría opinar que gracias a esa pluralidad, muy en la línea de lo que adelantamos en el capítulo primero de esta segunda parte, estos "derechos de la personalidad pretérita" son la derivación post-mortem de cada uno de los derechos de la personalidad en vida, que al fallecimiento del titular sufren una evolución, primando dentro de su naturaleza jurídica el aspecto social sobre el aspecto personal[410].

---

[408] También se puede analizar que se propugna esta concepción, pero centrado esencialmente en el derecho al honor en; SANCHO REBULLIDA, F., *Comentario del artículo 659 Cc en "Comentarios del Código Civil"*, MJ. T.I, Madrid, 1993, pág. 1163, cuando expone que; «La ley confiere una legitimación específica al heredero (...), para actuaciones dirigidas a proteger la memoria, ***el honor pretérito*** etc. de su causante». Volvemos a ver una vez más cómo se asemeja y se une la memoria con el derecho a la personalidad pretérito.

[409] Antes de la presente reflexión hemos de aclarar algún concepto. Aunque considero que la postura puede tener aspectos interesantes, conviene aclara que la misma no es nuestra posición final, que expondremos detenidamente en el epígrafe 5 de este capítulo (aunque ya lo hemos ido adelantando). Ello no obstante, y ya que estos autores no exponen qué entienden por derechos de la personalidad pretérita, en las siguientes líneas vamos a desarrollar este concepto, intentando descifrar qué se ha de considerar por tales a la luz de la regulación de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82, tal y como si nosotros propusiésemos este concepto como el definitivo y válido.

[410] Lo que hemos tratado de analizar aquí es una de estas situaciones en las que parte de la doctrina defiende la existencia de unos derechos nuevos. Si de lo que se estuviera hablando fuera de un único derecho de la personalidad pretérita, evidentemente estaríamos ante una evolución absoluta de la concepción actual de la naturaleza de los derechos de la personalidad post-mortem, y cambiaría la misma de forma diametral. Pero todos los autores que se sitúan en esta línea defienden que estamos ante unos derechos de la personalidad pretérita en plural, y esto es porque cada uno de estos derechos tiene una naturaleza distinta, y tras la muerte la misma evoluciona en cada derecho de manera distinta, tal y como expusimos en cada uno de los epígrafes del primer capítulo, dedicados al estudio en particular de los distintos derechos de la personalidad en general y tras la muerte en particular.

Como hemos observado a lo largo de todo este trabajo, en este epígrafe y en los anteriores, un concepto ciertamente trascendental dentro de la protección de los derechos de la personalidad post-mortem que cita también la LO. 1/82 es el de **la memoria**[411]. Creemos que la misma se ha de considerar como una realidad (o derecho, sobre la denominación también se encuentran divergencias) nueva, diferente a la propia personalidad aunque estrechamente ligada con la misma, ya que parece admitido por la ley que la memoria es la prolongación de la personalidad, con lo que no es igual, pero está ciertamente relacionada con ella[412]. Por esto mismo, ya que la memoria es una realidad nueva, creemos que es dentro de este apartado donde debemos llevar a cabo el estudio de la trascendencia de este concepto dentro de la protección y de la existencia de los derechos de la personalidad post-mortem. Pero la importancia de este tema para nuestro trabajo motiva que abramos para este tratamiento unos apartados específicos.

4.2.1.- La memoria como realidad diferente de la personalidad.

La memoria se presenta en nuestro derecho (tal y como vimos en el estudio de la legislación[413]) como la justificación de la defensa de unos derechos que antes, en su situación post-mortem, la propia LO. 1/82 ha declarado como extinguidos. Es precisamente la protección que necesita esta memoria la que provoca la redacción de los artículos 4 a 6 de la citada regulación, y con ella el interés de este tema.

Para centrar inicialmente el concepto, podemos exponer que lo que provoca la redacción de estos artículos es la protección, tras el fallecimiento del titular, de lo que en vida fueron sus derechos de la personalidad, que el legislador materializa en la memoria. Por ello ambas realidades dependen la una de la otra. Los derechos dependen de la memoria para que una vez que fallece el titular no sean atacados, y a

[411] Hemos dejado citado en diversos lugares de la presente tesis doctoral (en especial cuando estudiamos detenidamente la regulación de la LO. 1/82) el hecho de que la memoria es un concepto básico dentro de la fundamentación de la defensa post-mortem de los derechos de la personalidad, y a todos ellos nos referimos con esta afirmación.

[412] Justo a continuación desarrollamos este concepto, pero esta concepción de la memoria como prolongación de la personalidad ha sido recogido por la Doctrina y Jurisprudencia.

[413] Ya tratamos algo de la memoria junto a otros temas relativos a la regulación de la LO. 1/82 en el epígrafe 1.2 de este capítulo. No obstante ello, en este apartado trataremos concretamente todos los aspectos interesantes de la memoria.

su vez ésta es la plasmación post-mortem de los derechos en vida, por lo que también depende de ellos para llegar a existir con una naturaleza jurídica propia. Pero a pesar de esta estrecha relación con la personalidad, la memoria no es definida en ningún momento por la LO., por lo que aquí acometeremos esta tarea.

Antes de empezar dicho trabajo hemos de estudiar si memoria y personalidad son lo mismo o no[414]. En un principio parece que no lo son porque, desde un punto de vista jurídico, a tenor de la LO. 1/82, es precisamente en el momento en el que se considera extinguida la personalidad cuando sufre la memoria con valor jurídico, como su continuación (por lo que deducimos claramente que no son la misma cosa)[415]. Desde un punto de vista extrajurídico, desde la perspectiva de la definición que podemos encontrar en cualquier diccionario (ya recogimos la del Diccionario de la Real Academia de la Lengua), la memoria se concibe como «Recuerdo», o como «Monumento que queda para la posteridad para el recuerdo o gloria de una cosa», lo que nos sitúa claramente ante una realidad diferente de la de la personalidad[416].

Recopilando, el concepto "**memoria**" no es el mismo que "personalidad", pero está muy interrelacionado con ella, y además es el fundamento legal para la defensa de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular. Debido a la trascendencia actual de la memoria en relación al resto de los derechos de la personalidad, consideramos fundamental afrontar un estudio detallado de su concepto en esta sistematización de la protección post-mortem de los derechos de la personalidad, y así mismo analizar la relación que se produce entre ambos, como también qué debemos entender por el citado concepto en el ámbito de la regulación contenida en la LO. 1/82.

---

[414] Antes de entrar en la configuración del concepto y de la naturaleza jurídica de la memoria hemos de analizarla como realidad igual diferente a la de la personalidad, y a tenor de ello, situarla en la sistemática de este trabajo, tomando una visión previa que nos facilite el posterior trabajo de conceptualización.

[415] Según la legislación, los derechos de la personalidad son una cosa, y a tenor de la Exposición de Motivos se extinguen con la muerte (aunque ya dejamos indicado en el estudio de la legislación que posteriormente, durante el desarrollo de los artículos 4 a 6, parece que lo que se protege son esos mismos derechos que antes se han declarado extinguidos). Es precisamente después de dicha muerte cuando, desde un punto de vista jurídico, entra a tener trascendencia esa memoria (que por lo tanto es otra cosa) que debe ser protegida, y que se nos muestra como fundamento de esa protección post-mortem.

[416] Ya dijimos que podemos conjugar estas definiciones y centrar un concepto de memoria, alejado del jurídico pero en relación con los derechos de la personalidad, como aquel recuerdo o evocación que teníamos de una persona mientras vivía, surgido y potenciado justamente a la desaparición del mismo. De este concepto deducimos que no es en absoluto lo mismo que personalidad.

4.2.1.1.- El concepto de memoria en la LO. 1/82.

Ya hemos comentado que antes de la regulación de la LO. 1/82 en el derecho español se había relacionado el concepto *memoria* con la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem en un trabajo del profesor GITRAMA[417] que, aunque no en el resto de Europa[418], sí que fue pionero en nuestro país a ese respecto. En él se argumentaba que dentro de los vestigios que quedaban de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular y que motivaban su protección post-mortem se encontraba la memoria.

Con la llegada de la LO. 1/82 se termina de darle una gran trascendencia al concepto memoria, convirtiéndose el mismo en la *piedra filosofal* que fundamenta la protección post-mortem de los derechos de la personalidad. Sin esta regulación el concepto no sería tan importante, y por ello a partir de la misma tiene una gran trascendencia legal, doctrinal y jurisprudencial. Antes de acudir al propio texto de la regulación, analicemos cómo en el desarrollo del debate parlamentario de la regulación PÍO CABANILLAS[419] argumenta el recurso a la memoria para fundamentar la defensa post-mortem de los derechos;

> «*No* estamos ante una *excepción* a la afirmación común de la doctrina de que *los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte* de la persona, como lo prueba el artículo 6 que ratifica este principio, y afirma la no subsistencia de las acciones no ejercitadas en vida por la persona ofendida[420]. Lo que se hace –y esto también, desde el punto de vista de construcción, yo creo que es producto de afinar en el concepto de legitimación- es reconocer *una legitimación propia y específica al cónyuge y a aquellos parientes*,

[417] Esta obra ya la hemos visto aquí en numerosas ocasiones, por lo que quedará citada sin recogerla textualmente; GITRAMA, ob. cit. nota 101, pág. 337.

[418] En el presente epígrafe nos centraremos en estudiar el concepto memoria en nuestro derecho, ya que éste ha de ser nuestro único objeto de atención. A pesar de ello no nos resistimos a señalar, al menos, la influencia del derecho italiano en nuestro sistema jurídico con respecto al recurso a la memoria como fundamentación de la tutela post-mortem de los derechos de la personalidad. En cuanto a la doctrina, ya en 1939; DEGNI, ob. cit. nota 103, pág. 223, argumenta que los derechos se defienden post-mortem a pesar de su desaparición; «para defender *la memoria* del difunto de toda difamación cuando ésta se refleje contra su reputación personal» (relación de la memoria y del derecho al honor). La misma corriente doctrinal se puede apreciar en; GIAMPICCOLO, ob. cit. nota 336, pág. 462; o en VERCELONE, ob. cit. nota 118, pág. 1084. En cuanto a la Jurisprudencia, ya la resolución del Tribunal de Roma de 23-2-55 protege una ofensa contra el gran tenor Caruso por la tutela de su memoria.

[419] Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 206, año 1981, págs. 12299 y ss.

[420] Hemos indicado, e incidimos en ello en el epígrafe 6, en que precisamente el hecho de que lo que cuente sea la visión del sujeto de la vulneración de su derecho es uno de los aspectos que nos hacen decantarnos por la opinión de que los derechos protegidos son los del fallecido.

> fundada en que *la agresión contra* ***la memoria de su cónyuge o pariente fallecido*** *es una* ***conducta ilegítima respecto a ellos, es decir, respecto a los herederos***. Diríamos que los poderes que se le atribuyen no constituyen la persecución de la tutela jurídica de la persona extinta, sino que son un simple reflejo o proyección de aquella tutela. Como se ha dicho, no debemos olvidarnos de que ***los muertos viven también en la memoria de los que viven***»[421].

Como vemos la memoria se cita dos veces. La primera, parece más relacionada con la fundamentación jurídica, en la que recoge que se consideran vulnerados los derechos de los familiares **a través de** *la* ***lesión de la memoria de su cónyuge o pariente fallecido*** (pero como veremos justo ahora en la Exposición de Motivos, ésta no es la concepción que se tiene después)[422]. La segunda, más coloquial se refiere a la memoria de los que viven, al recuerdo de los propios familiares, que motiva esta defensa (recuerdo que conecta con la definición coloquial de memoria antes aquí recogida).

En la Exposición de Motivos el papel que juega la memoria es más claro;

> En los artículos 4º al 6º de la ley se contempla el supuesto de *fallecimiento del titular del derecho lesionado*. Las consecuencias del mismo en orden a la protección de estos derechos se determinan según el momento en que la lesión se produjo. Aunque *la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad,* ***la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho***».

Así pues, según la Exposición de Motivos, y a pesar de lo reflejado en el debate parlamentario[423], la memoria de la persona fallecida es en sí misma el

---

[421] Conviene recordar que para nosotros esta opinión sufre una contradicción básica e insalvable en la regulación, ya que posteriormente, en su desarrollo, en ningún momento se especifica que lo que se defienda sea *la memoria*, ni que a través de la misma se vulnere solamente, como aquí se dice, los derechos de los familiares. En la regulación siempre hay una referencia a que lo que se vulnera y se defiende son ***los derechos del fallecido***, y no se alega que gracias a la lesión de la memoria se ha vulnerado el derecho de los fallecidos, ni en la Exposición de Motivos, ni en el articulado de la LO.

[422] Porque en esta Exposición de Motivos no se *utiliza* la memoria para *a través de ella* considerar lesionados los derechos de los familiares, sino que muy al contrario, se considera que *por sí sola* la vulneración de la memoria del fallecido ya es un hecho lo suficientemente grave y detestable como para provocar la regulación de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82 y proteger con ello los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular.

[423] Y ante la contradicción entre una y otra (de la discusión parlamentaria y de la Exposición de Motivos) debemos estar a lo contenido en esta última, ya que, a tenor del artículo 3º del Código Civil, las normas se han de interpretar según el sentido propio de sus palabras, y sólo cuando éstas no sean claras, se ha de recurrir a los antecedentes históricos y legislativos, y a la finalidad de la regulación.

fundamento básico que provoca la protección de los derechos de la personalidad post-mortem, ya que la misma es su prolongación y digna de protección[424].

Y ésta es toda la referencia que la regulación de la LO. 1/82 hace a este concepto, a pesar de que el mismo se articula como imprescindible para comprender la existencia de la protección post-mortem de los derechos de la personalidad[425]. Así pues, de la LO. sólo podemos desprender que la memoria es la fundamentación de la defensa porque es *digna de protección*, y que ésta es la «*prolongación de la personalidad*», pero en ningún momento se define claramente qué debemos entender por memoria a la luz de la misma regulación.

De este hecho, podemos afirmar sin dudar que la regulación opta por no definir en ningún momento lo que se ha de entender por memoria, simplemente porque no acomete tal tarea (ya que decir que es la *prolongación* de la personalidad no es decir gran cosa, porque, prolongación no es lo mismo, eso es claro, pero tampoco es del todo diferente a personalidad), y de esta situación lo único que obtenemos es confusión. Así pues, no sabemos si para el legislador este concepto de memoria es más o menos que personalidad, una adaptación, una modificación de la misma, etc. Por lo tanto, para recapitular lo contenido en la LO. 1/82, las únicas conclusiones que podemos sacar en orden a la definición del concepto es que por un lado, es la prolongación (sin más) de la personalidad, y por otro lado, el fundamento de que la misma se proteja tras la muerte de su titular[426].

Parte del sistema jurídico español ha seguido esta línea argumental de la regulación[427]. Así, en alguna jurisprudencia que ha aplicado la regulación prácticamente se calcan estas expresiones. En la resolución del TS. de 3-2-84 de la

---

[424] No vamos a incidir nuevamente en lo ya explicado sobre la pacífica admisión en nuestro sistema jurídico de la admisión de la protección de los derechos de la personalidad post-mortem, lo que ya reflejamos con abundancia en el epígrafe 2 de este segundo capítulo al que nos remitimos.

[425] No es que no sólo no se desarrolle este concepto. Durante el resto del texto de la regulación ni siquiera aparece el término memoria en ningún otro momento de la misma.

[426] En el siguiente apartado la principal tarea que vamos a acometer es la de definir el concepto de memoria desde un punto de vista jurídico, y en concreto desde el punto de vista de la regulación contenida en la LO. 1/82 en relación a la protección post-mortem de los derechos de la personalidad, así como desarrollar la relación que existe entre la memoria y cada uno de los derechos. Antes queremos incidir que ésta es una tarea nada fácil, que incluso el propio legislador no acometió, por lo que no tenemos muchos puntos de anclaje para iniciar su tratamiento.

[427] Nos referimos a la de no entrar a definir con profundidad el concepto, sino citar solamente que es importante y que es la prolongación de la personalidad.

Sala de lo Penal[428], en su considerando octavo, se expone que; «...lo que protege el legislador en estos casos no es el derecho de los parientes próximos (...) sino *el honor del difunto, su buena fama, su recuerdo, su renombre* ***y su memoria***...», situando a la memoria en una situación íntimamente ligada a la de los derechos, pero sin definirla.

En el ámbito civil, la resolución de 7-3-88 defiende en su FJ. 2º que en dicho caso[429] se produjo; «una intromisión ilegítima en el ámbito del *honor y de la intimidad personal de dicho piloto*, titular del derecho lesionado y **cuya memoria constituye una *prolongación* de su personalidad**». También la sentencia de 16-3-96 –FJ. 5º-, utiliza la memoria como fundamento de la protección post-mortem cuando, tratando cierta publicación[430], estima que la misma; «alcanza de lleno *a la vida privada del Letrado asesinado*, con vilipendio para **su memoria**...»[431].

También a la luz de esta regulación y de la jurisprudencia existente en nuestro sistema jurídico alguna parte de la doctrina que estudia la lesión de estos derechos tras el fallecimiento de su titular y que opinan básica y casi únicamente que la memoria es la fundamentación de la misma, y el aspecto que realmente se lesiona cuando una persona ya ha fallecido[432].

---

[428] Nos interesa esta resolución a pesar de ser penal, para hacer reflejar cómo, tras la publicación de la L.O. 1/82, la memoria poco a poco va cobrando gran importancia en nuestra jurisprudencia, incluso en un ámbito como el penal, que no es el mismo que el de la citada regulación. En este caso el Tribunal resolvía un caso de posibles injurias a una persona fallecida.

[429] Éste es el que resuelve el Tribunal Supremo sobre el ya citado caso Patiño (el comandante que pilotaba el avión que se estrelló en Sondica, y sobre el que se publicaron diversas noticias no muy beneficiosas sobre su vida en los tiempos justamente anteriores a su fallecimiento). Los Fundamentos de Derecho de la misma serán tratados con todo detenimiento en el epígrafe posterior ya que, como vemos, en el mismo se expone que sí puede existir y protegerse el derecho a la intimidad de una persona fallecida.

[430] En la que se denigraba a un abogado fallecido, comentando que estaba inmerso en oscuros asuntos de la mafia.

[431] Éstas no son las únicas resoluciones en las que se habla de la memoria. En el siguiente epígrafe traeremos a este estudio una muy interesante al respecto, la STC 190/96, que le da una trascendencia y un valor añadido muy importante (lo que en cierto modo es algo novedoso para la jurisprudencia) a este concepto de manera autónoma dentro de la vulneración de los derechos de la personalidad post-mortem.

[432] Aunque queremos aclarar que parte de la doctrina no sólo sigue formalmente lo contenido en la Ley (en cierta manera utilizando el concepto memoria para justificar esta defensa), como en algunos trabajos que citaremos aquí justo a continuación, sino que también tratan de desentrañar de alguna manera este concepto, a través del desarrollo de su naturaleza, y nos dan algunas claves que pueden ser interesantes para comprenderlo mejor. Esos otros autores serán tratados justo en el apartado siguiente al actual, epígrafe 5.1.1.

El texto de la Exposición de Motivos es citado en numerosas ocasiones por la doctrina[433], que a través del mismo incide principalmente en estos dos aspectos. Por un lado, encontramos en repetidas ocasiones la textualidad de la regulación, y se justifica que; «*La memoria* de aquél (del fallecido) constituye una *prolongación* de esta última (de la personalidad), que debe también ser tutelada por el Derecho», tal y como podemos observar en LACRUZ[434] o CREVILLÉN[435], y, por otro, que es precisamente la memoria la que va a ser dañada por la publicidad de una imagen perjudicial[436].

Así pues, hemos observado claramente cuál es el concepto que la LO. 1/82 contiene de la memoria (concepto limitado, que como hemos visto es seguido en numerosas ocasiones tanto por jurisprudencia como doctrina). Se le da un papel preponderante, ya que se concibe como fundamentación básica, casi única, de la defensa post-mortem de los derechos de la personalidad (y con ello se convierte en eje importantísimo para el tema central de este estudio), pero en ningún momento la definición o conceptualización que la regulación hace de la memoria vaya más allá de considerarla como «prolongación de la personalidad», sin que en ningún caso nos desarrolle una explicación de qué es lo que hemos de entender por ello.

Por todo lo referido, en el siguiente epígrafe, con el apoyo de la doctrina que ha reflexionado más profundamente sobre ello, y con el de alguna jurisprudencia, afrontaremos el estudio del concepto jurídico de la memoria en relación a la regulación de la citada LO., a la protección que en la misma se le da a los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, y a la posible existencia o extinción post-mortem de los mismos[437].

---

[433] Incluso a veces no se recoge solamente la Exposición, sino también las palabras del debate parlamentario del diputado CABANILLAS que recogimos anteriormente, en un intento de llegar de una mejor manera a la intención de la regulación. Así, esto se puede observar, por ejemplo, en VIDAL, ob. cit. nota 112, pág. 99; o en BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 335.

[434] Que recoge textualmente esta opinión, haciendo suyo lo contenido en la regulación en su obra de 1998; LACRUZ, ob. cit. nota 201, pág. 100.

[435] Cfr. CREVILLÉN, ob. cit. nota 117, pág. 55.

[436] Como recoge BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 334.

[437] Que para nosotros es la parte de este epígrafe que presenta más dificultad e interés a la vez para aclarar cuál es la fundamentación final de la protección de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

4.2.1.2.- Concepto jurídico de memoria en relación a la regulación de los derechos de la personalidad post-mortem en la LO. 1/82.

Por memoria podemos entender muchas cosas[438], pero desde el punto de vista jurídico, lo que ciertamente nos interesa en la presente tesis doctoral es saber qué debemos entender por tal en su relación con los derechos del honor, de la intimidad familiar y personal y de la imagen regulados en la LO. 1/82. La relación de la memoria con estos derechos se produce principal y exclusivamente tras la muerte de su titular[439], con lo cual lo que se ha de analizar es si en ese momento la misma es similar a los tres o sólo a alguno de ellos; en uno o en todos los aspectos de los mismos; si los comprende o si es una parte suya, etc. Para analizar todas estas cuestiones nos serviremos de lo que hasta hoy se ha escrito en nuestro sistema jurídico sobre la memoria[440].

Ya dijimos anteriormente que podemos definir inicialmente la memoria, sin ninguna característica jurídica como; "El recuerdo o la evocación que tras la desaparición física de una persona tenemos de la misma mientras vivía, y que adquiere su mayor significación justo en este momento post-mortem"[441]. Así pues, la primera palabra que nos viene a la mente cuando hablamos de memoria es *recuerdo*, tal y como encontramos en el extenso estudio de YSAS, que trata con atención el

[438] Ya hemos recogido, y lo traemos aquí por sernos tremendamente útil en este momento que en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por ejemplo (se podría utilizar para esto cualquiera), tiene más de doce acepciones, y entre las primeras está la de; «Potencia del alma, por medio de la cual se retiene y recuerda lo pasado», o la de; «Recuerdo», o de; «Monumento que queda para la posteridad para el recuerdo o gloria de una cosa».

[439] Ya vimos que la regulación le da una gran trascendencia al concepto únicamente una vez el titular ha fallecido, porque hasta ese momento en concreto la memoria no tiene importancia alguna para la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, siendo éstos mismos los que se protegen.

[440] A pesar de que, como ya comentamos, en nuestro Derecho el término memoria ha sido usado básicamente para justificar la protección de estos derechos una vez que se había optado por la opción de que la muerte extingue los derechos, sí que encontramos algunos trabajos en los que los autores se detienen algo más (no profundamente) en analizar hasta dónde debemos entender que se extiende el concepto. En el presente epígrafe nos apoyaremos en todos estos artículos y en la única resolución de nuestros más altos tribunales (Constitucional y Supremo) que nos expone una concepción de la memoria que llega más allá de la de prolongación de la personalidad y la fundamentación de su defensa post-mortem, la STC. 190/96.

[441] Ésta es la misma definición que dábamos inicialmente de memoria en el primer subepígrafe de este apartado, cuando decíamos que era un derecho nuevo o una realidad diferente a la de los derechos de la personalidad en vida.

concepto de memoria[442]; «*Memoria* significa **recuerdo** y éste no existe por sí mismo y cuando es evocado nunca es fiel sino que constituye una interpretación o esquematización de la realidad. Así la memoria del causante es la representación que del mismo existía a su muerte (la imagen que daba)». Este recuerdo, como vemos, se ha de relacionar inmediatamente con la concepción que teníamos de la persona en vida, y con su actuar (lo que se llama idealmente la "imagen" que tenemos de cada uno[443]).

Una vez que tenemos el concepto recuerdo, hemos de relacionar esta idea con los derechos de la personalidad, con la intención de ser consecuentes con el hecho de que lo que buscamos es el concepto *jurídico* de memoria. Para ello, debemos hacernos la siguiente pregunta; ¿De qué recuerdo hablamos?. Nosotros creemos que tratamos del recuerdo que tenemos de la vida y obras que realizaron cuando vivían cada una de las personas que nos acompañaron durante un tiempo y que han fallecido[444]. De los muertos (y en especial de los que fueron nuestros familiares), por un imprescindible principio de bondad, dignidad y respeto hacia su figura, generalmente potenciamos la idea de los buenos recuerdos que dejaron entre nosotros, de sus buenas obras, y con ellas hemos de relacionar la memoria.

Desde el punto de vista jurídico, por lo tanto, y respetando lo que fueron los derechos de la personalidad en vida, hemos de potenciar como concepción de memoria el buen recuerdo, el buen nombre o la fama de la persona mientras vivió. HERCE[445] nos dice que hay que reivindicar «la *buena memoria* del muerto», en definitiva, como nos dice él, que el fallecido siga teniendo «derecho a una *memoria*

---

[442] Este estudio (que como ya citamos es de los pocos monográficos sobre el tema central de nuestra tesis doctoral) sí que cuenta con una interesante reflexión acerca de lo que es la memoria, lo que hemos de hacer notar y elogiar aquí, ya que respecto a otros aspectos alguna vez éste ha sido un trabajo criticado. Esta definición de memoria se puede encontrar en; YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 802.

[443] Decimos idealmente porque ésta es la imagen que cada cual tiene ante los demás, que no tiene que ver directamente con el derecho a la imagen que hemos estudiado aquí, sino que ha de relacionarse directamente con la idea de prestigio y respeto y en general con el respeto de todos los derechos de la personalidad en su esfera espiritual; honor, imagen, intimidad, nombre o derecho de autor.

[444] No nos equivoquemos asimilando la palabra obras a la concepción de obras de arte o de la literatura. Hablamos de todas y cada una de las obras o acciones que cada persona deja entre nosotros con su quehacer diario.

[445] Las dos afirmaciones que aquí traemos las podemos encontrar en; HERCE, ob. cit. nota 114, pág. 38.

honorable»[446]. Esta idea la desarrolla muy bien ESPÍN CÁNOVAS[447], cuando nos dice que; «Sin embargo, la ley concede esta acción protectora de lo que llama *"la memoria"*, es decir, **el buen nombre, la fama** de una persona que es independiente de su vida y muerte pues va ligada a su propio se e identidad»[448].

Así pues, ya estamos ante la posibilidad de centrar el concepto de memoria. Ésta es el recuerdo de una persona, ligado a su buen nombre, fama, o reputación. Hablamos, en definitiva, del buen recuerdo o buena reputación del fallecido (siempre de los buenos recuerdos, no de los malos).

Este concepto memoria que ya hemos centrado nos aclara mucho respecto a su relación con los derechos de la personalidad[449]. Estamos hablando de reputación, de la concepción que en sociedad existe sobre la persona del fallecido. Casi sin darnos cuenta hemos llegado a un concepto ya desarrollado o definido con anterioridad en la presente tesis doctoral. En efecto, la reputación, la concepción

[446] Como vemos se incide claramente en la *buena* memoria. Creemos que esto es así porque éste es el valor que busca proteger el ordenamiento jurídico, que generalmente se materializa en el buen recuerdo del familiar. Cuando se lleva a cabo una publicación que lo daña, el mismo le da a los familiares la posibilidad de protección de dicho buen recuerdo. Estimamos que no se defiende el mal recuerdo. Pongamos un ejemplo. Si un fallecido fue un criminal y una publicación lo publica, no será ilícito porque no daña al honor por ser una noticia veraz. Pero si se publicase que era una magnífica persona sus familiares no estarían legitimados por la LO. 1/82 para proteger esa "mala fama" puesta en duda (porque no se respetase esa mala fama, un imprescindible principio de decoro y respeto a los fallecidos impide esta interpretación de la LO.). No obstante ello, tras su fallecimiento, dicha persona no deja de tener derechos de la personalidad post-mortem, independientemente de su conducta en vida, y sí podrían ser dañados en los derechos a la imagen (derecho ya estudiado, no esta imagen ideal de la que hablamos antes), el de la intimidad, el del nombre o su derecho de autor (en caso de que lo hubiese ejercido) post-mortem todos ellos, por ejemplo mediante la publicación inconsentida de imágenes (o de su nombre), o la divulgación pública de hechos de la intimidad, etc., incluso su derecho al honor si se publicasen otro tipo de noticias, falsas, que lo desprestigiasen aún más ante la Sociedad (por ejemplo, se podría afirmar que alguien condenado por un robo lo fue también por asesinato, sin ser ello verdadero).

[447] Cfr. ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 238.

[448] Una idea muy similar a ésta de HERCE y de ESPÍN encontramos en CABEZUDO, ob. cit. nota 212, pág. 379, cuando nos dice que las acciones buscan; «las reparaciones pertinentes ante una vejación dirigida contra el *buen nombre* de quien ya no puede defenderse por sí mismo».

[449] Antes queremos señalar que no estamos de acuerdo con BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 170, pág. 53, que ante la dificultad del tema (una sincera afirmación suya que ya hemos tratado aquí), nos dice que la LO., en esa legitimación post-mortem; «La Ley plantea más problemas de los aludidos, en ese intento de proteger "la memoria del fallecido", de que habla su exposición de motivos». Nosotros creemos, sin embargo, que la ley lo que hace con esta alusión a la memoria es aclararnos algunas situaciones importantes, como seguidamente comentaremos.

social de la persona es exactamente el aspecto social o trascendente del derecho al honor que tratamos en este trabajo en el primer epígrafe del capítulo anterior[450].

Así pues, la memoria se asimila al aspecto social del honor de la persona fallecida. Pero es más, creemos que también se relaciona con esta concepción ideal de la imagen de una persona, (la imagen que la misma daba) que observábamos en YSAS. Memoria es tanto aspecto social de honor como imagen que de la persona fallecida tenemos, una vez producido el óbito[451].

Sobre este concepto y su relación con el resto de los derechos de la personalidad post-mortem se ha de añadir que nos parece evidente que si no se respetasen los concretos derechos a la imagen (evitar que los terceros la usen a su antojo), a la intimidad (mantener un ámbito de vida propio limitado al conocimiento ajeno), al nombre y de autor (su uso indebido por terceros) tras el fallecimiento del titular, la memoria (el aspecto social del honor post-mortem o de la concepción ideal de la imagen) se vería dañada, ya que se afectaría a la reputación que en sociedad existe sobre el fallecido. Así pues, la protección otorgada a estos derechos post-mortem se liga a la que se le da a la memoria a raíz de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82[452].

Por todo lo referido, podemos concluir que, para nosotros, memoria con relación al resto de los derechos de la persona post-mortem podría ser; «***El recuerdo de la personalidad de alguien fallecido, que queda para la posterioridad en la conciencia social de los que le sobreviven materializado en el aspecto social de los***

---

[450] Traemos aquí textualmente lo que recogimos en dicho epígrafe para compararlo con el concepto de memoria al que hemos llegado de una manera natural y lógica. Es la definición que de honor da la STS. de 9-10-97 (RJ. 1997\7613) en su FJ. 2º (podíamos haber traído aquí cualquiera, ya que todas estas definiciones, doctrinales y jurisprudenciales son la misma, como ya analizamos); «el **honor** se integra por dos aspectos, el de la *inminencia* representado por *la estimación que cada persona hace de sí misma*, y el de ***trascendencia***, integrado **por *el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad***». Y recordemos aquí que la conclusión que allí sacábamos es que hoy en día, en nuestro sistema jurídico, este segundo aspecto social es claramente prevalente respecto al primero personal (sobre los motivos de ello nos remitimos a lo allí expuesto), epígrafe 3.1.2 del capítulo Iº de esta segunda parte.

[451] También anteriormente ya expusimos las razones por las que el concepto ideal de imagen se ha de asimilar al social de honor.

[452] Creemos que esta relación de la memoria con el respeto del resto de los derechos de la personalidad tras la muerte del titular es esencial para que la primera se respete. No se podría estar diciendo que se protege la memoria, y a la vez dejar sin protección el derecho a la intimidad tras el fallecimiento de la persona, ya que a través de la vulneración de este derecho por la divulgación de hechos que la persona ya fallecida buscaba que quedasen en su esfera privada, se vería afectado el buen nombre, la fama o la reputación del finado; es decir, se vulneraría su memoria. Y lo mismo ocurriría con el uso ilegal del resto de los derechos de la personalidad.

derechos del honor y de la concepción ideal de la imagen (íntimamente relacionados con la protección de sus derechos a la imagen, a la intimidad, al nombre, y al derecho moral de autor de la persona una vez fallecida)»[453].

Hemos derivado este concepto de memoria, que es el que buscábamos, de un desarrollo lógico de la argumentación expuesta. Pero esta relación entre la memoria y los derechos de la personalidad post-mortem también la podemos ver en nuestro sistema jurídico en algún otro lugar. En la doctrina, YSAS[454], tras hablarnos de la memoria como recuerdo, nos dice que la misma no es igual que personalidad, y que ésta no tiene titular vivo, por su fallecimiento. Posteriormente, tras hacer la relación entre la memoria y los derechos; «Los derechos protegidos son el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, supuestos perfectamente válidos para personas vivas, pero que no se ajustan *del todo* al caso de protección de la memoria del fallecido. Así es imposible la intrusión en la vida privada actual[455]», y a pesar de esta afirmación, concluye señalando rotundamente que; «En definitiva, *el objeto de la protección es* **el honor, la intimidad y la imagen *del fallecido***, con las matizaciones hechas, ***derechos de la personalidad*** y por tanto extrapatrimoniales, irrenunciables e intransmisibles»[456].

En CABEZUDO[457] se observa esta relación, cuando tras el desarrollo de la idea *memoria*, nos dice que gracias al artículo 4 se protegen; «unos intereses de corte estrictamente personalista, que se concretan en el deseo de no ser escarnecidos cuando ya no podamos defendernos, o en la exigencia de que tras nuestra muerte se sigan preservando **nuestra imagen e intimidad** en la medida en que no se hallen justificadas ciertas concesiones sobre las mismas».

---

[453] Como vemos, esta definición relaciona íntimamente el concepto memoria con la regulación de la protección de los derechos de la personalidad post-mortem en la LO. 1/82.

[454] Cfr. YSAS, ob. cit. nota 110, págs. 802 y 803.

[455] Esta última afirmación cae por su propio peso. Si la persona ha fallecido es imposible que se le vulnere su vida privada actual, por el simple hecho de que ya no existe su vida actual. Pero sí es perfectamente posible que se produzca una vulneración post-mortem de datos de la vida privada de la persona mientras vivía a los que se han podido tener acceso tras la muerte o mientras vivía la misma, y que el fallecido quería que quedara reservada y no las conocieran los terceros. Esta intromisión, que supondría una evidente vulneración post-mortem del derecho a la intimidad del propio fallecido, no de ninguna otra persona, ni familiar ni nadie.

[456] La definición que dábamos con anterioridad se conecta muy directamente con esta afirmación de la autora. Es de destacar que como ya recogimos, la misma la hace desde la oficial postura de la extinción de los derechos tras la muerte.

[457] En CABEZUDO, ob. cit. nota 212, pág. 380.

También observamos esta conexión entre la memoria y la existencia de ciertos aspectos sociales de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular en la jurisprudencia, en concreto en la STS. 24-6-94[458], en su FJ. 2º se nos indica primero que la publicación; «erosiona la **estima** y **reputación** de la personalidad afectada (ya fallecida)», y después que, tras considerar que existe lesión, se nos dice que gracias a la misma, al igual que la estima y la reputación, y hablando de la finada su; «***memoria*** ha sido así tan lastimada»[459].

Haciendo evolucionar algo más esta concepción de memoria que hasta ahora hemos obtenido, podemos relacionarla directamente con la idea de *prolongación de la personalidad* que nos da la propia Exposición de motivos, ya recogida aquí y observada también en la doctrina española[460]. Si lo que se da es la pervivencia del aspecto social del derecho al honor y a la imagen, muy ligados a la protección del resto de los derechos de la personalidad en su esfera espiritual[461], podemos decir que ante lo que estamos es ante la *continuación jurídica* de los propios derechos de la personalidad en vida, por lo tanto, ante la prolongación de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

---

[458] Esta resolución, de la que ya hemos tratado sus hechos y sus fundamentos de derecho con anterioridad, trata de un caso, por desgracia, repetido, el de la publicación de la noticia de que la muerte de una joven se debe a su consumo de drogas siendo falso, lo que provoca una lesión de la memoria de la joven, de su reputación y estima, a parte de que también afecte a los derechos de los progenitores. Será tratada con detenimiento en el siguiente epígrafe.

[459] Respecto a la lesión de aspectos sociales de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular a través de la publicación de ciertas noticias encontramos algunas resoluciones (numerosas en relación al total que tratan estos derechos) en las que se considera que se lesionan derechos de la personalidad (honor y otros) sin necesidad de nombrar a la memoria. Estas resoluciones (como las de; STC. 172/92; STC. 178/93; STS. de 30-12-89; STS. de 13-3-90; STS. de 26-1-98, entre otras), y las consecuencias que hemos de derivar de que se protejan esos derechos sin citar para ello a la memoria, serán estudiadas en el siguiente epígrafe 5. en concreto en el 5.1.2.

[460] Podemos encontrar esta importante referencia en la doctrina en numerosos trabajos. Además de todos los que recogimos en el subepígrafe anterior que seguían textualmente la regulación, también en estos autores que estamos tratando ahora podemos encontrar la aceptación de esta idea de prolongación. Así, en; YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 802; o en ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 238.

[461] Decimos específicamente que la memoria tiene que ver principalmente con los derechos de la personalidad desde la perspectiva espiritual porque la afectación de la misma por la vulneración post-mortem de los mismos parece evidente (del derecho al honor, la intimidad, la imagen, nombre o derecho de autor). No recogemos tan directamente su relación con la vulneración del principal derecho de la personalidad post-mortem desde la esfera corporal, el acto de disposición del cadáver, porque la intromisión en la memoria que se produce si esta vulneración no se hace pública y no se produce el escarnio del cuerpo del fallecido no es tan palmaria (nos referimos a que se incumplan los deseos del fallecido respecto al destino de su cadáver), y debería estudiarse según los casos.

Por lo dicho, para nosotros la idea prolongación es válida, pero no desde el mismo punto de vista desde el que lo recoge la regulación[462]. Para nosotros memoria es la prolongación de un aspecto concreto del derecho. La memoria, por ello, no es un concepto diferente al de personalidad, es un concepto continuador de la propia personalidad, muy relacionado con ella, ya que es la continuidad post-mortem del *aspecto social* del derecho al honor y a la imagen. Pero esta prolongación es compatible con la idea de los que proponen que la memoria es una realidad independiente, autónoma y con un valor por sí misma, aunque evidentemente se relacione, y de determinada forma dependa, de los derechos de la personalidad[463].

Profundizando en esta idea de valor de la memoria por sí misma como realidad autónoma, la misma nos parece ciertamente trascendental. Hemos de considerar que la memoria es una realidad que tras la regulación de la LO. se ha de considerar con suficiente valor por sí misma para tenerla como por un concepto con una vida independiente, autónoma, y con esencia propia, íntimamente ligada a la concepción de los derechos de la personalidad, pero con una existencia y una naturaleza jurídica propia. De hecho, según la propia LO. es la memoria la que motiva que los derechos de la personalidad, a pesar de haber desaparecido, sigan *teniendo una protección post-mortem.*

ESPÍN[464] ya indicó que la memoria es; «**independiente** de su vida y muerte, pues va ligada a su propio ser e identidad», pero esta idea es más desarrollada aún por AZURMENDI[465], cuando justifica la defensa post-mortem, entre otras razones[466] por; «El **valor que tiene en sí misma *la memoria*** de las **personas fallecidas**, en cuanto que constituyen un elemento de *continuidad cultural*», y sigue definiéndola porque; «La memoria de la persona fallecida se protege como una realidad jurídica que goza de cierta **autonomía**».

---

[462] Un punto de vista que ya observamos y que parece hacer prevalecer la idea de que la memoria es la prolongación de la personalidad, pero que realmente no tiene una relación inmediata con ella (quizás sí mediata), con la intención de recalcar aún más que la muerte ha extinguido la personalidad y que surge *otra* realidad, la memoria.

[463] Precisamente porque como acabamos de comentar la memoria es la prolongación post-mortem del aspecto social de los derechos de la personalidad en la esfera espiritual de la persona.

[464] Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 238.

[465] En AZURMENDI, *ob. cit. nota* 155, pág. 172.

[466] Ya recogimos en el epígrafe 3.1.1.1 que en la justificación de la defensa post-mortem, además de la memoria que ahora veremos, la autora recoge que tiene un papel fundamental el respeto de los sentimientos de la familia.

Pero ahondando más en el desarrollo de esta idea de la importancia de la memoria por sí misma como concepto autónomo e independiente, y derivado del hecho de que es la memoria la que por sí sola justifica esta protección post-mortem, la STC 190/96[467] da un paso fundamental en la concepción de la misma, y la iguala en importancia a un derecho. En su FJ. 2º, tras estudiar cómo se produce la publicación y qué es lo que se daña, y tras opinar que resulta dañado tanto la memoria como el derecho de los familiares, señala que; «la LO. 1/82 (...) establece que *la memoria* de una persona fallecida **puede limitar el derecho a la comunicación de información veraz**».

De esta afirmación que a nosotros, tal y como señalábamos anteriormente, nos parece absolutamente cierta[468], hemos de desprender reflexiones y consecuencias importantísimas. Como ya señalaremos más adelante, y como se desprende claramente del artículo 20 de nuestra Carta Magna, las libertades de información y de expresión son derechos fundamentales[469]. Pues bien, es constante, pacífica y asentada la jurisprudencia de nuestro TC.[470] que establece que un derecho fundamental sólo pude ser limitado por otro derecho fundamental y según la valoración casuística de las circunstancias del conflicto en concreto, y en el que el derecho que limita al otro tenga prevalencia sobre éste[471].

---

[467] Esta resolución será estudiada con profundidad en el epígrafe siguiente que trataremos justo a continuación, ya que en la misma se protegen los derechos de la personalidad de una fallecida. Los hechos que la motivaron son los que por desgracia ya hemos tenido que repetir en numerosas ocasiones; la falsa atribución de la muerte de una joven a temas relacionados con el consumo de drogas y el consecuente perjuicio que esto provoca.

[468] Porque, tal y como ya señalamos, la propia Exposición centra la motivación de la ampliación de la protección de estos derechos tras la muerte de su titular en la existencia de la memoria, y si se produce esta protección generalmente lo que motivará será la limitación de los derechos a la libertad de información y de expresión (en los términos que tiene desarrollados la jurisprudencia y que serán estudiados posteriormente en el epígrafe 2 del capítulo 3º).

[469] En el último capítulo de esta tesis doctoral abriremos un pequeño apartado dedicado a la constatación de las formas de protección de estos derechos de la personalidad (post-mortem principalmente pero en relación constante a la protección en vida) en nuestro sistema jurídico, y en él desarrollaremos la especial, concreta y constante relación que existe entre los derechos de la personalidad y las libertades de expresión y de información, relación que ya deja patente incluso el mismo texto constitucional, en su artículo 20.4; «Estas libertades (las de información y opinión) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen *y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen* y a la protección de la juventud y de la infancia».

[470] Que ahora no citaremos por conocida y aceptada y porque será citada en el citado tercer y último capítulo de nuestro trabajo.

En una derivación natural de esta resolución, nada forzada, hemos de concluir que la memoria, si bien no se puede considerar directamente un derecho fundamental por no estar recogido en nuestra Constitución como tal, a raíz de la regulación de los derechos de la personalidad de 1982, de la propia afirmación de la STC 190/96, y de la constante práctica constitucional, se ha de considerar con el mismo valor jurídico (y creemos que ello debería conllevar que con la misma naturaleza jurídica) de un *derecho fundamental* respecto a las situaciones de fallecimiento de su titular que los derechos de la persona respecto a situaciones de vida de éste[472].

Recapitulando, desde un punto de vista jurídico y tras la LO. 1/82, la memoria no es lo mismo que los derechos de la personalidad, por lo tanto, no es lo mismo que personalidad, pero su naturaleza jurídica se plasma, se materializa, en la pervivencia de la concepción social de los derechos de la personalidad en su esfera espiritual[473] tras el fallecimiento de su titular, y en las situaciones de conflicto y en su protección frente a las libertades de información y de opinión tiene el mismo valor de derecho fundamental que éstos durante la vida de su titular[474].

---

[471] Todos los criterios que se han de dar para que un derecho de la personalidad (y en este caso, tras el fallecimiento de su titular, la memoria) limiten a las libertades de expresión y de información serán tratados en el citado último capítulo.

[472] Esta conclusión es importantísima. No podemos considerar a la memoria como un derecho fundamental de origen constitucional, por el simple hecho de que la propia Constitución no lo recoge. Pero la regulación de 1982 es una Ley Orgánica, con lo que tiene un valor regulador especial y reforzado por la propia Constitución, y en su regulación se le da a la memoria una consideración tal que hemos de considerarla no sólo como un valor autónomo e independiente en sí misma, sino como el derecho fundamental que surge de la pervivencia post-mortem de los aspectos sociales de los derechos de la personalidad.

[473] Ya citamos más arriba que no todos los derechos de la personalidad en su esfera personal tienen el mismo valor post-mortem. La memoria se identifica mucho más con el derecho al honor y con una concepción ideal del derecho a la imagen, pero para no dañarla también se han de considerar existentes y proteger los derechos a la intimidad, al nombre o de autor post-mortem.

[474] En cuanto a la concreta situación jurídica en la que quedan los derechos tras el fallecimiento de su titular, no en cuanto a ninguna otra.

5.- LA MUERTE NO EXTINGUE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Entramos en el análisis de las posturas que en la doctrina y la jurisprudencia (básicamente las españolas[475]) han opinado que no se puede considerar que tras el fallecimiento de la persona sus derechos de la personalidad se extingan[476]. Como ya señalamos en el epígrafe 3, ésta no es la postura mayoritaria en nuestra doctrina, ya que hasta ahora el artículo 32 del Código Civil y la histórica concepción de la naturaleza jurídica de estos derechos hicieron que mayoritariamente se considerase que los mismos desaparecían tras la muerte.

Pero tras la promulgación de la LO. 1/82 se produce un replanteamiento doctrinal y jurisprudencial de la pura y llana extinción de los derechos (aunque existan planteamientos anteriores a dicha regulación que se la cuestionaban[477]). Con la admisión (sin ninguna clase de dudas) en dicha regulación de la protección post-mortem de estos derechos, la hasta el momento admitida y pacífica posición de la simple extinción empieza, cuando menos, a replantearse y reformularse, incluso

---

[475] Volvemos a reiterar lo que ya señalamos en el epígrafe 3 de este segundo capítulo. El objeto central del presente trabajo es el estudio de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad en el derecho español. Por ello, la atención principal la tendremos sobre nuestro sistema jurídico (principalmente doctrina y jurisprudencia), aunque ello no obste para que tras este tratamiento abramos unos pequeños apartados en los que expongamos las posiciones que en derecho comparado se han dado sobre cada opinión (en este caso la de la no extinción de los derechos). Aunque no llevemos a cabo un estudio pormenorizado, abrimos estos apartados con la principal intención de poder comparar nuestro derecho con estos otros sistemas jurídicos y observar cómo en algunos de ellos también se ha dado esta postura, y en ocasiones en un momento histórico anterior al del español, lo que nos indica que el sistema jurídico español se ha podido ver influenciado por ellos, como observaremos especialmente en el tratamiento del derecho italiano.

[476] Utilizamos aquí una formulación negativa conscientemente. Tras toda la exposición que desarrollaremos aquí observaremos que los autores no suelen decantarse por que los derechos de la personalidad sigan existiendo tras la muerte de su titular tal y como se consideraban en vida. En estos autores, con más o menos matices, y desde posiciones con distinta fundamentación, lo que se defiende es que la muerte no ha extinguido del todo los derechos, y ya veremos cómo se configura esa supervivencia para cada uno de estos tratadistas.

[477] De hecho en este epígrafe, en los distintos apartados en los que lo estructuramos, sí que encontramos en nuestro derecho algunos autores anteriores a la promulgación de la citada LO. que si bien no es que se decanten sin ninguna fisura porque los derechos perviven post-mortem (lo que hubiese supuesto ciertamente una pequeña temeridad a la luz de la regulación y de la situación doctrinal y jurisprudencial del momento), sí que advierten que tras la muerte no se puede considerar que, simplemente, estos derechos se extinguen, ya que hay valores, derechos o realidades que se han de defender.

desde la perspectiva de los autores que expresamente seguían propugnando la desaparición de los derechos[478].

Así, poco a poco, en nuestro sistema jurídico (al igual que en el derecho comparado europeo), y desde esta regulación hasta la actualidad, se ha ido abriendo paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la postura que vamos a analizar con verdadero detenimiento en este epígrafe. Estimamos que a pesar del carácter minoritario de estas posiciones que aquí vamos a traer, son ciertamente interesantes desde el punto de vista que intentan dar una satisfactoria respuesta a la evolución de los tiempos y de la regulación[479], aunque para ello necesitan alejarse de algunas de las posturas más clásicas. El carácter de "revolucionarios" (en cierta medida) de estos pronunciamientos frente a los que históricamente han supuesto la base de la fundamentación jurídica de los derechos de la personalidad en su situación post-mortem en nuestro derecho es un valor indudable de todos ellos[480].

En el próximo epígrafe de este capítulo, y tras haber recogido las opiniones doctrinales y jurisprudenciales de todos los sentidos[481], expondremos nuestra posición acerca de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad (que ya hemos adelantado algo, y se sitúa bastante alejada de la simple extinción). En la misma las posturas recogidas en este epígrafe, y sobre todo las diferentes fundamentaciones jurídicas que en ellas realizan sus autores serán de gran

---

[478] Todo esto lo reflejamos con profundidad y claridad en el epígrafe 3 de este capítulo, y más concretamente en su apartado 3.1.1.5, en el que se recogían autores que, gracias al difícil intento de conjugar esta histórica opinión de la extinción de los derechos con la nueva situación de la protección, en sus escritos se podían apreciar ciertas contradicciones internas de las que intentamos descifrar y analizar su causa en el citado epígrafe.

[479] Y compaginar de la mejor manera posible la protección de estos derechos con su naturaleza jurídica.

[480] En la actualidad existe gran número de posicionamientos que han intentado adaptarse a la gran transformación que hoy en día está experimentando la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad (ya recogimos en la parte preliminar de este trabajo, más concretamente en el apartado dedicado a los caracteres de estos derechos, el hecho de que alguno de estos caracteres, léase el ser innatos, su extrapatrimonialidad o su indisponibilidad, están evolucionando en la actualidad) y de la que los cambios que está experimentando la situación post-mortem de los mismos nos parece de los más interesantes.

[481] *En el epígrafe 3 estudiamos la doctrina y la jurisprudencia que estaba a favor de que estos* derechos se extinguiesen, con todas las diferentes argumentaciones que utilizaban para ello. En el 4 se trataron las posturas intermedias, mientras que en el actual epígrafe 5 estudiaremos con todo detenimiento quienes se postulan por defender que los derechos no se extinguen tras el fallecimiento de su titular.

importancia, por lo que ahora estudiaremos con verdadero detenimiento esta corriente doctrinal.

Comenzaremos el presente epígrafe centrándonos en la situación de esta corriente de opinión en el derecho español. Como señalamos, serán de verdadero interés todas las posturas doctrinales que abogan porque los derechos no se extingan, unas más decididas que otras, por lo que aquí las analizaremos con detalle, tras estructurarlas sistemáticamente desde la mayor a menor intensidad que los autores emplean en defender que la muerte no ha extinguido los derechos de la personalidad. Pero para nosotros se nos presenta como aún más trascendental el estudio del desarrollo que tras la resolución del TC. 231/88, estudiada ya aquí con profundidad, ha tenido nuestra jurisprudencia, ya que su evolución se ha de considerar esencial y básica para estudiar la fundamentación jurídica y asentar el estudio de esta postura de la pervivencia de los derechos[482].

Tras el tratamiento del derecho español, recogeremos brevemente, y sin ánimo de ser exhaustivos en cuanto a un desarrollo extenso de todos los matices existentes, la situación de esta postura en el derecho comparado, aunque como comentábamos, nuestra intención sea la de centrarnos preferentemente en nuestro sistema jurídico. Lo que nos interesa, con finalidad comparativa, es analizar cómo (especialmente en el derecho italiano pero también algo en todos los sistemas jurídicos europeos), desde antes de la promulgación de la LO. 1/82 (en principio podemos considerar que en el sistema jurídico italiano desde la Ley de autor de 22 de abril de 1941) se dio una paulatina aceptación de esta existencia y protección post-mortem de los derechos de la personalidad, lo que pudo influir en la reacción que esta regulación de 1982 supone en nuestro sistema jurídico[483]. Tras el estudio del

[482] No queremos adelantar aquí lo que desarrollaremos en ese lugar, pero sí que no podemos dejar de señalar que el interés que cobra la jurisprudencia tanto de nuestro Tribunal Constitucional como la del Supremo es esencial a la hora de comprender la importancia que tiene la corriente doctrinal que defiende que los derechos de la personalidad no se extinguen tras la muerte de su titular (todo ello a pesar de que en la doctrina generalmente se le haya dado una mucho mayor importancia a la STC. 231/88 que a las que posteriormente han dictado tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo sobre este mismo tema, cuando ciertamente, tal y como veremos, la doctrina de la citada resolución y la de las siguientes no son en absoluto coincidentes), siendo la de la resolución de 1988 claramente minoritaria.

[483] Es por ello por lo que en el citado epígrafe sobre la situación en el derecho comparado nos centraremos básicamente en el estudio del derecho italiano. Veremos cómo en este sistema jurídico, mucho antes que en nuestro país, se dan posiciones que serán muy similares a las que posteriormente se tomarán en la legislación y doctrina españolas, lo que reflejará la influencia de dicho derecho en el nuestro. Esta evidente influencia es la que nos ha llevado hasta ahora (y nos lleva en este epígrafe), a

derecho italiano analizaremos superficialmente lo que se contiene respecto a esta postura en los derechos francés y alemán[484], como indicábamos con la simple intención de poder comparar con más elementos de juicio la situación del derecho español[485].

estudiar, dentro del breve tratamiento del derecho comparado, con mayor detenimiento el sistema jurídico italiano.

[484] Ya aclaramos aquí, tal y como hicimos en el epígrafe 3 que estos dos sistemas jurídicos serán tratados con una menor extensión que el italiano, ya que su influencia en nuestro sistema jurídico es menos palpable.

[485] Insistimos en que nuestra intención al abrir estos epígrafes sobre el derecho comparado durante todo el presente trabajo es únicamente asentar cuál es la situación de la discusión en la actualidad en estos sistemas jurídicos, para con ello tener una referencia con la que podamos comparar la del español, y esta limitada intención ha de marcar inevitablemente el escaso desarrollo de este tema, en el que no buscaremos recoger todas las posturas que el mismo ha provocado.

5.1.- Derecho español.

Hasta la publicación de la LO. 1/82, con la inexistente regulación sobre los derechos de la personalidad, y con la influencia que en su concepción post-mortem establecía el artículo 32 de nuestro Código Civil, las posiciones que hasta dicho momento pusieron en duda la desaparición de estos derechos post-mortem fueron ciertamente escasas[486].

Pero era natural que la regulación contenida en los artículos 4 a 6 de la citada LO. provocara en el derecho español una pequeña "revolución", ya que inexorablemente se produjo un replanteamiento de la situación, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial (y de ahí el interés actual del tema)[487].

Dentro del derecho español inicialmente estudiaremos las posturas doctrinales que tras la regulación se han decantado por hacer evolucionar la concepción de la naturaleza jurídica de estos derechos y, así, admitir su existencia post-mortem. La situación de esta línea argumental sigue siendo minoritaria, y los autores han intentado fundamentarla de la mejor manera posible, y de ahí hemos obtenido una situación poco uniforme. En ella unos autores declaran expresamente la supervivencia de los derechos, otros lo admiten implícitamente y otros solamente determinan que los mismos se protegen a toda costa tras el fallecimiento de titular (y de ellas nosotros derivamos esta continuación del derecho). Veremos todas estas posiciones según las distintas argumentaciones que las mismas aportan[488].

---

[486] Aquí las señalaremos y estudiaremos todas, pero no podemos negar ni olvidar que las mismas, en dicho momento, son muy aisladas dentro del admitido de la desaparición de los derechos. El hecho de que existiesen, aunque pocas, no nos pueden hacer llegar en absoluto a una concepción equivocada, ya que históricamente, casi con unanimidad, se establecía que los derechos de la personalidad desaparecían a la muerte, y estas opiniones contrarias anteriores a 1982 son muy concretas excepciones.

[487] Dijimos en los inicios del epígrafe 3 (y ello puede parecer contradictorio con esta última afirmación) que la LO. reforzó en parte a quienes defendían que los derechos desaparecían. Este efecto lo produjo la Exposición de Motivos de la Ley, cuando exponía que «la muerte extingue los derechos de la personalidad». Los autores que se postulan en dicha opinión la asentaron apoyándose usualmente en dicha frase. Pero ello no impidió que, poco a poco, en el estudio del articulado de la LO., se apreciase por parte de la doctrina y por casi toda la jurisprudencia que se podría admitir que lo que realmente se defendía y protegía en la misma eran los derechos del fallecido, que por lo tanto no desaparecían. Esta apreciación fue la que provocó el replanteamiento que aquí comentamos, compatible con el hecho de que la línea doctrinal contraria a la que estudiamos ahora haya usado la Exposición de Motivos para reforzar su opinión.

[488] Estas posturas doctrinales, como analizaremos, contienen de todo, y trataremos autores que claramente se sitúan por la necesidad de que estos derechos pervivan post-mortem y otros que parecen defenderlo simplemente por una derivación directa de la regulación sin mucha mayor sustentación. Creemos que estas segundas posturas están motivadas por la inconcreción legal que ya estudiamos,

Tras la doctrina estudiaremos la jurisprudencia, ciertamente trascendental, en mi opinión, para justificar esta posición (de hecho la utilizaremos abundantemente cuando expongamos nuestra posición personal). Esto es así porque en la misma, tras la resolución del TC. 231/88, sí que podemos decir sin temor a equivocarnos que se produce una auténtica revolución en la argumentación de las resoluciones a la hora de resolver las posibles vulneraciones de derechos de la personalidad de fallecidos, siendo lo más valorable de esta situación el hecho de que, tras la citada resolución, la práctica totalidad de las sentencias de nuestros más altos tribunales son en la línea de la continuidad post-mortem[489]. Por todo esto, el tratamiento de esta jurisprudencia será exhaustivo y detallado.

5.1.1.- Posturas doctrinales.

Con el análisis de las distintas posturas doctrinales que en nuestro derecho han opinado que la muerte no extingue los derechos no haremos más que hacer evolucionar una situación que ya antes hemos tratado. En el estudio de las posturas contrarias a éstas observamos algunas de ellas, llamadas contradictorias, que desde la posición de la extinción parecían admitir algún tipo de pervivencia de los derechos, ya sea porque se consideraba que algunos valores de los mismos seguían existiendo o porque se admitía implícitamente su protección. Ya hemos explicado que para nosotros, si se admite la protección de estos derechos, ello significa que algo existe y que algo es digno de defensa (y hemos de analizar qué es ese algo, si el mismo derecho o una realidad similar al mismo, lo que desarrollaremos en el próximo capítulo)[490].

---

epígrafe 1.2 de esta Sección, pero explicaremos por qué de ellas derivamos que la opinión de sus autores es la de considerar que la muerte no extingue los derechos de la personalidad.

[489] Es curiosísimo observar cómo la práctica totalidad de la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo a partir de la resolución de 1988, salvo algunas contadas excepciones, adopta una línea nada similar a la de la STC. 231/88, inicial (y hasta hoy podríamos decir que paradigmática) resolución para la doctrina que siempre ha apreciado que se dañaba el derecho de los familiares porque el del fallecido había desaparecido. Analizaremos detenidamente esta línea jurisprudencial que hasta ahora ha gozado de una menor atención que la otorgada a la citada resolución, y este menor interés doctrinal precisamente motivará que en el presente estudio estas resoluciones posteriores serán analizadas con verdadera atención.

[490] Cuando expusimos estas posturas ya dijimos que para nosotros incurren en una evidente contradicción quien primero afirma que los derechos se extinguen post-mortem, y después que lo que se defiende son los derechos del fallecido. Si se extinguiesen esos derechos, ya nada existiría y por lo tanto, no se regularía aspecto alguno, y el derecho no reaccionaría ante estas posibles violaciones

Ahora estudiaremos aquellas posturas que para nosotros evolucionan algo más allá de estas contradictorias. Lo autores que aquí tratamos, ésta es nuestra opinión, analizan esta contradicción y, ante la misma buscan la explicación que sirva para asentar el por qué de esta protección post-mortem. Un hecho que demuestra que lo que aquí se produce es una evolución de estas posiciones que parecían admitir implícitamente la existencia de los derechos, es que muchas de estas posturas se sitúan cercanas a aquellas, aunque con una mayor claridad admiten que la protección provoca la posible pervivencia de estos derechos[491].

Para analizar cómo estas posturas surgen en una situación doctrinal contraria, en la que lo pacífico es admitir que los derechos se extinguen, dentro de cada una de las fundamentaciones en las que sistematizamos este epígrafe llevaremos a cabo la exposición de las posturas doctrinales en orden cronológico en cuanto a su publicación, para con ello observar cómo la opinión va surgiendo en un principio, evolucionando con el paso del tiempo, afianzándose y, finalmente, haciéndose cada vez más firme[492].

Un valor que objetivamente le hemos de admitir a todas las posturas que estudiamos a continuación es su gran novedad, casi diríamos que riesgo. Son posturas comprometidas, que buscan hacer evolucionar la concepción de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad desde unas posturas más clásicas (quizás podríamos decir también más habituales o cómodas a tenor del artículo 32 del Código Civil), a otras más arriesgadas y evolucionadas que quizás, y, desde

---

porque no existiría ningún ámbito jurídico digno de protección. Si el derecho protege los derechos de los fallecidos será porque los mismos no dejan de existir tras el fallecimiento –al menos totalmente-, y se estima que existe algo que pervive y que es digno de protección. Aquí estudiaremos ese algo, a pesar de que ya desarrollamos en el epígrafe anterior las posturas que opinan que ese algo es solamente a la memoria.

[491] De hecho en aquellas posturas había algunas que parecían primero negar la existencia del derecho para luego permitirlo, las que denominábamos como "no pero sí". En este epígrafe encontraremos el anverso de la misma moneda. Se dan algunas posturas que lo que hacen es admitir la existencia de los derechos, pero luego recuerdan la postura mayoritaria de la extinción, lo que llamábamos "sí pero no". La conexión entre ambas posturas también la observaremos en que algunos autores que recogemos en aquél apartado serán también traídos aquí, porque la principal conclusión que nosotros sacamos de sus trabajos es la pervivencia de sus derechos. Justificaremos en cada uno de ellos el por qué de esta visión nuestra, cuando probablemente, y por la primera apariencia de estos trabajos, podrían ser estudiados en aquel otro lugar sobre la extinción de los derechos.

[492] Aunque no debemos olvidar que estas posturas son minoritarias, y que a pesar de que en ellas observaremos que cada vez se van defendiendo con más determinación, no podemos considerar que en la actualidad esta corriente se esté consolidando como dominante, ya que esta evolución es ciertamente progresiva, pero lenta.

nuestro punto de vista, se conjugan mejor que las anteriores con la realidad de la regulación actual[493].

Queremos aclarar que en este epígrafe, al igual que hacíamos en el anterior, se tratarán todos los autores que han defendido que los derechos perviven, sea cual sea el enfoque que le dieron a sus estudios. Pueden haber, como ya hemos señalado, tres tipos de enfoque; desde el estudio de los derechos en general; el de los derechos regulados en la LO. 1/82; o desde cada uno de ellos por separado[494]. Todos son importantes porque las argumentaciones en las que se fundamentan las distintas opiniones desde uno u otro enfoque pueden sernos útiles a la hora de analizar la situación de los derechos de la personalidad desde una perspectiva global, desde la que enfocamos nosotros este trabajo.

El hecho de que estas posturas sean novedosas hace que no todas ellas sigan la misma argumentación para fundamentar sus opiniones. Desde el común denominador de que todas ellas defienden que la muerte no extingue automáticamente los derechos, algunas posturas son más claras en la exposición de sus argumentos que otras[495]. Siendo ésta la principal característica que diferencia a las posturas, para desarrollar un correcto estudio de las mismas y ser en ello lo más

[493] Si bien el hecho de que sean posturas arriesgadas lo podemos considerar objetivo, esta última observación es claramente subjetiva, y se corresponde únicamente con una opinión personal, ya que creemos que estas posturas han reaccionado con mayor rapidez y acierto a la legislación de la LO. 1/82, que como comentamos cuando desarrollamos su contenido (epígrafe 1.2 de este capítulo), creemos que aunque en su exposición de motivos defienda expresamente que los derechos se extinguen, después, de hecho, lo que proclama defender (lo que creemos que hemos de desprender de su regulación y espíritu), es que lo que se defiende son los derechos del fallecido. El hecho de que ésta sea nuestra forma de valorar estas posturas lo desarrollaremos en el epígrafe siguiente, cuando expongamos nuestra opinión sobre la situación de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, recopilando y analizando con mirada crítica todas las posiciones que hemos recogido en este capítulo, y lo contenido en el anterior sobre cada uno de los derechos por separado.

[494] Los enfoques, algo más explicados, pueden ser; Unos estudian la pervivencia o no de los derechos desde el punto de vista de los derechos de la personalidad analizados desde una perspectiva general, global, al igual que nosotros; otros estudian conjuntamente los derechos regulados en la LO 1/82 –honor, intimidad personal y familiar e imagen-, pero sólo estos; otros, por fin, estudian alguno de los derechos de la personalidad en concreto, uno de los ahora citados u otro, derecho al nombre o de autor.

[495] Valoramos esta situación como normal, ya que el hecho de que esta postura sea claramente minoritaria y se encuentre enfrentada con un amplio sector de la doctrina que opina lo contrario a ella, ha hecho que los autores que la defienden hayan puesto todo su empeño en la fundamentación de las mismas, lo que ha dado distintos argumentos que justifican este posicionamiento, el de la no extinción de los derechos.

claros posibles, hemos dividido el tratamiento de estas posturas según cuál es el enfoque que estos autores les dan[496].

El primer grupo de autores es el más claro en su posicionamiento, ya que desarrolla una decidida defensa de la pervivencia de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular. Se sitúan claramente en esta situación y desarrollan el por qué de la misma[497]. Esto hará que, inevitablemente, los argumentos que encontramos en estos autores sean estudiados aquí con una gran atención.

Otros autores, sin embargo, no son tan claros como los primeros, y lo que hacen en sus escritos no es expresar claramente que se permite la existencia post-mortem de los derechos, sino que por el contrario simplemente dejan abierta la posibilidad de la defensa, dejando entrever en sus escritos que, en el conflicto entre los derechos de la personalidad post-mortem y las libertades de información y de opinión, lo que prima es la pervivencia del derecho[498]. Otros, así mismo, admiten de una manera implícita, pero sólo eso, que los derechos siguen existiendo tras el fallecimiento de su titular[499].

Por último, encontramos aquí unos pocos autores que son la antítesis de los contradictorios del epígrafe 3. Aquellos autores, tras explicar que los derechos se extinguen, posteriormente proponían que se defendían. Pues bien, aquí encontramos autores que lo que hacen es admitir la existencia de los derechos tras el fallecimiento de su titular, pero luego recuerdan la existencia (e incluso la recogen), de la postura

---

[496] Creemos que con ello aclaramos aún más el panorama de la exposición de estas posturas, aportando luz a esta situación doctrinal. Lo que queremos reiterar es que dentro de todas de estas posturas vamos a desarrollar el estudio de los integrantes de cada una de ellas ordenados de forma cronológica, con lo que creemos que aclaramos la evolución que los tiempos han motivado en esta postura.

[497] Aunque lo que algunos hacen es solamente admitir que lo que se defiende es la fama, reconocimiento, memoria, buen nombre, reputación (la terminología puede ser muy variada) del fallecido, lo que aquí hemos igualado a la clara pervivencia post-mortem de ese aspecto social del honor del que hablábamos cuando tratábamos la memoria.

[498] Estos autores básicamente dejan abierta la posibilidad de que estos derechos sean los que se defienden post-mortem cuando los familiares actúan frente a los Tribunales. Aunque no se decanten expresamente por la pervivencia sin tacha y sin dudas de estos derechos, sí que hemos de considerar, y estimamos que de sus trabajos se desprende claramente, que estos autores conciben en sus posturas la pervivencia de los derechos de la personalidad, ya que la misma es imprescindible para que los derechos pervivan.

[499] Estos autores lo que hacen esencialmente es, sin decir que los derechos se protegen post-mortem, señalar que la protección que tienen no es total, o que es limitada en el tiempo, o que la regulación es revolucionaria respecto a la teoría mayoritaria, pero sin citar claramente que la critican. Las estudiaremos a continuación.

mayoritaria de la extinción, por lo que las hemos denominado también como posturas contradictorias[500].

5.1.1.1.- Decidida defensa de la existencia de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

Estas posturas basan su fundamentación en admitir la existencia de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, prácticamente sin ninguna duda. Unos y otros autores utilizan expresiones diferentes, con argumentaciones que no tienen demasiadas similitudes, pero en todos estos estudios encontramos la afirmación de que lo que se defiende con las acciones de la LO. 1/82[501] son los derechos del fallecido[502].

Antes de la regulación de la LO. 1/82 ya encontramos algunos autores que claramente se sitúan en la línea de defender que los derechos de la personalidad (o al menos alguno de ellos) siguen existiendo y defendiéndose tras el fallecimiento de su titular[503].

Comenzamos analizando a PÉREZ SERRANO[504], que en un estudio sobre el derecho moral de autor[505] de mitad de siglo, concretamente de 1949, adelanta una

[500] Recogeremos posteriormente a estos autores que, como indicamos, no son muy numerosos, y allí podremos comprender mejor el por qué de que señalemos esta contradicción.

[501] Porque estos autores básicamente los encontramos en un momento histórico posterior a 1982. Cierto es que algún autor expone su opinión en momentos anteriores, y éstos no pueden basar su postura en dicha regulación, por lo que veremos a continuación en qué fundamentan su posición.

[502] Como veremos en el desarrollo de estos estudios, algunos autores son más explícitos que otros, porque como podremos ver algunos dicen explícitamente que los derechos siguen existiendo y otros no, pero lo que se ha de desprender sin dudas es que en los casos de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82, pero nosotros, de todos ellos desprendemos, sin dudas, que lo que se protege son los derechos del fallecido, de lo que naturalmente se desprende que estos derechos no han desaparecido, y que tras la muerte siguen siendo dignos de protección.

[503] Antes de seguir queremos hacer una salvedad. En el desarrollo de este apartado del epígrafe 5 se podrá notar que algún autor que hemos citado ya como defensor de la pervivencia post-mortem de los derechos de la personalidad (autor que elabora alguna de sus obras antes y después de la regulación), como por ejemplo GITRAMA, no es aquí recogido. Ello es debido a la sistematización del presente apartado. En este primer apartado hemos recogido únicamente a los autores que claramente se decantan por la pervivencia post-mortem de los derechos, y el profesor GITRAMA (y esos otros autores de los que se puede echar en falta su presencia aquí), serán recogidos posteriormente en las posturas que podemos situar en esta línea argumental, pero que son menos categóricos en sus expresiones, en concreto en los dos siguientes epígrafes.

[504] Podemos observar lo aquí recogido en todo su trabajo dedicado íntegramente al derecho moral de autor; Vid. PÉREZ SERRANO, N., *El derecho moral de los autores*, ADC, II., 1949, págs. 7 y ss.

reflexión interesante. Primero estudia si estamos ante un derecho de la personalidad o no, y tras observar sus caracteres de absoluto, inalienable, intransmisible, imprescriptible, se decanta por la opinión favorable, seguidora de la de DEGNI. Pero seguidamente abre un apartado en el que estudia si es un derecho perpetuo o no, es decir, si pervive a la muerte de su titular, y nos señala que; «En el Derecho positivo la tendencia va en el sentido (...) de reconocer el *carácter vitalicio* del derecho moral con respecto al autor, y de procurar su respeto *post mortem auctoris*», para concluir que; «...es evidente que, muerto el autor, alguien ha de recibir la investidura necesaria para poder **ejercitar los derechos espirituales de que se trata** (los del derecho moral de autor)». Lo que ejercitan los familiares es, para este autor, los derechos espirituales de los que era titular el autor fallecido, es decir, ejercitan el derecho moral de autor que antes ha sido calificado como derecho de la personalidad[506].

El profesor LACRUZ[507] avanza de manera decisiva en el reconocimiento de la necesidad de la existencia de estos derechos a la muerte de su titular antes de la promulgación de la regulación civil de la LO. 1/82. En su obra de 1974, estudiando la extinción de la persona, y a raíz del reconocimiento penal de la legitimación para actuar contra una calumnia o injuria a un familiar fallecido[508], realiza una

---

[505] Con lo aquí ya relatado, y lo contenido en el epígrafe del primer capítulo de esta segunda parte dedicado al derecho de autor, creemos innecesario incidir sobre la diferencia del derecho moral de autor y el derecho patrimonial, el surgimiento de esta separación y su importancia jurídica. Para ello nos remitimos al citado tratamiento, epígrafe 3.6 del capítulo anterior, recordando que es posición mayoritaria la de admitir el derecho moral de autor como un derecho de la personalidad.

[506] Por lo que es la primera vez que en nuestro sistema jurídico se considera la posibilidad de que la muerte no extinga algún derecho de la personalidad y debemos valorar adecuadamente el momento histórico de publicación de esta opinión. Ciertamente éste no es un estudio de todos los derechos de la personalidad (cosa ciertamente imposible en un momento en el que la teoría sobre los mismos no estaba tan plenamente desarrollada en nuestro derecho como ahora), pero su valor para el objeto de nuestro estudio al referirse expresamente que estamos ante uno de ellos y que es perpetuo, nos parece evidente.

[507] En su obra; LACRUZ BERDEJO, J., *Instituciones de derecho civil*, T I, Vol. II, Barcelona, en la edición de 1974, pág. 179. Las afirmaciones justo ahora desarrolladas (no las posteriores) las encontramos en esta edición de su obra, de 1974. Recordemos que hemos citado anteriormente, nota 201, esta misma obra en su última edición, la de 1998. También la citamos justo a continuación, con la finalidad de compararla con lo aquí expuesto para aquel momento histórico.

[508] Reconocimiento que se contenía en el artículo 466 del antiguo Código Penal (sin regulación similar en el actual), que, en relación al artículo 457, permitía a los familiares actuar cuando una injuria o calumnia se produjese contra un familiar fallecido, y que, a diferencia de la regulación civil posterior sólo legitimaba a los familiares (no al designado por el fallecido, o al Ministerio Fiscal); «siempre que la calumnia o la *injuria trascendiere a ellos, y en todo caso al heredero*». Como vemos era necesario que el daño les afectase directamente, prevención que no establece la LO. 1/82 (ya

fundamentación que nos parece impecable e interesantísima en cuanto a la evolución de esta postura de la no extinción de los derechos. Empieza señalando que; «Extinguida la persona, deja de ser centro de poder y de responsabilidad, mas persiste la operancia de su voluntad pretérita (...) y el derecho a la **buena fama y la propia reputación**[509], que pueden hacer efectivo los herederos y los más próximos parientes». Tras este preámbulo, acaba centrando la fundamentación de la legitimación de los herederos en la defensa de los derechos del fallecido; «En todos estos casos los herederos o parientes reclaman **derechos del difunto que subsisten en cuanto atributos de su personalidad pretérita**: el sujeto no pervive por ello, pero, aún desaparecido, **queda un resto de derechos extrapatrimoniales** que, en homenaje a una existencia anterior, pueden ser hechos valer a favor –sobre todo- de la *buena memoria* del difunto, por ciertas personas como gestores de esa *buena memoria*: *no como derechos propios*». Desde el principio LACRUZ deja claro que para él no son los derechos de los familiares los defendidos, sino los del fallecido, sus derechos de la personalidad pretérita, idea ésta que desarrolla en las posteriores ediciones de la citada obra[510].

Sigue el profesor LACRUZ[511] desarrollando esta concepción suya, en una edición posterior de la misma, cercana a nosotros, de 1998, evidentemente posterior a la LO. 1/82 (y por ello debemos entender que influida por la misma y por la Exposición de Motivos que defiende la extinción de los derechos). En esta obra parece situarse en una posición algo más ambigua, pero creemos que en la misma línea de entender que lo que se protege son los derechos del fallecido. Primero nos indica que; «La protección civil que dispensa esta Ley al honor, la intimidad y la imagen **alcanzan, incluso, a los de una persona fallecida**», y posteriormente, confirmando nuestra impresión, afirma que; «En el caso que ahora contemplamos

---

tratado en el epígrafe 1.2 de esta tesis doctoral), con lo que con esta regulación es aún más revolucionario opinar que lo que se defiende es principalmente el derecho del familiar fallecido.

[509] Hemos repetido en numerosas ocasiones que los términos buena fama y reputación nos han de recordar, por ser sinónimos, al aspecto social del derecho al honor.

[510] Para nosotros, considerando que éste es un texto anterior a la LO. 1/82, en cuyo momento no existía la completa elaboración de la teoría de los derechos de la personalidad con que contamos hoy en día en nuestro sistema jurídico, esta referencia a los *derechos de la personalidad pretérita* se ha de considerar como una alusión directa a la pervivencia post-mortem de los derechos de la personalidad tal y como los conocemos hoy en día. Así mismo, también podemos observar cómo LACRUZ da una gran importancia a la memoria, y en concreto a la buena memoria, tal y como posteriormente hizo la regulación civil de 1982.

[511] Vid. LACRUZ, ob. cit. nota 201, pág. 100.

(**lesión del derecho al *honor*, intimidad o imagen *de una persona fallecida***, ocurra ello antes o después de su muerte)...». Pero estas afirmaciones, que parecen dejar claro que la defensa es la de los derechos post-mortem, la compatibiliza con la admisión de la línea de la Exposición de Motivos (la extinción), aunque nos afirme claramente que los derechos que se defienden son los del fallecido, eso sí, sin su carácter de fundamentales[512]. No obstante ello, si el autor claramente recoge que se produce *la lesión del honor, intimidad o imagen de una persona fallecida*, hemos de entender que opta por la línea argumental seguida en el presente epígrafe, la de la pervivencia de estos derechos, aunque después haga alguna mención a la diferencia entre la pervivencia de los derechos como derecho fundamental y como derecho civil[513].

Entre los autores posteriores a la LO. 1/82, hemos de considerar que ESPÍN CÁNOVAS[514] opina que los derechos (o una realidad que es sinónima a ellos) siguen existiendo, ya que en su fundamentación para esta protección post-mortem sitúa a la memoria, concepto fundamental y muy cercano al buen nombre y la fama de la persona, como base de la protección. Como ya hemos analizado, el buen nombre y la fama se han de considerar en nuestro sistema jurídico como sinónimos del aspecto

---

[512] En concreto, tras recoger textualmente la frase de la Exposición de Motivos respecto a la extinción de los derechos, LACRUZ señala que; «Ahora bien, que haya esa protección y tenga ciertas consecuencias jurídicas *no quiere decir que el derecho sea idéntico y que continúe todo igual que antes* (como vemos, los derechos existen, aunque con modificaciones). Con la muerte de la persona se extinguen, en efecto, sus derechos de la personalidad Cfr. STC. 2 diciembre 1988 (nuevamente se cita esta resolución y no las siguientes de este mismo Tribunal que nosotros sí estudiaremos aquí, y que cambian la doctrina constitucional) y, en consecuencia, la protección que se dispense por medio de acciones a ejercitar por tercero no es ya la propia de derechos fundamentales (...) y nada impide que la acción sea de orden civil».

[513] *Ya hemos explicado en el epígrafe 3.1.2.3, cuando estudiábamos la protección de estos* derechos post-mortem de algunas resoluciones del TC., que ante la afirmación de que lo único que cabía era la protección civil y no la constitucional, no estábamos en absoluto de acuerdo. Allí expusimos con detenimiento el porqué de que creamos que estos derechos, si existen tras el fallecimiento (tal y como defiende LACRUZ en esta obra de 1998) ha de ser necesariamente siempre desde un punto de vista constitucional de Derecho fundamental, por lo que estimamos que, desde esa perspectiva, hemos de situar al maestro LACRUZ entre los autores que defienden la pervivencia post-mortem de estos derechos, ya que en su escrito, como vimos, nos dice que existen, y aunque exprese que no existen como antes, sólo explica que la diferencia entre los derechos de antes y los de ahora ha de ser que ya no son derechos fundamentales. Recordemos que asentamos nuestra opinión sobre la defensa post-mortem de estos derechos como derechos de la personalidad.

[514] *Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 238, obra que ya citamos en el epígrafe anterior, cuando* estudiábamos el concepto de memoria porque, como veremos, en su concepción de los derechos de la personalidad post-mortem (recordemos que este artículo es uno de los pocos que se dedica a estudiar en concreto esta situación post-mortem de los derechos, en este caso en cuanto a la vida reservada) le da gran importancia a la misma.

social del derecho al honor, íntimamente ligado con el respeto del derecho a la intimidad post-mortem. Tras reconocer la existencia de la Exposición de Motivos de la LO. 1/82, el autor, sin citarlo expresamente, nos sitúa en la pervivencia de este aspecto social del honor[515] cuando revela que; «Sin embargo, la Ley concede esta acción protectora de lo que se *llama "la memoria"*, es decir **el buen nombre, la fama** de una persona *que es independiente de su vida y muerte pues va ligada a su propio ser e identidad*»[516].

El profesor LÓPEZ JACOISTE[517], en su estudio de la personalidad pretérita comienza diciéndonos, en la línea de continuidad de los aspectos sociales de los derechos que; «*La vida social*, por ser eminentemente histórica, *comporta continuidad* (...). Por lo que **el derecho al buen nombre del fallecido persiste** y es compartido por el cónyuge, los descendientes y los familiares»[518]. Tras analizar esta perspectiva de los derechos, y estudiar su situación post-mortem desde el punto de vista de la dignidad de la persona recogida en el artículo 10 de la Constitución como un Derecho fundamental, parecía lógico que acabase su tratamiento de la siguiente manera; «**El derecho al honor, la intimidad y la propia imagen se proyecta así más allá de la muerte** *a fin de proteger la personalidad pretérita.* Asoma aquí,

---

[515] Y recordemos que el artículo trata de «La defensa post-mortem de la vida reservada en la LO. 1/82». Es decir, trata esencialmente de la intimidad, y no del honor, aunque sí lo cita para justificar la protección post-mortem de la intimidad, tal y como hasta ahora hemos reflejado, y fundamentaremos detenidamente en el próximo epígrafe 6.

[516] Antes de esta justificación, y en el inicio de su trabajo, encontramos una argumentación de ESPÍN que nos hace situarlo sin dudar dentro de la postura que estima que los derechos se prolongan a pesar de que de la recepción de la Exposición de Motivos de la LO. 1/82 se puedan desprender ciertas dudas. Esta aclaración se produce cuando, en línea de la doctrina del Constitucional, nos señala que; «Nuestra Constitución no alude directamente a la protección del honor, intimidad e imagen más allá de la vida de la persona, pero en cuanto hace referencia reiterada a la protección de la intimidad familiar (art. 18 nums. 1 y 4), debe inferirse que **la garantía de estos derechos alcanza a un periodo de tiempo mayor que el de la propia vida de cada miembro de una familia**, pues el concepto de ésta implica una comunidad en el sentimiento del honor y de la intimidad, difícil a veces de individualizar, que conlleva la necesidad lógica de *permitir su defensa por los parientes*, tras la muerte de una persona, ***estén o no involucrados por la ofensa*** (esta última afirmación liga la defensa a los derechos de los fallecidos y excluye la defensa de los derechos de los familiares)». Así pues, ESPÍN, a pesar de la Exposición de Motivos, opina claramente que la muerte no extingue los derechos de la personalidad.

[517] Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J., *Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil*, en "Homenaje a Vallet de Goytisolo", vol. V., Madrid, 1988, págs. 613 y 614.

[518] Como vemos, seguimos citando el buen nombre o conceptos similares, como la reputación u otros. Recordamos que son sinónimos del concepto social de honor, aspecto sobre el que no incidiremos más, por considerarlo ya explicado en reiteradas ocasiones.

sobremanera expresiva, *la dignidad de la persona*, la cual, *aún después de extinguido su vivir, mantiene la significación y el respeto de lo que fue y significó*»[519].

Otro estudio que no podemos dejar de citar en este lugar (ya que para nosotros, aunque textualmente defienda ambas posturas, la de la extinción y la de la pervivencia, se sitúa claramente en la filosofía de admitir la existencia post-mortem de los derechos -lo hace en varias ocasiones-) es el ya estudiado aquí con profundidad[520] de YSAS SOLANES[521].

Aunque recoge textualmente también el contenido de la Exposición de Motivos, las conclusiones respecto a la pervivencia de los derechos son evidentes. Inicia su reflexión diciendo que; «*Generalmente* se admite que ***para algunos derechos la protección se prolonga más allá de la muerte***, así, el **cuerpo**, el **nombre**, la **imagen** y la **voz**, la **vida privada** y el **honor**»[522]. Tras estudiar lo que se ha de entender por memoria[523], concluye defendiendo que; «En definitiva, **el objeto de la protección es el honor, la intimidad y la imagen *del fallecido***[524], con las matizaciones hechas, **derechos de la personalidad** y por tanto extrapatrimoniales, irrenunciables e intransmisibles».

Finalmente, cuando trata cada uno de los derechos en particular confirma la opinión de su existencia post-mortem y la posibilidad de su lesión. Respecto al honor nos dice que; «**El honor del fallecido puede verse afectado, igual que el de una**

---

[519] Como observamos, el autor se decanta claramente por la existencia de estos derechos post-mortem, aunque posteriormente, como otra mucha doctrina, y siguiendo claramente la STC 231/88, sustenta que esta protección no se da a través del amparo, como derecho fundamental (consideramos como normal que este autor le de tal importancia a esta resolución, ya que en el momento de publicación del artículo, 1988, la misma acabada de dictarse, y no había otras posteriores, como encontramos hoy en día, que pudiesen fundamentar la postura contraria).

[520] En el epígrafe 3.1.1.5, en el que tratábamos las posturas contradictorias en nuestra doctrina. Debido a que este trabajo (muy importante para el tema central de esta tesis doctoral), fue recogido con profusión en dicho apartado, aquí únicamente trataremos los momentos que dedica en concreto a defender la pervivencia post-mortem de los derechos, que es lo que estudiamos en este momento.

[521] En toda la extensión de su trabajo; YSAS, ob. cit. nota 110.

[522] Todas las citas textuales que recogeremos aquí pertenecen a su obra; YSAS, ob. cit. nota 110, en las págs. 793, 803, 809, 811 y 813 respectivamente.

[523] También hemos citado esta opinión en el momento en el que estudiamos este concepto, en el epígrafe 4.2.1.2. El hecho de que sea muy necesaria la reiterada cita de este trabajo nos señala la trascendencia del mismo como uno de los pocos que la doctrina ha dedicado para estudiar concretamente este tema.

[524] La cursiva es de la propia autora. Con ella parece resaltar que la misma opina que lo que se protege son claramente de los derechos del fallecido.

persona viva». Cuando trata la imagen; «Con los ejemplos citados, está claro que **la apropiación de la imagen de una persona puede suceder tanto si se trata de una persona viva como muerta**». Y por último, cuando habla de la intimidad, que denomina vida privada; «El plazo de **protección de la vida privada del fallecido después de su muerte**, ha de ser relativamente breve» o que «En nuestro ordenamiento la LO. 1/82 **protege la memoria** del fallecido y con **la vida privada** por un plazo muy largo».

Como vemos, la autora admite explícitamente que los derechos que se protegen son los del fallecido. No cita que se protejan los de la familia (aunque admita en otro momento que también se pueden ver afectados), ni la memoria solamente, sino que admite expresamente que los derechos que se ven afectados por las intromisiones son los del honor, imagen e intimidad de la persona fallecida. De estas afirmaciones la única conclusión que se puede obtener es que los derechos siguen existiendo, y según esta autora, con plena vigencia[525].

Siguiendo siempre en orden cronológico autores que han tratado algo los derechos de la personalidad post-mortem[526], SANCHO REBULLIDA[527], en su estudio sobre los aspectos sucesorios, respecto a las legitimaciones de la LO. 1/82 opina que las mismas tienen como finalidad; «proteger la memoria, **el honor pretérito**, etc. de su causante», defendiendo que; «se puede encargar la defensa **del honor, de la intimidad y de la propia imagen del causante** a un fiduciario»[528].

---

[525] Ya indicamos en el epígrafe 3.1.1.5 que creemos que no se debe caer injustamente en la crítica fácil a las contradicciones de este artículo, ya que estimamos que las mismas se pueden derivar del serio, detallado y cuidadoso estudio de la situación legal, doctrinal y jurisprudencial de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad. El carácter impreciso y contradictorio de la Ley y la falta de consolidación de la Jurisprudencia en 1990, momento de elaboración del trabajo, motivan que fuese ciertamente difícil alcanzar posiciones absolutamente sólidas respecto a este tema.

[526] Queremos incidir en que los dos únicos trabajos que hasta ahora han tratado de forma concreta y monográfica la situación post-mortem de los derechos de la personalidad en nuestro derecho son los aquí recogidos de ESPÍN CÁNOVAS y de YSAS SOLANES (por otro lado no demasiado extensa). Los demás que hemos tratado aquí y que recogeremos a continuación, o tratan algún derecho concreto en todos sus aspectos, y uno de ellos es el de su situación post-mortem, o tratan otras situaciones laterales de los derechos.

[527] Vid. SANCHO REBULLIDA, F., ob. cit. nota 408, pág. 1163.

[528] En concreto, el contenido textual de esta opinión es; «En estos casos, no es -propiamente- que el derecho del causante se integre en su herencia; sino que la Ley confiere una legitimación específica al heredero (para las acciones de protección civil al honor, intimidad e imagen, al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, indistintamente) para actuaciones dirigidas a **proteger la memoria, el honor pretérito, etc., de su causante**. Incluso en alguno de estos supuestos (...) con carácter preferente **en las acciones del derecho moral de autor y en las del honor, intimidad y propia**

Seguidamente, en un trabajo sobre el derecho moral de autor, GONZÁLEZ LÓPEZ[529], opinando sobre los derechos de la personalidad en general nos dice que; «La perpetuidad de estas facultades (algunas del derecho moral de autor) no dificulta la naturaleza del derecho de la personalidad propia del derecho moral, por cuanto **alguno de los derechos de la personalidad (por ejemplo, el honor y la fama) no se extinguen con el fallecimiento de su titular**, siendo posible también calificarlos de perpetuos».

Interesantísima y muy aclaradora en este sentido de la pervivencia de estos derechos (pervivencia que admite con toda la naturalidad, ya que para este autor se ha de desprender de forma lógica de la protección de la LO. 1/82) se nos presenta la postura del profesor LASARTE[530]. En el estudio del carácter perpetuo del derecho moral de autor, y ante la dificultad que alguna parte de la doctrina exponía para ser considerado por ello derecho de la personalidad, el profesor LASARTE indica que esto no es óbice para considerarlo como tal; «**Dado que algunos derechos a la personalidad (por ejemplo, el honor o la buena fama[531]) no se extinguen con la muerte de su titular** (sí se extinguen todos los demás: la propia vida, la libertad, etc.)[532]».

En el estudio de la protección jurisdiccional del derecho al honor, BELLÓN[533], en cuanto a la defensa post-mortem, tras recoger las distintas posturas que existen sobre esta acción (se defienden los derechos de los familiares o se

---

imagen, puede encomendar el ejercicio de la acción reparatoria o **protectora de su honor o de su obra** a un fiduciario».

[529] Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, M., *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, 1993, pág. 99.

[530] Con mayor valor aún por el hecho de que, incluso en un prólogo (el del texto arriba recogido de la profesora GONZÁLEZ LÓPEZ en su obra sobre el derecho moral de autor), se pronuncia con una claridad meridiana, lo que nos hace considerar con interés su idea de que estos derechos pueden seguir existiendo tras el fallecimiento de su titular.

[531] Como vemos admite naturalmente que el honor persiste, y esta buena fama de la que habla, al igual que comentamos con anterioridad, se ha de asimilar a ese concepto ideal de "derecho a la buena imagen".

[532] En esta última reflexión vemos un aspecto que ya tocamos anteriormente, cuando tratamos el concepto de memoria, y en concreto en su misma definición en relación a los derechos de la personalidad post-mortem (epígrafe 4.2.1.2). Esta idea es que tras la muerte de la persona es más natural considerar la existencia de los derechos de la personalidad en su esfera espiritual, y relacionar los derechos de esta esfera con la memoria. Es algo más forzado relacionar los derechos de la esfera corporal (estudiados en el capítulo 1°) con la persistencia y el daño de la memoria del fallecido.

[533] En BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 336.

defiende la memoria), concluye opinando que; «La ofensa no ha de afectar a los familiares y allegados del fallecido para actuar la acción, **la legitimación se otorga para defender** por propio derecho **los derechos de la personalidad del fallecido, que se prolongan más allá de su muerte**».

El último ejemplo (en relación a la cercanía temporal con nuestros días) de estos autores que admiten sin ninguna duda la existencia post-mortem de los derechos de la personalidad es ciertamente interesantísimo, ya que analiza esta situación desde el punto de vista de los principios constitucionales, y rebatiendo uno de los argumentos que muchos autores utilizaban para defender que los derechos desaparecen, la redacción del artículo 32 del Código Civil[534]. El profesor ALEGRE MARTÍNEZ[535], en un estudio centrado en el derecho a la propia imagen, pero en una argumentación extrapolable al resto de los derechos de la personalidad, expone que el citado artículo se han de entender derogado (o al menos superado) por la Disposición Derogatoria de la Constitución Española, en virtud del principio de dignidad personal que la Norma básica consagra como fundamento de nuestro Estado de Derecho[536].

El autor reinterpreta el artículo y expone, estudiando el derecho a la propia imagen de una persona fallecida, que; «Por tanto, y en nuestra opinión, el tema tiene una *dimensión constitucional clarísima*; y un derecho como el de la propia imagen, *personalísimo, y derivado de la dignidad, individualidad e irrepetibilidad de la persona*[537], **debe ser atribuido, sin vacilación alguna, a las personas fallecidas,**

---

[534] Recordamos aquí que uno de los argumentos en los que los autores que propugnan la extinción de los derechos se basan es la redacción del artículo 32 del Código Civil, que al defender que; «La personalidad civil se extingue con la muerte de las personas». De él derivan que si se extingue la personalidad, los derechos que se sustentan en ella corren la misma suerte. Para ampliar esta idea nos remitimos a aquél lugar de nuestro estudio, epígrafe 3.1.1.3.

[535] Vid. ALEGRE MARTÍNEZ, ob. cit. nota 119, págs. 99 a 107.

[536] Reflexionaremos sobre lo aportado aquí por este autor en el epígrafe 6, en el que desarrollamos nuestra posición personal, ya que ésta ha de tener necesariamente en cuenta cómo se articula la protección que la LO. 1/82 le concede a estos derechos en combinación con el citado artículo del Código Civil, y para ello esta visión nos parece muy acertada. En concreto nos remitimos a los epígrafes 6.6 y 6.9 del citado apartado.

[537] En esta caracterización, y en la que veremos justo a continuación, que se hace del derecho de la imagen, se citan los caracteres que afectan a todos los derechos de la personalidad, y especialmente a los de su esfera espiritual. De ahí obtenemos dos conclusiones. La primera es que aquí se trata el derecho a la imagen como un derecho de la personalidad, no como un derecho patrimonial. La segunda es que esta explicación es extrapolable al resto de derechos de la personalidad post-mortem en su esfera espiritual y si perviven post-mortem lo hacen esencialmente desde su perspectiva social.

independientemente de los mecanismos que arbitre el Ordenamiento Jurídico para su accionabilidad». Sigue el autor asentando esta idea cuando poco después, y en relación a los derechos personalísimos nos dice que; «tienen *su base en la dignidad, individualidad e irrepetibilidad de la persona*, **es claro que no se extinguen con su fallecimiento**, ya que *la persona deja tras el fallecimiento una memoria perdurable*, que debe ser objeto de protección por el Ordenamiento».

Esta última aportación nos parece esencial para observar hacia dónde puede ir evolucionando en el futuro la concepción doctrinal de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular. A raíz de la protección que les otorga la LO. 1/82 (con la intención de desarrollar el artículo 18 de nuestra Carta Magna), en armonía con todos los principios que la misma constitucionaliza de respeto a la persona y a su dignidad, la situación post-mortem de los derechos se debe combinar con la naturaleza jurídica de los propios derechos de la personalidad. Esta combinación, creemos, ha de llevarnos a considerar como absolutamente imprescindible la protección de la memoria de las personas materializada en la pervivencia del aspecto social de los derechos de la personalidad, que quedan vigentes tras el fallecimiento de su titular en toda su extensión, y en ocasiones reforzado con respecto a la consideración que en vida se tenía de los sujetos[538]. Creemos que ésta es la concepción que poco a poco se puede abrir paso en nuestra doctrina (expondremos más desarrolladamente nuestra opinión en el próximo epígrafe)[539].

[538] En ocasiones figuras públicas ciertamente controvertidas socialmente en el transcurso de su vida, una vez que han fallecido, se elimina de la discusión social de su personalidad cualquier aspecto negativo, valorándose esencialmente los positivos, y con ello se ve acentuado, más considerado y respetado, el aspecto social de su derecho al honor tras ese fallecimiento que durante la vida de su titular.

[539] Es por ello por lo que hemos decidido hacer el recorrido de estos autores por orden cronológico, desechando otros (podríamos haber elegido por ejemplo, ordenarlos según la claridad en su defensa de la pervivencia, y probablemente el profesor ALEGRE MARTÍNEZ sería el primero en aparecer en este epígrafe, o cualquier otro orden). Creemos que observando cómo con el paso del tiempo las concepciones de esta línea doctrinal van evolucionando, rectificando, mejorando, y relacionando su fundamentación con la naturaleza jurídica de los derechos y con principios regulados en nuestra Constitución, podemos obtener la conclusión de que la situación post-mortem de los derechos de la personalidad está en constante evolución y cambio, y se ha de reconsiderar con espíritu crítico la postura mayoritaria de la extinción, contenida en el epígrafe 3 de este estudio.

5.1.1.2.- Posibilidad de la existencia post-mortem de los derechos de la personalidad.

Entramos en el análisis de unos autores que, tras estudiar la situación de los derechos de la personalidad en general, cuando tratan su situación post-mortem, dejan claramente abierta la posibilidad de su defensa, indicando con nitidez que estos derechos no se pueden quedar al albur de cualquier intromisión una vez que su titular no está entre nosotros, a pesar de que en algún caso antes han declarado que según la regulación del artículo 32 del Código Civil la muerte los ha extinguido.

Estos escritos son ciertamente interesantes desde el punto de vista de su coyuntura histórica porque la gran mayoría de sus autores los desarrollan antes de la publicación de la LO. 1/82. En dicha coyuntura histórica, con una legislación, doctrina y jurisprudencia que prácticamente no admitían ni la existencia de los derechos de la personalidad post-mortem[540], y sin una sistematización de la teoría de los mismos como la actual (y por supuesto sin la protección que les ofrece los artículos 4 a 6 de la citada LO.), se podría haber considerado una temeridad falta de todo mínimo fundamento jurídico afirmar que los derechos de la personalidad se debían proteger tras el fallecimiento de su titular, y que por ello algo de los mismos quedaba existente tras el óbito[541], por lo que estas posturas, a pesar de su cierta ambigüedad, han de ser muy consideradas.

Así pues, creemos que es digno de valorar en su justa medida que estos autores defiendan, al menos, que los derechos se pueden proteger, y que con ello dejen abierta la posibilidad de su existencia post-mortem (es por ello por lo que así titulamos este apartado, se deja abierta la posibilidad), y valorar esta postura como innovadora en el momento de su elaboración. Ante estos trabajos, y considerando este contexto en el que se mueven, nosotros no podemos situar sus estudios entre los que defienden la extinción de los derechos tras el fallecimiento de su titular, aunque

[540] Recordemos que hasta 1982 la protección del aspecto post-mortem de los derechos de la personalidad podría considerarse una necesidad, pero desde el punto de vista estrictamente jurídico era ciertamente inexistente, ya que no había absolutamente nada regulado sobre él (de hecho había muy poco regulado sobre los derechos de la personalidad en general). Así mismo, en la jurisprudencia no se conocía caso alguno de la protección del aspecto post-mortem en concreto. En la doctrina, tal y como vimos en el apartado anterior, y como analizaremos en éste, muy pocas voces se habían alzado a favor de la consideración de la existencia post-mortem de estos derechos.

[541] Hasta dicho momento nada había regulado respecto a los derechos de la personalidad en general (salvo alguna legislación muy concreta sobre el derecho a la imagen) y menos sobre su situación post-mortem, y aunque sí que se puede considerar que sobre los derechos de la personalidad en general existía una teoría aceptada doctrinalmente, el estudio de su situación tras la muerte del titular era ciertamente inexistente.

sea normal que expresamente no critiquen la teoría mayoritaria. Esto es así porque si se admite la defensa de los derechos, hemos de considerar que los autores parten de la idea de que los derechos, o al menos algo de ellos, existe, o de que es necesaria su protección, y ya hemos indicado que si algo se protege se han de desprender dos responsabilidades; o los derechos se consideran existentes y perviven al titular; o queda algún reducto de los mismos digno de defensa[542].

El momento histórico del primer caso en el que encontramos la posibilidad de la supervivencia de algún aspecto de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular ciertamente sorprende, ya que es de principios de siglo. En 1909, VALVERDE[543], cuando estudia cuándo surgen y cómo existen estos derechos, y aunque no se refiera a los derechos de la personalidad tal y como los conocemos nosotros, sino a la concepción de los mismos que se podía tener a principios de siglo, expone que; «Se adquieren con la persona y suelen extinguirse con la muerte, **aunque algunos se extienden a más que la duración de la vida**; entre éstas se encuentran las disposiciones relativas al derecho de disponer del cadáver». Aunque en la ejemplificación que realiza se centre en este derecho de la esfera corporal, esta idea de por sí ya tiene una valor tremendamente destacable, ya que supone la primera declaración que existe en nuestro sistema jurídico de la posibilidad de la existencia post-mortem de alguno de estos derechos[544].

Siguiendo con la evolución en el desarrollo temporal, a mediados de siglo, el profesor CASTÁN, en su estudio de 1952[545], y tratando del respeto a la voluntad del

---

[542] Así pues, estimamos que estos trabajos se deben introducir, dentro de la sistematización de la presente tesis doctoral, en el presente epígrafe por varias razones. Por exclusión porque estos autores ni dicen claramente que los derechos se extinguen ni que quedan latentes o que hay derechos nuevos. Por otra razón, porque si se deriva de estas posturas que tras la muerte del sujeto algo se defiende respecto a sus derechos de la personalidad, queda claro que la opinión de estos tratadistas es que algo de los mismos queda y se ha de proteger, y por lo tanto, siguen el título del presente epígrafe 5; «La muerte no extingue (para ellos, al menos, no del todo) los derechos de la personalidad»

[543] En su *Tratado de Derecho civil español*, Madrid-Valladolid, 1909.

[544] Es evidente que no podemos analizar esta posición del profesor VALVERDE desde la concepción de la teoría de los derechos de la personalidad que tenemos hoy en día en nuestro sistema jurídico, y si así lo hiciésemos, esta afirmación tendría un valor ciertamente relativo o escaso. Pero si, como hacemos nosotros, se estudia el contenido de esta opinión desde la perspectiva histórica del derecho español de principios de siglo, la misma tiene un valor incalculable como remoto precedente de las concepciones que admiten que es posible que la muerte no extinga del todo los derechos de la personalidad.

[545] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 100, pág. 40. Este estudio se puede considerar el primero que en nuestro derecho estudia, sistematizadamente y en una línea muy parecida a los contenidos que en la actualidad tiene, la teoría general de los derechos de la personalidad en nuestro sistema jurídico.

fallecido, nos dice que; «La personalidad del **hombre exige respeto aún después de la muerte**». Si unimos este principio inspirador de la situación de la personalidad post-mortem de 1952 con su texto posterior a la regulación de la LO. 1/82[546], en el que nos dice claramente que los artículos 4 a 6 de la misma; «se ocupan del supuesto **del fallecimiento del titular del derecho lesionado**», hemos de concluir que, toda vez que lo que considera dañado es el derecho de la persona finada, el profesor CASTÁN no niega la posibilidad de continuidad de la personalidad del sujeto fallecido[547].

Otro autor que hemos de situar dentro de estas opiniones que dejan abierta la posibilidad de la existencia de estos derechos post-mortem, generalmente a través de la admisión de su protección o de la pervivencia de ciertos aspectos de los mismos, ha de ser el ya citado aquí en numerosas ocasiones de GITRAMA[548]. Al considerar que (a pesar de seguir la doctrina oficial de la extinción); «Es indudable que, *aunque la personalidad se extinga por la muerte*, ésta acaecida quedan **vestigios** relativamente importantes para merecer una protección jurídica: los **restos mortales**, la **memoria**, el **retrato**, las **obras literarias o artísticas** del difunto», el autor, además de iniciar la clara apuesta por la idea de que los derechos hay que protegerlos, es de los primeros que señala sin dudas que tras la muerte siguen existiendo la memoria, el retrato o las obras literarias[549].

---

[546] Cfr. CASTÁN, ob. cit. nota 178, pág. 404. A pesar de esta frase, parece recoger implícitamente la postura oficial de la LO., pero siempre desde el punto de vista de que lo que se defiende es el derecho del fallecido.

[547] Decimos que no niega la posibilidad porque combina esta frase de que hablamos del fallecimiento del titular del derecho con la recepción implícita de la postura oficial de la LO. 1/82, aunque todo lo hace desde el punto de vista de que lo que se defiende es el derecho del fallecido. Si no recogiera implícitamente esta postura de la regulación, situaríamos al profesor CASTÁN dentro de los autores que admiten abiertamente la pervivencia post-mortem de los derechos.

[548] Vid. GITRAMA, ob. cit. nota 101, pág. 337.

[549] Ya hemos señalado en ocasiones la importancia del estudio del profesor GITRAMA, en especial si de lo que hablamos es del derecho a la imagen en concreto. No obstante ello, consideramos que no se puede negar que, con su teoría, deja abierta la posibilidad de la protección y de la existencia de los derechos de la personalidad tras su fallecimiento, a pesar de que antes recoja la postura mayoritaria de que la personalidad se extinga por la muerte. De hecho, textualmente nos dice que estas realidades, o "vestigios", (que en casos se pueden asimilar a derechos), son importantes, y han de merecer *una protección jurídica*. Así mismo, creemos que incluir a este autor en este apartado es compatible con haberlo situado anteriormente en las posturas contradictorias dentro de las que defendían que los derechos se extinguían. Esto es así porque precisamente, por ser algo contradictoria, de esta posición se puede desprender tanto que sigue la postura oficial, porque así la recoge, como que de su exposición se ha de derivar que deja abierta la posibilidad de protección del derecho, y con ella, la de su existencia.

Por su parte, DÍEZ DÍAZ, a pesar de que no desarrolla mucho esta idea, sí que deja reflejado en su estudio sobre el derecho físico[550] que; «**La personalidad perdura, y su defensa, después de la muerte**, corresponde, no a los herederos en cuanto tales, sino por su condición de allegados o familiares, o, en otro caso, a las personas específicamente señaladas por el difunto a tales circunstancias. **Esta defensa de la antigua personalidad, *post-mortem*, goza del asentimiento social**».

Finalmente, el único autor que hemos situado en esta línea de opinión que publica su trabajo tras la promulgación de la LO. 1/82 es DÍEZ PICAZO[551], que en su estudio y tratamiento de lo contenido en los artículos 4 a 6 de la LO., tras recoger lo contenido en la Exposición de Motivos sobre la extinción, y a pesar de no reflejar expresamente que los derechos siguen existiendo tal y como eran, sí que defiende que, respecto a los mismos, «Ha de procederse, en consecuencia, a lo que podríamos llamar **"la protección *post-mortem*"**», y que si no se produjese esta protección; «Es evidente que lo contrario supondría una *degradación de la dignidad de la persona*», con lo que de una u otra forma, no cierra la posibilidad de protección, y por ello existencia, de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular[552].

---

[550] Vid. DÍEZ DÍAZ, ob. cit. nota 102, pág. 346. Desarrolla este estudio en el apartado en el que analiza si el derecho al cadáver se puede entender como prolongación post-mortem de los derechos de la personalidad o no.

[551] Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 116, págs. 361 y 362.

[552] Como vemos, alguna de estas opiniones se puede enclavar, dentro de la sistematización empleada, en más de una de las posturas hemos visto, porque lo que estamos viendo asiduamente es que a la vez que se recoge la textualidad de la LO., es decir, la extinción de los derechos, y justo a continuación se defiende que lo que se protege por esta regulación no es el derecho del familiar, sino el del fallecido, lo que por otro lado nosotros hemos opinado que es lo que se ha de desprender directamente de la lectura de lo contenido en el articulado de la LO. 1/82 (para ver más desarrollada la fundamentación de esta opinión nuestra se puede consultar el epígrafe 1.2 de este capítulo, en el que desarrollamos el contenido de la regulación).

Lo que hemos intentado hacer al analizar cada postura es estudiarlas más allá de su textualidad, e intentar analizar su propio espíritu (no es una tarea fácil, pero puede partir de la línea jurisprudencial que defiende que las distintas situaciones jurídicas -por ejemplo, los contratos- no son lo que textualmente dicen que son, sino lo que se desprende de su verdadera naturaleza jurídica). Así, en la postura de DÍEZ PICAZO, aunque expresamente se recoge la Exposición de Motivos de la LO. 1/82 y que la muerte extingue los derechos de la personalidad, creemos que se ha de situar entre estos autores que dejan abierta la posibilidad de protección post-mortem de los derechos, ya que eso es lo que sí que defiende; los derechos sí se protegen post-mortem (y para nosotros, de ahí, se deriva que existen)

5.1.1.3.- Admisión implícita de la pervivencia de los derechos de la personalidad post-mortem.

En este epígrafe recogemos autores que hemos de situarlos dentro de los que defienden que la muerte no extingue los derechos a pesar de que en sus escritos es muy difícil encontrar textualmente esta expresión. Sin embargo, sus trabajos se desprende claramente de manera implícita que de lo que tratan es de que los derechos se prolongan post-mortem, y tras ello se defienden. Algunos lo hacen a través de la afirmación de que la protección post-mortem no es ilimitada en el tiempo, o que la regulación es revolucionaria y modifica la teoría clásica mayoritaria de la extinción, pero sin citar expresamente en ningún momento que se decanten por la no extinción del derecho[553]

El ejemplo más paradigmático de admisión implícita de la existencia de estos derechos post-mortem, o al menos del hecho de que los mismos no desaparecen del todo (lo que aquí se expone) tras el fallecimiento, lo encontramos en AUGER LIÑÓN[554]. En su estudio de los derechos que regula la LO. 1/82, cuando trata del derecho a la intimidad nos dice que; «**La protección de la vida privada de una persona no se prolonga indefinidamente después de su muerte** y llega un momento en que su vida pertenece sólo a la historia». Claramente, sin decirlo, se admite la protección post-mortem, a través de la constatación de que esa protección no puede ser eterna[555].

Ciertamente decidida a admitir la protección post-mortem de este derecho, sin decirlo expresamente, encontramos la postura de ESTRADA ALONSO[556], que en el

---

[553] De esta situación es de la que derivamos esta categoría en nuestra sistematización. Los autores no dicen que se extingan o que se protejan los derechos, pero sí defiende que los principios clásicos deben evolucionar, o que la protección post-mortem es limitada en el tiempo. Esta situación que puede parecer en principio ambigua es la que nos ha motivado a abrir este epígrafe, en el que recogemos autores que *implícitamente* admiten que el derecho sí se protege.

[554] Vid. AUGER LIÑÓN, C., *La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, PJ. nº especial XIII, 1990, pág. 86.

[555] No podemos negar que ésta es una forma, cuanto menos curiosa, de admitir la protección post-mortem, ya que es evidente que ésta es la línea que sigue AUGER sin que lo diga expresamente. Esta opinión también tiene otro extremo, y es el de que esta protección post-mortem ha de ser limitada en el tiempo. El aspecto del tiempo que la Ley le da a los familiares, personas jurídicas o Ministerio Fiscal para actuar en la defensa de los derechos, sus características y consecuencias, será tratado en la Sección segunda del presente capítulo, cuando analicemos todos los aspectos de los sujetos legitimados por la regulación.

[556] Vid. ESTRADA ALONSO, E., *El derecho a la imagen en la LO. 1/82 de 5 de mayo*, AC, nº 25, Junio 1990, págs. 98 y 99. Queremos aclarar que en este estudio del derecho a la imagen, como veremos justo a continuación, el autor siempre lo analiza desde su aspecto de derecho de la

análisis del por qué de la legitimación de los familiares para actuar nos dice que; «**La legitimación para proteger *el honor del fallecido*** por las personas que familiarmente están unidas a él resulta lógica, puesto que **toda agresión *al honor contra una persona***, *alcanza de forma* ***directa o indirecta*** *a su familia* y, en este sentido, puede decirse que se conserva un interés legítimo en **defender *el honor del difunto***»[557]. Como observamos, en reiteradas ocasiones, esta opinión nos plantea que lo que se defiende es el derecho del fallecido, aunque no se pronuncie el autor expresamente sobre en qué términos se conjuga esto con la Exposición de Motivos de la LO. 1/82[558]. De hecho, el autor sigue asentando su teoría en un hecho fundamental, y que ya hemos señalado y comentaremos en el capítulo siguiente (cuando expongamos nuestra opinión), como es el hecho de que se le de tanta importancia a la designación testamentaria del defensor del derecho, basado; «*en la confianza que el propio acto de designación refleja*», porque lo que importa es la situación del derecho de quien designa, el fallecido, no la del derecho del familiar, que para nada es nombrado aquí[559].

Otra admisión tácita de la ruptura de la teoría mayoritaria clásica de la extinción, pero desde otro punto de vista lo encontramos en la opinión expuesta por DE COSSIO[560]. Comienza su estudio del derecho al honor y la sucesión mortis causa

---

personalidad, no como derecho patrimonial y en ciertos momentos incluso nos dice que, respecto a cierta circunstancia que trata del mismo; «tampoco contradice el carácter extrapatrimonial e intransmisible del mismo en cuanto derecho de la personalidad». Este hecho le da aún más valor, si cabe, a esta opinión.

[557] Es decir, que el hecho de que la lesión del derecho del fallecido pueda afectar al derecho del familiar (el propio autor dice que esa afectación puede ser directa o indirecta), motiva el por qué de la legitimación de los familiares para actuar, no el objeto de la protección, que no es el derecho del familiar, sino el del fallecido.

[558] Justo a continuación el autor sí que analiza que esta legitimación a un tercero para la defensa de los derechos post-mortem no se debe considerar incompatible con los caracteres de los derechos, ya que no se transmite el derecho en sí, el legitimado no "ejerce el derecho de su familiar fallecido", sino la legitimación para defenderlo; «una cosa es el derecho al honor, propiamente dicho, y otra cosa es la posibilidad de defenderse contra una determinada intromisión (...) Lo que se atribuye a favor de los familiares es *el ejercicio de las acciones de protección del derecho, nunca el derecho mismo*». Pero el hecho de que el derecho se proteja post-mortem (aunque no se ejerza), denota que el mismo sigue existiendo.

[559] Ya señalamos en el epígrafe 3.1.3.1 en el que analizamos los autores que defienden que lo que se protege es el derecho del familiar, y no el del fallecido, que esto no casa bien con la preponderancia que la LO. le da en más de una ocasión a la voluntad del finado. Este aspecto lo analizaremos con algo más de detenimiento en el próximo epígrafe 6, cuando expongamos nuestra opinión sobre la situación de estos derechos, en concreto en los epígrafes 6.2 y 6.4.

de una manera muy gráfica para que entendamos que el autor opina que la muerte no extingue estos derechos; «En la dogmática jurídica se ha consagrado el principio de que *sólo las personas son titulares de derecho, y en su consecuencia, sólo los vivos podrán ser titulares del derecho al honor*, con lo que su violación sólo podría suceder en vida de la persona. **La Ley, sin embargo, rompe con este principio** (...) extendiendo su protección, al entender, que el derecho al honor es un valor que trasciende el ámbito individual...». Nos interesa profundamente la forma de reflejar la opinión que tiene este estudio, por ser uno de los primeros que expresamente admite una evolución de la concepción dogmática clásica respecto a la situación post-mortem de los derechos de la personalidad[561]. El autor traslada esta propuesta de modificación de la dogmática a los aspectos prácticos de la Ley, cuando nos dice que; «**Las intromisiones ilegítimas tipificadas contra el derecho al honor *del fallecido***, encuentran protección en esta Ley, que diferencia perfectamente el ámbito de protección del derecho al honor de la persona viva, **del ámbito de protección de la fama de la persona fallecida**»[562].

5.1.1.4.- Posturas contradictorias.

En los escasos trabajos doctrinales que traeremos aquí para su análisis encontramos autores que recogen las dos posturas antagónicas que sobre estos derechos se pueden dar, la de su extinción y la de su pervivencia, dándole gran importancia a ambas, aunque finalmente parecen decantarse por defender la segunda (eso sí, sin decir expresamente que se opta por ella por eliminación de la primera porque sea inadecuada). Así pues, las conclusiones que podemos sacar de las mismas

---

[560] En su obra; DE COSSIO, M., *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993, pág. 95.

[561] Y esta línea de evolución es la que ya hemos expresado aquí que vamos a seguir y explicar en el próximo epígrafe. Para nosotros la concepción clásica de la situación post-mortem de estos derechos, basada en que los mismos se extinguen, y que la protección que le da la LO. se ha de interpretar única y exclusivamente desde este foco, ha de evolucionar, y en esa línea se moverán nuestras reflexiones. Hasta ahora, pocos (ciertamente escasos) son los autores que hemos visto que expresamente manifiestan este cambio, ya que incluso alguno de los que se sitúan favorables a la pervivencia de los derechos no citan claramente en sus trabajos que esta idea provoca inexorablemente una evolución en la concepción doctrinal clásica de esta situación.

[562] Así pues, aunque en ningún momento DE COSSÍO afirma explícitamente que el derecho al honor sigue existiendo y protegiéndose post-mortem, es evidente que no hace más que situarse en consonancia con esta misma idea, desarrollada desde diversos puntos de vista.

es que sí que se admite, de alguna manera, que tras la muerte los derechos no se extinguen[563].

El profesor ROYO JARA[564], en el tratamiento del derecho a la propia imagen, cuando estudia la protección de los artículos 4 a 6 de la LO comienza quizás algo dubitativo en cuanto a qué es lo que se defiende. Apoyándose en las palabras aquí recogidas de CABANILLAS que apuesta por la extinción, en un principio nos dice que; «*no existe transmisión de bienes o derechos*» o que la legitimación de los familiares para defender «la intimidad de una persona fallecida» sólo se puede entender recurriendo al concepto de «*intimidad familiar*».

Sin embargo, cuando entra a analizar el articulado concreto de la LO., empieza a admitir paulatinamente que algo ha cambiado gracias a ello cuando establece que; «**El recuerdo que las personas fallecidas**, *sobre todo algunas*, han dejado en la memoria de los vivos», o que; «Legitimar a otros para el ejercicio de las acciones de defensa de los derechos de la personalidad supone, *de alguna mane*ra, que **estos derechos se prolongan más allá de la muerte** *a pesar de su inherencia a la persona*»[565].

Pero posteriormente el mismo autor abandona las posibles reticencias a esta defensa de la prolongación del derecho, cuando acaba concluyendo que; «Sin embargo como hemos venido diciendo, y tal como se recoge en el Preámbulo de la Ley de 1982, como consecuencia del **respeto a la memoria del difunto se admite una prolongación de la personalidad después de la muerte**[566], lo que viene a

---

[563] Es por esto por lo que los incluimos en las posturas contradictorias, pero dentro de las que se han de exponer en el epígrafe que contiene las opiniones favorables a la continuidad de los derechos tras el fallecimiento de su titular. Recordemos que en el epígrafe 3 recogíamos los autores contradictorios, pero que expresamente decían que la muerte extinguían los derechos ("no pero sí"). Aquí estudiamos a estos autores como contradictorios porque parecen dar en un inicio igual valor a una postura que a la otra, aunque finalmente se parecen decantar por la de la supervivencia del derecho ("sí pero no").

[564] Todas las citas que recogemos a continuación la podemos encontrar en; ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987, págs. 120 a 130.

[565] Hemos señalado algunas expresiones en cursiva para dejar ver con más claridad el por qué de que definamos esta admisión de la existencia de los derechos como paulatina, ya que de las expresiones resaltadas se puede desprender muy claramente que el autor parece no decantarse del todo por esta prolongación post-mortem del derecho, ya que se observan reticencias, mediante el uso de frases como que ya sólo supone *de alguna manera* esta prolongación o *a pesar de su inherencia*.

[566] Las grandes contradicciones que encierra la regulación de la LO. 1/82 y que ya hemos citado en varias ocasiones las apreciamos en que un argumento que generalmente ha sido utilizado por mucha doctrina para fundamentar la extinción de los derechos, como es el de la Exposición de Motivos de la

significar que, **en el plano jurídico, la vida privada de la persona continúa más allá de la muerte**»[567].

Un caso interesante es el estudio de PARRA LUCÁN[568] sobre el derecho a la intimidad. En su tratamiento de la STC 231/88 recoge todos sus argumentos de manera impecable, y los desarrolla adecuadamente, lo que puede hacer pensar que está a favor de la extinción de los derechos, ya que incluso nos dice que a tenor de dicha resolución el artículo 4 de la LO. 1/82; «*no estaría encaminado a garantizar un residuo de los derechos de la personalidad*, asegurando a título póstumo la defensa de una personalidad que no puede actuar por sí misma». Esto nos llevó a incluir aquel trabajo dentro de las posturas del epígrafe dedicado a las opiniones favorables a la extinción y de las intermedias[569].

Pero creemos que la autora se sitúa dentro de la corriente doctrinal que defiende que los derechos (ella estudia en concreto el derecho a la intimidad) siguen existiendo tras el fallecimiento de su titular, aunque sea mostrando esta contradicción, ya que concluye su trabajo con la siguiente afirmación; «Porque, en efecto, si bien la interpretación propuesta sugiere que la muerte no extingue del todo ciertos derechos personalísimos, ello no impide afirmar que el artículo 4 está confiando a ciertas personas **la defensa de una personalidad pretérita**, sin que se les haya transmitido el derecho del fallecido. En resumen, y **en contra del criterio**

Ley (ver epígrafe 3), es utilizado por ROYO JARA para asentar su opinión de supervivencia del derecho.

[567] Tras esta afirmación el autor también recoge la de VIDAL MARTÍNEZ en la que opina que lo que; «se está protegiendo es la intimidad familiar de aquellas personas», y sigue diciendo; «Suscribimos tal concepción, ampliándola, incluso, al derecho al honor», con lo que acaba por confirmar que finalmente opta por la pervivencia de los derechos.

[568] Vid. PARRA LUCÁN, ob. cit. nota 146, págs. 210 a 220.

[569] Inicialmente consideramos que ya que en un principio parecía poder desprenderse de este estudio que se seguía la doctrina de la STC. 231/88, quizás por lo acertado de la exposición de la misma, era oportuno incluir este trabajo en el epígrafe de las posturas que opinan que los derechos se extinguen. Pero la autora, como veremos justo ahora, también habla de que los derechos no desaparecen del todo, y que defienden la **personalidad pretérita**, por lo que también incluimos este trabajo en el epígrafe que estudiaba las posturas intermedias. Estas posiciones, unido a que opinamos, que la intención final de la autora era admitir la prolongación de estos derechos (lo que desarrollaremos justo a continuación), hace que debamos incluir su opinión dentro de estas posturas contradictorias que admiten la pervivencia de los derechos. Como vemos, hablando de posturas contradictorias, ésta no lo podía ser más, ya que podría ser posible encontrarle acomodo en todas las variadas posturas que aquí hemos estudiado.

del Tribunal Constitucional, no cabe negar el **contenido personal**, extrapatrimonial del **derecho a la imagen de una persona fallecida**»[570].

Por último, dentro de estas posturas algo contradictorias podríamos incluir una frase de ESPÍN CÁNOVAS[571], en la que estudiando el aspecto post-mortem del derecho moral de autor, tras defender que es un derecho de la personalidad nos dice que; «Como derecho de la personalidad, se añade en la misma obra, *debería cesar al fallecimiento de su titular*, pero se considera **que subsiste en tanto que protege la memoria del difunto, *la personalidad intelectual sobrevive a la personalidad física***».

Como vemos, el autor defiende por un lado que los derechos de la personalidad se extinguen tras el fallecimiento, pero a pesar de reconocer que el derecho moral de autor que está tratando es también un derecho de la personalidad, aprecia que el mismo subsiste post-mortem, con lo que debemos incluirlo dentro de los tratados que, aunque sea contradictoriamente, admiten que la muerte no extingue (alguno) de los derechos de la personalidad[572].

---

[570] De aquí debemos entender dos cosas. Que el derecho a la imagen de una persona fallecida sigue existiendo, y a la vez que lo hace con un contenido personal, extrapatrimonial. De la conjugación de ambas afirmaciones sacamos la conclusión de que para la autora el derecho a la imagen sigue existiendo tras el fallecimiento de su titular como un derecho de la personalidad.

[571] Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 162, pág. 20.

[572] Porque ciertamente en este epígrafe hemos reunido a todos los autores que defienden en alguna ocasión que algún aspecto post-mortem de algún derecho de la personalidad sigue estando vigente. Respecto a esta idea por parte del autor, la de la vigencia del derecho moral de autor post-mortem, no existen dudas en esta obra, pero si analizamos otra más cercana a nosotros, confirmamos esta impresión de que el autor opta por la pervivencia del derecho. Esto se puede apreciar en; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos del autor de obras de arte*, Madrid, 1997, págs. 159 a 177.

No obstante, es obligado reflejar la contradicción en la que las diferentes obras de ESPÍN entran. Como vimos en el epígrafe 5.1.1.1, en su obra monográfica sobre la defensa post-mortem de los derechos de la personalidad, de 1987, ob. cit. nota 113, pág. 238, ESPÍN defendía que el buen nombre y la fama (sinónimos del aspecto social del derecho al honor) perviven a la muerte, y aquí recoge, siguiendo oficialmente la teoría mayoritaria, que cualquier derecho de la personalidad debería cesar tras el fallecimiento de su titular. Parece ésta una posición más formal, y aquella su verdadera opinión, por lo que lo incluimos entre los autores que piensan que los derechos de la personalidad no desaparecen del todo tras la muerte.

5.1.2- Situación jurisprudencial.

El trabajo que afrontamos justo a continuación es el del estudio de una de las fuentes del derecho civil, la Jurisprudencia, que puede resultar determinante a la hora de establecer si en nuestro sistema jurídico, a raíz de la LO. 1/82, se han de proteger los derechos de la personalidad de una persona fallecida y, consecuentemente, si hemos de entender que la muerte no extingue estos derechos. Consideramos que del estudio de las resoluciones de nuestros más altos Tribunales, hemos de obtener importantes conclusiones[573].

Para estudiar la situación de los derechos de la personalidad post-mortem a través de las resoluciones del TC. y del TS., hemos de centrarnos en el análisis de qué es lo que en los mismos se defiende cuando se les plantean casos en los que han de estudiar posibles vulneraciones de estos derechos[574]. Hemos de entresacar conclusiones sobre la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem a través de la protección que se les ofrece en estas resoluciones judiciales porque las mismas, preocupadas esencialmente en resolver los temas prácticos concretos que se les plantean, no suelen hacer profundos análisis que se centren concretamente en la naturaleza jurídica de los derechos[575].

Pues bien, hablando de protección de los derechos a través de resoluciones, ya dijimos durante todo el epígrafe 3.1.2 que en este lugar analizaríamos con

[573] Especialmente en lo relativo a qué es lo que realmente se está protegiendo en nuestro derecho en estas resoluciones, y a raíz de ello, las determinaciones que hemos de derivar de ellas de en qué situación queda la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad.

[574] Generalmente se han dado estos casos en situaciones en las que en la prensa se han publicado determinados aspectos de la vida de alguna persona (como actitudes, forma de vivir, capacitaciones profesionales) que se ha convertido en aspecto de la atención pública por su fallecimiento, o por ser antes del mismo un personaje público. Estos hechos, cuando se producen en circunstancias impactantes, sean las que sean, concitan la atención social, y suelen provocar noticias con intenciones mediáticas encaminadas a captar más atención, y consecuentemente más audiencia. En algunos casos esta situación ha provocado la publicación de noticias que claramente ponían en tela de juicio algunos aspectos de la personalidad de los fallecidos, provocando ataques a los derechos de la personalidad de los mismos, lo que ha motivado la reacción de los familiares mediante la interposición de demandas que buscaban amparar y proteger esos derechos.

[575] Lo que es, por otra parte, absolutamente normal. Las resoluciones han de fundamentar bien desde el punto de vista jurídico el sentido de sus fallos, es decir, si se ha producido o no una intromisión ilegítima en esos derechos, pero no son los fundamentos jurídicos de una Sentencia unos lugares en los que se suela (y creemos que ni se deba) llevar a cabo detenidas disquisiciones sobre el trasfondo de la naturaleza jurídica de algún tema, tarea más asimilable a los escritos doctrinales. Por ello hemos de estudiar qué es lo que cada resolución protege para, a partir de ahí, conocer si esta jurisprudencia opta por considerar que la muerte hace desaparecer los derechos de la personalidad o no.

detenimiento un buen número de resoluciones, ya que estimamos que en los mismos se da otra línea jurisprudencial a la allí recogida de la extinción[576].

Antes de exponer muy brevemente qué resoluciones estudiaremos en el presente epígrafe, queremos desarrollar una reflexión en relación a la protección que en los supuestos fácticos ofrece la Jurisprudencia. Vimos que el TC., en su resolución 231/88 afirmaba que no hay ningún ámbito de protección en los derechos de la personalidad post-mortem desde su aspecto de derechos fundamentales (la protección sería únicamente civil), por lo que se concluía con que (debido a que la muerte extinguía la personalidad), los derechos no existen, y si se concede el amparo es por la lesión de otro derecho, el de la intimidad familiar, o el de la intimidad de los familiares vivos[577].

Pues bien, a raíz de este planteamiento, y también por pura lógica, creemos que, en el momento en el que nos encontramos con resoluciones que estiman que SÍ se ha lesionado el derecho de la personalidad de una persona fallecida, hemos de sacar dos conclusiones; primero, que esa resolución se aparta de la doctrina de la 231/88; y segundo, que si se considera vulnerado el derecho de la personalidad de una persona fallecida, el mismo sigue existiendo (o al menos existe un concreto ámbito jurídico digno de protección), y la muerte no lo ha extinguido. Así pues, de estas resoluciones que consideran dañados los derechos de la personalidad de un fallecido, hemos de obtener una consecuencia principal; la de que la muerte no extingue los derechos de la personalidad[578].

Tras hacer esta necesaria puntualización, hemos de incidir en que aquí iniciaremos este estudio con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal

---

[576] Que es la que propugna la STC. 231/88, ya allí explicada, y que como ya hemos reflejado en varias ocasiones, ha sido muy citada por la doctrina española.

[577] Al respecto, para analizar un mayor desarrollo de esta idea, nos remitimos a todo ya expuesto con gran atención en el epígrafe 3.1.2.

[578] Porque el planteamiento de una resolución que quisiera seguir la doctrina de la citada STC. 231/88 debería ser inexcusablemente iniciar su fundamentación jurídica recogiendo lo en ella contenido, aclarando que tras la muerte no existe derecho de la personalidad como derecho fundamental y que por ello el TC. lo debe considerar, a los efectos de su resolución, extinguido (otra cosa sería el ámbito civil, que se consideraba que sí podía existir). Después de esta afirmación previa, la resolución que siguiese la doctrina de la 231/88 debería analizar la posible afectación del derecho del familiar actor (que sigue vivo, y como tal sí es titular de un derecho fundamental). Si las resoluciones del TC. estudiadas a continuación únicamente analizan si se ha dañado o no el derecho a la personalidad del fallecido, hemos de entender necesariamente que se sitúan muy alejados de la doctrina expuesta por la resolución de 1988, y debemos estudiar su fundamentación para observar si de ella podemos derivar que la muerte no ha extinguido los derechos de la personalidad.

Constitucional de la que podemos desprender que la muerte no extingue los derechos de la personalidad. Debido a la importancia que tienen estas resoluciones dedicaremos bastante atención al tratamiento de las mismas, que serán estudiadas una a una, desgranando sus fundamentos jurídicos[579].

Posteriormente trataremos las resoluciones del Tribunal Supremo que se sitúan en esta misma perspectiva, y analizaremos de manera también muy detallada la fundamentación de las mismas[580]. Tras el tratamiento de estas dos jurisdicciones abriremos un último epígrafe en el que recapitularemos las argumentaciones de las pocas resoluciones que sí que abogan por la extinción de los derechos y de las numerosas que se sitúan en la línea de la pervivencia. A través de ese análisis concluiremos haciendo una visión de conjunto que nos dirá en qué situación se encuentra en la Jurisprudencia de nuestro sistema jurídico de hoy en día los derechos de al personalidad tras la muerte de su titular[581].

5.1.2.1.- Tribunal Constitucional.

Para estudiar de la manera más adecuada posible la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que trata de los derechos de la personalidad post-mortem no podemos dejar de tener presente la referencia que supone la primera resolución que en España dictó nuestro intérprete constitucional sobre la posible vulneración del derecho a la personalidad de una persona fallecida. Esta resolución, que tuvo una gran trascendencia en su momento en relación a determinar la situación de estos

[579] Sólo a través de un detallado y minucioso análisis se puede descifrar bien qué debemos desprender de las resoluciones del Tribunal Constitucional, sobre todo de las posteriores a la 231/88. Si aquí defendemos que la inmensa mayoría de las siguientes resoluciones del intérprete constitucional no se sitúan en la misma línea de la primera y más citada, las deberemos analizar convenientemente, y con la adecuada atención.

[580] Respecto a esta Jurisprudencia y a la del Constitucional queremos resaltar, con carácter previo a su tratamiento, un dato muy interesante. Como se podrá observar claramente en todo lo contenido en el presente epígrafe, el número de resoluciones de una y otra jurisdicción que estudiamos en este epígrafe, comparado con el de las sentencias en las que se observaba la postura de la extinción es ciertamente numeroso. Recordamos que en aquel lugar, respecto al TC. citamos únicamente una resolución y respecto al TS., básicamente dos. Emplazamos al lector a que observe la cantidad de resoluciones estudiadas a continuación.

[581] Ésta es la manera de la que podremos obtener una verdadera enseñanza de este epígrafe en relación a la aclaración del objeto central del presente estudio. Abrimos un apartado nuevo en dicho momento porque en el mismo hemos de ampliar la perspectiva del análisis a las resoluciones que estudiamos aquí, las de la prolongación de los derechos, y estudiarlas conjuntamente a las contrarias, y de este análisis conjunto sacar las conclusiones oportunas.

derechos post-mortem, precisamente por ser la primera que se dictaba sobre la cuestión, es la STC 231/88 de 2 de diciembre[582]. La misma resuelve la solicitud de amparo, y lo concede por la intromisión en el derecho a la intimidad de la viuda del torero fallecido. A continuación recogeremos aquí brevemente los argumentos de los Fundamentos Jurídicos de esta resolución, para tomarlos como referencia en la explicación posterior del resto de las resoluciones constitucionales sobre el tema[583].

Para el Tribunal, una vez fallecido el titular de los derechos, gracias al artículo 32 del Código Civil, *se extingue la personalidad.* Con ello desaparece también *el mismo objeto de la protección constitucional*, que busca garantizar un *ámbito vital reservado*, que *con la muerte deviene inexistente.* Por consiguiente, si se mantienen acciones de *protección civil* ello ocurre *fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional* mediante el recurso de amparo. Como consecuencia de lo expuesto, el Constitucional no se pronuncia sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional. Así, opina el juzgador que el derecho a la **imagen** que se invoca puede ser el de la utilización económica de la imagen, patrimonial y remisible a la vía civil, pero sin un valor constitucional reforzado.

Se concluye que en este caso se puede ver afectada la **intimidad familiar** porque el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende a aspectos de la vida de *otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar*, y que *inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la C.E. protegen.* En este caso, se trata, pues, de imágenes que, por sus duras circunstancias y consecuencias inciden negativamente, causando dolor y angustia, en los familiares cercanos al fallecido. No cabe pues

[582] Los hechos ya se citaron, pero los traemos aquí brevemente. Se centran en el intento de una empresa privada de comercializar una cinta de vídeo sobre la vida y la muerte del torero Paquirri, en la que aparecían imágenes de la cogida que sufrió en una plaza de toros (en Pozoblanco) y que le ocasionó la muerte (en ella se recogían algunas imágenes muy ligadas a la intimidad, dentro de la propia enfermería de la plaza). Reiteramos que se trata de la utilización comercial de esas imágenes. En amparo se estimó una intromisión en el derecho a la intimidad de la esposa del torero.

[583] A pesar de que esta resolución ha sido muy estudiada ya en el epígrafe correspondiente, queremos traer aquí a colación los principales argumentos que la misma asentaba, con la intención de poder tenerlos presente, y a partir de ellos, tener la posibilidad de comparar con más elementos de juicio la fundamentación de las siguientes resoluciones del propio TC., y observar de primera mano cuál es la gran evolución que las mismas presentan.

dudar de que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho *inciden en la intimidad personal y familiar de la recurrente, la viuda del fallecido*[584].

Tras esta sentencia, las primeras resoluciones que dicta el Tribunal Constitucional relativas a la posibilidad de la vulneración de un derecho de la personalidad de una persona fallecida no tardaron mucho en producirse, y son concretamente dos Sentencias de 12 de noviembre de 1990[585]. Ambas corresponden a los mismos hechos, pero a tenor de una condena a dos medios de comunicación, ambos recurren en amparo por separado y con distintos argumentos, lo que provoca dos resoluciones diferentes (en las que curiosamente una absuelve a los demandados y recurrentes y la otra les condena)[586].

---

[584] Hemos querido resumir, de forma muy somera, lo contenido en gran parte de los fundamentos jurídicos de la resolución. Para ser más exactos con lo que la misma expone, hemos cometido cierta incorrección, la de utilizar expresiones y frases enteras, tomadas casi de forma textual de la propia resolución, sin citarlas de la debida forma. Esto lo hemos hecho con la finalidad de intentar conjugar toda la concisión que fuese posible, y sin dejar nada fuera del desarrollo natural de la argumentación. Ello no obstante, el estudio detallado de la sentencia explicada, junto con el contenido textual de sus fundamentos jurídicos, recogidos por orden y tratados según su importancia en cuanto a la doctrina de la resolución, se encuentran en el apartado del epígrafe anterior en el que tratamos con todo detenimiento la jurisprudencia que opta por considerar que la muerte extingue los derechos de la personalidad, en concreto en el 3.1.2.1. A ese lugar nos remitimos para el estudio más detallado de las características y consecuencias de esta importante sentencia.

[585] Hablamos de las primeras sentencias que provienen de recursos de amparo contra resoluciones de la Sala primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, que son las que aquí tratamos con más atención. Antes de las resoluciones de 1990, el Auto del TC. 259/88 de 29 de febrero estudió la admisibilidad o no de un recurso de amparo que traía razón de una vulneración penal del derecho al honor de un fallecido (por ser un auto, y por ser penal, lo citamos de manera incidental). En el FJ. 2°, fundamenta la admisión, respecto a la protección del honor de los propios actores vivos en que; «No razona la solicitante de amparo en qué medida su honor ha podido ser vulnerado en razón de las afirmaciones del escritor querellado». Respecto al derecho del honor del fallecido (aquí el TC. utiliza la expresión «buen nombre»), el FJ. 2° recoge que; «En lo que se refiere al buen nombre del ilustre sabio don Santiago Ramón y Cajal, los Autos impugnados han ponderado, de manera expresa, que no ha resultado afectado ese buen nombre por las expresiones denunciadas...». Así pues, no se vulneró el buen nombre del fallecido, pero seguía existiendo, y considerándose digno de protección.

[586] Recogemos los hechos de ambas resoluciones conjuntamente porque son los mismos. Los periódicos "EL PAÍS" y "DIARIO 16" publicaron la información sobre un accidente aéreo ocurrido el 19 de febrero de 1985 en las cercanías del aeropuerto de Sondica, en Bilbao, en el que murieron 148 personas, entre ellas el comandante de vuelo del avión, J.L. Patiño. En los artículos de las publicaciones, con algunas diferencias, se hacía un recorrido por la vida del comandante fallecido, y se referían asuntos privados como relaciones afectivas adúlteras, filiaciones extramatrimoniales, supuestos problemas con el juego o el alcohol (de ninguna de estas expresiones se podía derivar un juicio muy positivo sobre la personalidad del piloto fallecido, y en algún caso dejaba en el aire la duda sobre su capacidad para ejercer como piloto comercial, de lo que se podía presumir la posibilidad de que su inestabilidad personal tuviera algo que ver con la causa del accidente). Los hijos del piloto fallecido interpusieron demanda civil de protección de los derechos al honor y a la intimidad de su padre, admitida en primera instancia por el Juzgado de Iª Instancia nº 26 de Madrid, y en parte por la Audiencia Provincial. La casación interpuesta por los diarios fue desestimada por considerar

La primera Sentencia es la 171/90. El juzgado comienza su razonamiento cuestionándose qué es lo que está juzgando en dicho procedimiento, es decir, ante qué conflicto se está; qué derecho fue el protegido por la Sentencia del TS. Sobre esto, en el FJ. 4° fundamenta el objeto del procedimiento;

> «La Sentencia del Tribunal Supremo ha estimado que las diversas informaciones publicadas por "EL PAÍS" sobre la personalidad y la capacidad profesional del Sr. P.A. –comandante piloto de un avión siniestrado en febrero de 1985 en las proximidades del aeropuerto de Sondica (Bilbao)- **han supuesto una intromisión ilegítima en *el derecho a la intimidad y al honor de su persona*** –o más exactamente, en el de la ***memoria*** de su persona-».

Así pues, el Tribunal admite en esta argumentación que la defensa de la memoria se plasma **en la protección de los derechos a la intimidad y al honor del fallecido** que es lo que protegió el TS. (recordemos lo antes puntualizado, para que se proteja el derecho, el mismo debe seguir existiendo).

Posteriormente, cuando analiza las circunstancias jurídicas del caso, en ningún momento el TC. dice en esta resolución que los derechos a la intimidad y al honor no existan; que ya no tenga el fallecido un ámbito vital de protección; que ello provoque que la posible protección que sus derechos tienen en nuestro ordenamiento sea únicamente civil, y no constitucional; o que lo que se podría dar seréa la lesión de los derechos del familiar vivo, tal y como defendía la resolución 231/88. Es más, en numerosas ocasiones, cuando analiza los hechos del caso concreto, el Tribunal estudia la relación entre las libertades de información y de opinión y los derechos a la intimidad y al honor *del fallecido*, repitiendo con gran asiduidad que lo que se estudia es el honor *del fallecido*, la intimidad *del piloto*, etc.[587].

---

intromisión en el honor y la intimidad del piloto fallecido. Los recursos de amparo dieron lugar a dos resoluciones diferentes, que recogeremos a continuación. La primera, la STC 171/90 responde el recurso de amparo interpuesto por el diario EL PAÍS, y termina con la absolución de este medio de comunicación. La segunda, la STC 172/90 resuelve el recurso interpuesto por DIARIO 16, condenándolo. Veremos a continuación la motivación de una y otra resolución.

[587] Citaremos alguna de las numerosísimas ocasiones en las que esto se produce. En el FJ. 6 el TC. afirma que lo que se estudia es si ha sido; «ponderado de manera adecuada el valor prevalente del derecho a la información **sobre el derecho a la intimidad y al honor de la memoria del *afectado* por esa información**», o si la información; «ha sobrepasado los límites constitucionalmente protegidos del derecho a la información, **al atentar al honor y a la intimidad personal *del padre* de los demandantes**». En el FJ. 8°, expone que; «La veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad, excluyente de la antijuricidad de **las intromisiones en el honor e intimidad de las personas** es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte **al derecho al honor o al derecho a la intimidad**». En el FJ. 11°, se alega que los actores consideraban que las expresiones del periódico eran; «innecesarias y descalificadoras que

A este respecto también tenemos que tener en cuenta que no existe ninguna voz en nuestro derecho, ni doctrinal ni jurisprudencial, que abogue por la división de estos derechos (el del honor y el de la intimidad) en dos aspectos, personal y patrimonial, tal como ocurría con el derecho a la imagen. Por lo tanto, y si se admite que existe el derecho al honor post-mortem y que éste es el que se protege[588], ha de ser con su naturaleza jurídica de derecho de la personalidad, de derecho fundamental[589].

El TC., tras considerar que los derechos al honor y a la intimidad de una persona fallecida sí que existen, resuelve el procedimiento, y absuelve a los recurrentes en amparo porque considera que en este caso, ante los derechos del fallecido, prevalecían las libertades de información y de expresión de los mismos. El Tribunal concluye con que las expresiones que contiene la información;

> FJ. 11°; «Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el contenido mismo de las expresiones cuestionadas (...) no cabe considerar que las expresiones utilizadas fueran innecesarias y gratuitas en relación con la información (...). No eran así irrelevantes las informaciones publicadas sobre las cualidades personales **del piloto** (...). Se trataba de datos y calificaciones relevantes para la información y, además, presentadas dentro de los límites de lo tolerable (...). Tampoco desde la perspectiva del abuso de las formas o expresiones puede considerarse así que la información publicada haya sobrepasado los límites del derecho de comunicación de información y opiniones».

---

perjudicarían su buen nombre y fama y que supondrían una intromisión ilegítima en su honor», y analiza que esto no es así por prevalecer en este caso las libertades. Hay incluso más referencias en dicha resolución a que lo que se analiza es el honor y la intimidad del fallecido, pero consideramos éstas como suficientes.

[588] Incidimos en que interpretamos que si el TC. protege un derecho, previamente ha de dar por supuesto que ese derecho existe, ya que un Tribunal no va a condenar a nadie por la vulneración de un derecho de otro que no existe, y que por lo tanto no sería objeto de protección. A partir de ahora siempre consideraremos que cuando el TC. o el TS. protege los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular, se da una admisión (creo que podríamos decir más explícita que implícita) de la existencia de estos derechos en ese momento post-mortem.

[589] Decimos esto porque en la doctrina, como hemos visto, se defiende que en el caso Paquirri se da el análisis de dos derechos diferentes. Respecto al primero, el derecho a la imagen, al diferenciar entre sus aspectos personales y los patrimoniales, se envía la protección post-mortem del segundo a la vía civil, y se declara inexistente la del primero. Posteriormente, respecto al derecho a la intimidad se declara que éste no existe post-mortem, y se concede el amparo por la vulneración de la intimidad familiar de una persona viva; la viuda del torero fallecido. Si en esta sentencia que analizamos aquí (y veremos que en la siguiente también) se admite la posibilidad de la defensa de los derechos a la intimidad y al honor post-mortem, hemos de considerar que en todo momento es en su calidad de derechos fundamentales de la personalidad de la persona fallecida.

Así pues, se absuelve a los demandados y recurrentes, pero no porque no exista el derecho del fallecido, sino porque, existiendo éste, y con las circunstancias del caso, se han de considerar prevalentes respecto a los primeros las libertades de expresión y de información.

La segunda resolución relativa al mismo caso es, a nuestro entender, aún más clara, si cabe, en la admisión de la existencia de los derechos de la personalidad post-mortem. Ésta es la 172/90, y se refiere a la publicación que sobre el mismo hecho hizo DIARIO 16. En la primera parte de su fundamentación jurídica se analizan los diversos aspectos que afectan a las libertades de expresión y de información y su relación con los derechos al honor y a la intimidad, sin citar expresamente que en este caso estemos ante derechos que se deban considerar como extinguidos por ser los del fallecido[590].

Ya acabado este repaso y en el FJ. 4º, el Tribunal analiza si en este procedimiento se ha producido alguna intromisión o no y, en caso de haberla, qué derecho ha sido el lesionado. Primeramente recoge de manera textual algunas de las duras expresiones que se publicaron en el diario[591], y luego declara que se han vulnerado los derechos al honor y a la intimidad *del piloto fallecido.* La

[590] Se estudian diversos aspectos de la consolidada doctrina de nuestros tribunales al respecto, como el carácter de estas libertades, unidas al desarrollo de una opinión pública libre y el pluralismo político, la importancia de aspectos como la veracidad o la relevancia pública de las informaciones publicadas, y las diferencias entre ambas libertades. Todos estos aspectos, que como vemos de un modo u otro afectan a la protección jurisdiccional de los derechos de la personalidad post-mortem (aunque siempre se hayan centrado más en la defensa de los derechos en vida de su titular), serán recogidos en el último capítulo de este estudio (la doctrina jurisprudencial sobre los mismos la hemos de considerar hoy en día verdaderamente asentada).

[591] Que recogemos a continuación, para que se comprenda el verdadero alcance de la publicación, en relación a la personalidad del fallecido y al resultado final del recurso. Es precisamente la diferencia entre el tipo de expresiones de una publicación y otra lo que motiva (creemos que acertada, aunque pueda parecer que paradójicamente) que mientras en una resolución se estima que hubo intromisión, la otra considere que no la hubo. Los hechos de la publicación de DIARIO 16 fueron (FJ. 4º de la propia resolución); «El periódico "Diario 16", en su número correspondiente al 23 de febrero de 1985 y bajo el titular "El último comandante Patiño", publicó una semblanza personal de dicho comandante en la que, invocando fuentes informativas no precisadas y aun reconociendo que era un gran piloto, se dedicaban al mismo frases tales como "era un cachondo mental", "era mal educado y grosero", "bebía demasiado para un comandante de líneas aéreas que tiene que volar cada cuatro días", "vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses", "la cerveza y algunos problemas económicos llevaban últimamente de cabeza a este hombre", "vapuleó a un compañero que no secundó el paro y se enfrentó a un pasajero agarrándolo por las solapas"; afirmando dicho diario, en su número correspondiente al día 24 de dicho mes y año, que los restos del comandante P. estaban siendo analizados para descubrir si hay en ellos "huellas de alcohol y si el grado de alcoholismo, en caso de que exista, era superior al permitido", e insistiendo en la "enorme pasión por la cerveza" del comandante fallecido, para llegar a la conclusión de que dicho Comandante "no llevó a cabo la maniobra de aproximación de forma correcta».

fundamentación es larga, pero la recogemos en su totalidad por considerarla muy clarificadora si se recoge en el orden de su elaboración, y a su vez básica para entender la situación jurisprudencial de los derechos de la personalidad post-mortem, y en concreto, la admisión de la existencia de estos derechos;

> «Pero también es indudable que, aún admitiéndolo así, **tal información**, al margen de su veracidad o falsedad, **lesionó de manera ilegítima el honor y la intimidad personal del piloto fallecido**, puesto que, en el juicio que se hace **sobre su personalidad**, cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable, se incluyen expresiones y afirmaciones que *exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho de información.*
>
> Apreciado en el contexto global de la información transmitida, debemos considerar constitucionalmente irreprochable el criterio del órgano judicial de incluir entre las expresiones que, por su literalidad, califica de **intromisión ilegítima en el honor del comandante P.**[592], las de "cachondo mental" y "mal educado y grosero", puesto que exteriorizan un juicio personal del informador a cuya *consideración judicial de formalmente vejatorias*, ajenas al hecho del accidente aéreo y a la formación de una opinión pública sobre sus causas, nada tiene que objetar este Tribunal y tal consideración es mucho más notoria y de mayor gravedad respecto de la afirmación de que dicho piloto, hombre casado y con hijos "vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses", puesto que tal afirmación, que de ser cierta podría quizás, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho de información, si se refiriese a un personaje público, no puede en modo alguno encontrar justificación en el caso aquí debatido, pues se trata de una persona privada[593], cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión puede autorizar al informador a *someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo*, pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública **aspectos reservados de su vida privada más íntima**, que en absoluto tiene la más mínima conexión con el hecho de la información, tanto más cuanto que se trate de **una persona fallecida**, cuya memoria de acuerdo con el sentimiento social prevalente[594], merece el mayor respeto.

---

[592] Queremos incidir en un aspecto que reflejaremos después, para dejarlo aquí citado. En esta sentencia, para estimar si se ha producido una lesión en un derecho, en todo momento se estudia el honor y la intimidad del fallecido, sin que en ningún momento se tenga que utilizar el concepto de memoria para fundamentarlo, aunque sí se nombra por ser un término similar al del aspecto social del honor. De ahí deducimos que es la memoria la que se plasma en los derechos, y a pesar de que ambos se relacionen mucho entre ellos, no creemos que los derechos al honor, la intimidad y la imagen de las personas fallecidas *dependan* del concepto de memoria para existir. Estos derechos post-mortem se relacionan directamente con la memoria, pero tienen una vida autónoma y una naturaleza jurídica propia, aún tras la muerte de su titular.

[593] Este hecho lo veremos en el tercer capítulo, pero queremos dejar aquí indicado que es diferente que una publicación se refiera a una persona que ejerza una profesión o un poder público a que sea alguna en quien no se dan esas circunstancias.

> Por lo tanto, dichas expresiones y esa afirmación son exteriorizaciones comunicativas que, por su ausencia de relevancia pública, **un sacrificio innecesario del honor e intimidad de una persona** que no encuentra justificación en el valor preferente de la libertad de opinión y de información, por tanto, **lesionan gratuitamente el derecho al honor e intimidad de la persona a la que se refieren** (art. 18.1 de la Constitución y art. 7.3 y 7 de la LO. 1/82)».

Así pues, la resolución (al menos esta en concreto) olvida absolutamente la argumentación de la 231/88, y en todo momento defiende la existencia post-mortem de los derechos de la personalidad (en este caso, honor e intimidad) y los que considera lesionados son estos derechos[595].

En esta resolución anterior se consideran lesionados tanto el derecho al honor como el de la intimidad. Generalmente las resoluciones de nuestros Tribunales estudian principalmente la lesión del derecho al honor, ya que es el más significativo de los regulados por la LO. 1/82[596], pero los argumentos que se utilizan en relación a uno de estos derechos se pueden considerar válidos para estudiar la situación de los derechos en general[597].

La siguiente resolución del TC. en la que existe una referencia, aunque sea tangencial, a la posibilidad de que los fallecidos disfruten de un derecho a la

---

[594] Con relación a la nota 592, vemos cómo se conecta aquí al concepto de memoria con la concepción social del honor, pero sin que los derechos dependan de ella.

[595] No creemos que en este caso se pueda opinar, gracias a la contundencia con la que el juzgador se expresa siempre analizando si lo publicado dañó el honor y la intimidad de la persona fallecida (dando por admitido que los mismos perviven tras el fallecimiento), que la Jurisprudencia dice una cosa cuando quiere decir otra. Nos referimos a la obra de; GITRAMA, ob. cit. nota 178, pág. 239, en la que, como ya recogimos, nos dice, sobre la forma de expresarse en algunos autores refiriéndose a los derechos del fallecido que; «Observemos la donosa expresión "derechos del fallecido", que debe entenderse como derechos que corresponderían al fallecido si viviera». En este caso jurisprudencial es palpable que siempre que se dice derechos del fallecido se está hablando de eso mismo.

[596] Ya recogimos en el capítulo primero de este estudio que el derecho al honor se suele considerar normalmente como el principal, el más característico, de los derechos de la personalidad, ya que engloba al resto, y por ello el tratamiento doctrinal del mismo ha sido mucho mayor que el del resto, y en las demandas interpuestas ante nuestros tribunales, la mayor parte de las veces se alega dañado el derecho al honor, a lo mejor, junto a él algún otro, pero casi siempre aparece citada la lesión del honor.

[597] Como ya señalamos anteriormente las resoluciones de nuestros tribunales no son lugares apropiados para llevar a cabo estudios profundos de la naturaleza jurídica y de la fundamentación final de las situaciones, sino para analizar caso concretos. Por ello, no sería normal encontrar reflexiones sobre la situación de estos derechos "en general" en las mismas, sino referencia incidental a ellas para posteriormente resolver los casos planteados. Gracias a esta situación, nos vemos obligados a interpretar estas resoluciones sobre uno de los derechos en concreto con la perspectiva de los derechos en global, que es la perspectiva del objeto de la presente tesis doctoral.

personalidad (en concreto en ésta es una referencia al derecho al honor), es la STC. 214/91 de 11 de noviembre[598]. Los hechos no son directamente los de la lesión del derecho de la personalidad de un fallecido, defendida por un familiar, pero en los fundamentos jurídicos, respecto a este tema, sí que hace alguna afirmación muy interesante para nuestro estudio.

La discusión principal en este procedimiento se centraba en la legitimación activa de una persona que se consideraba dañada por diversas alusiones que un miembro de las SS había hecho en contra de los judíos en general, y por su negación del holocausto, cuando la actora, además de ser judía y de haber perdido a parte de su familia en un campo de concentración, era una destacada activista en favor de los derechos de los judíos. Ante esto, el Tribunal, en sus FFJJ. 3º y 6º estima que por los ataques realizados contra un grupo en general uno de sus miembros se puede ver afectado si son identificables como individuos dentro de la colectividad[599]. Pero lo ciertamente interesante a nuestro tema es lo que recoge el FJ. 4º sobre la situación en la que estaría el derecho de la personalidad de sus familiares asesinados en los campos de concentración;

> «Desde su doble condición, de ciudadana de un pueblo como el judío, que sufrió un auténtico genocidio por parte del nacionalsocialismo, y *de la de descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela* (personas todas ellas que fueron asesinadas en el referido campo de concentración), forzoso se hace concluir que, sin necesidad de apelar aquí a la referida **legitimación por "sucesión" procesal del derecho subjetivo al honor de sus parientes fallecidos** (al amparo de los artículos 4.2º y 5 de la L.O. 1/1982 de protección del derecho al honor), **que también cumpliría la recurrente**...».

[598] Los hechos en esta sentencia son importantes. Tras unas declaraciones del ex jefe de las S.S. nazis León Degrelle a una revista nacional en la que acometía contra "los judíos", criticándoles, negando el holocausto y alabando la figura de Hitler, Violeta Friedman, destacada defensora de los derechos de los judíos, cuya familia murió gaseada en la segunda guerra mundial, demandó al entrevistado por haber lesionado su honor. En primera instancia se le absolvió por falta de legitimación activa, ocurriendo lo mismo en casación, por ser un derecho personal e intransferible y ser las expresiones referidas a la raza en general. El amparo le fue concedido a la demandante por las razones aquí desarrolladas.

[599] Esta afirmación no es relativa a la situación post-mortem de los derechos, pero sí a la concepción de honor en nuestra jurisprudencia, por lo que la recogemos en este pie de página. Sobre si la consideración del honor como un bien atribuible a una sola persona podría impedir la acción en este caso, el Tribunal nos dice que; «Esta legitimación originaria no excluye (...) como legitimación ordinaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar del resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos, con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (arts. 10.1 y 14 de la CE.)».

En esta afirmación (sin necesidad de hacerla, ya que no estaba analizando directamente la lesión de los derechos de la personalidad de los fallecidos), el TC. se pronuncia sobre varios aspectos. El que más nos interesa es que lo que se produce en el caso de la legitimación de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82 es la sucesión procesal de los familiares para **defender el derecho subjetivo al honor de los fallecidos**. Derecho subjetivo que hemos de entender como derecho de los mismos fallecidos, personalísimo y cuyos titulares eran los familiares finados. La segunda conclusión que podemos obtener es que el propio TC. admite la defensa de estos derechos en el ámbito constitucional por parte de los familiares supérstites de las personas fallecidas, ya que aquí nos dice que la actora también estaría legitimada para actuar como defensora de los derechos de los familiares fallecidos, aunque finalmente, en este caso en concreto, se resuelva su legitimación por la vulneración de su propio derecho al honor[600].

La siguiente resolución en la que nuestro intérprete constitucional sí que analizó concretamente la posibilidad de la lesión del derecho al honor de una persona fallecida es la STC 123/93 de 19 de abril[601]. Ésta es una resolución de origen penal, pero como lo que estudiamos aquí es la opinión de la Jurisprudencia Constitucional respecto a la posibilidad de la supervivencia de un derecho de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, sus argumentos nos son igualmente válidos[602]. En esta

[600] Cuando nos señala en su FJ. 6° que la concepción personalista o individualista del honor no debe impedir que en este caso no se protegiese el derecho al honor de la actora; «Pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aún tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas, más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad», admitiéndose por ello: «la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa».

[601] Los hechos que la motivan son; tras el fallecimiento del Letrado sevillano Don A.T.P. cuyo cadáver apareció a finales del mes de abril de 1985 en el despacho profesional que poseía, en el DIARIO 16, durante los últimos días de abril y los primeros de mayo aparecieron referencias a esta noticia, en las que se hacía un perfil del abogado muy particular. En ella se decía de él que; «estaba mezclado en asuntos rarillos», que; «estaba implicado, según algunas fuentes, en asuntos turbios, asumiendo la defensa de numerosos traficantes de droga y que frecuentaba bares de prostitución», que; «se creía que delincuente y abogado estaban mezclado en asuntos poco claros», o que «la turbiedad parecía se una constante en su carrera profesional». Tras éstas y otras expresiones, la Audiencia Provincial de Sevilla consideró que los hechos probados constituían un delito de injurias graves con publicidad, y condenaba al autor de las mismas. Interpuesto el recurso de casación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo lo inadmitió, confirmando la condena, al igual que el propio Tribunal Constitucional.

[602] Aquí analizamos las resoluciones en las que el TC. recoge que el derecho al honor sigue existiendo tras el fallecimiento de su titular. El hecho de que el procedimiento llegue al intérprete

resolución no se hace una declaración explícita, pero sí implícita, de la pervivencia del derecho. En los primeros FFJJ, en concreto desde el 2º al 4º, estudia la situación de las libertades de expresión y de opinión y su relación con la protección del derecho al honor en el derecho penal, y sobre ella, la importancia de la veracidad[603].

Cuando empieza a analizar las circunstancias de hecho de este caso nos dice, en el FJ. 5º que;

> «En el caso aquí contemplado nos encontramos ante una serie de artículos periodísticos en los que su autor de manera sistemática y abundante, introduce afirmaciones, algunas hechas en tono jocoso, que presentan a **la víctima** de un asesinato *como una persona entregada a una vida deshonrosa e inmoral, tanto en el terreno profesional como en el familiar y social, imputándole conductas degradantes absolutamente incompatibles* con el más elemental **concepto del honor y dignidad**».

Tras esto, aclara que en ningún momento se demostró la veracidad de los hechos, lo que, tratándose del derecho al honor y de la libertad de información, podría haber supuesto que no existía delito. Pero la conclusión trascendental es que durante toda la fundamentación jurídica la posibilidad que se considera es la de la **lesión del honor y la dignidad del fallecido**, sin que nunca se diga que sus derechos no existan por haber sucedido la muerte, ni que lo dañado sea el derecho de algún familiar. Así pues, hemos de concluir con la mayor contundencia que lo que realmente se defiende aquí es **el derecho al honor del fallecido**[604]. Para finalizar, esta resolución, en el FJ. 6º, concluye señalando que;

---

constitucional a través de esta jurisdicción y gracias a la condena penal por un delito de injurias a un fallecido, o que lo haga por la intromisión en el derecho al honor regulado en la LO. 1/82, ha de ser tenido en cuenta, pero no nos debe llevar a invalidar los argumentos del Tribunal en este caso penal concreto. Muy al contrario, los mismos son ciertamente válidos e interesantes. En el último capítulo de este estudio, no obstante, estudiaremos la relación sobre la protección penal y la civil en estos derechos.

[603] Que como veremos, también importa, y de qué manera, para configurar las oscuras zonas de colisión entre las libertades de información y de expresión y los derechos de la personalidad en el ámbito estrictamente civil.

[604] Este aspecto es importantísimo para nosotros, ya que en el epígrafe 3.1.3.1 hablamos de unos autores que fundamentaban la regulación de la LO. 1/82 en que lo que realmente se defendía era el derecho de los familiares (el hecho de que aquí hablemos de la LO. 1/82 no nos debe llevar a despreciar una resolución penal, porque lo que analizamos en concreto es si la lesión puede sufrirla una persona fallecida o sólo la sufren los vivos, y para ello es importante observar tanto las posibles lesiones penales como las civiles). Ya en aquel lugar criticamos esta concepción, porque contenía errores que considerábamos esenciales, en relación a la verdadera situación estos derechos post-mortem en nuestro sistema jurídico, y a aquel lugar nos remitimos para analizar el desarrollo de esta postura. Pero hemos de aprovechar aquí, justo ahora que hemos analizado los fundamentos jurídicos

> «**La intromisión en el honor** que dichos artículos periodísticos ocasionaron no viene justificada constitucionalmente, al no haberse ejercitado legítimamente el derecho aquí invocado, cuyo ámbito protector no incluye, según dejamos dicho, los rumores deshonrosos, que hayan sido publicados sin comprobación de clase alguna».

En el mismo año que esta resolución del TC. que trae razón de la jurisdicción penal encontramos otra que le llega de la civil, que sigue la línea aquí contenida. En la STC. 178/93 de 31 de mayo[605] se plantea este Tribunal un tema que proviene de una Sentencia del Supremo (que recogeremos justo en el siguiente epígrafe) en la que se condenaba a un medio de comunicación por lesionar los derechos de un fallecido. Pues bien, si siguiese la doctrina de la 231/88, el TC. tendría suficiente con indicar que no admitía el recurso porque no se podía haber dado esta vulneración por no existir el derecho. Sin embargo, cuando se plantea la cuestión de fondo del procedimiento, el TC. nos dice que;

> «Se plantea, pues, un conflicto entre libertad de información y **derecho al honor**, a resolver a la luz de la doctrina de este Tribunal».

Como vemos, se admite que el derecho al honor de un fallecido, que es por lo que condenó el Supremo, puede ser dañado. Posteriormente, cuando analiza en el resto de su argumentación qué relación tienen las libertades con el derecho, y cómo se produce el conflicto de ambos en el presente caso, vemos expresiones como las que siguen;

---

de esta resolución, para señalar que la misma es la constatación práctica de la idea de que no es en absoluto necesario recurrir a esta teoría, ya que en ciertos casos se puede entender que se viola el derecho de la personalidad de los fallecidos sin que sea afectado el de la familia (no queremos excluir que también hay casos en los que se vulneran ambos, pero criticamos a quienes abogan porque esto es lo único que ocurre; nosotros defendemos que hay situaciones en las que sólo se dañan los derechos del fallecido). Este es, pues, el mejor ejemplo para observar que, incluso el TC. protege los derechos de la personalidad de una persona fallecida sin citar nunca para ello a los familiares o a su memoria.

[605] Los hechos son los siguientes; El 21 de Junio de 1986 el diario "LAS PROVINCIAS" difundió una noticia basada en una nota de prensa de la Guardia Civil de Tarragona, en la que se decía que se había detenido a dos alemanes que asesinaron a otra persona, y se decía en la nota que alegaban que el fallecido había intentado «violentar físicamente» a uno de los ciudadanos alemanes. El diario sacó un titular diciendo en grandes titulares que se había detenido a los asesinos de una persona "que intentó violarles". El Juzgado de Iª Instancia nº 2 de Valencia y la Audiencia Territorial denegaron la demanda interpuesta por la viuda y los hijos del fallecido alegando vulneración del derecho al honor del fallecido. El TS., mediante Sentencia de 27-2-90 (que estudiaremos en el siguiente epígrafe) estimó el recurso presentado por la familia, por haberse emitido juicios de valor que deshonraban al fallecido. El TC. admite el amparo solicitado por los demandados, anulando la anterior resolución del TS. por las argumentaciones que veremos a continuación (pero no por que no existiese el derecho al honor del fallecido).

> FJ.4º; «la relación de hechos imputados a **una persona** que puedan hacer desmerecer **a ésta de su fama, buen nombre y honor**, para que no constituyan una agresión ilegítima de este último...»
>
> FJ.5º; «En este proceso, (...) en la nota facilitada por la autoridad pública (...) se exponen unos hechos que **afectan a la honra de la víctima**».
>
> FJ.6º; «Para el Tribunal Supremo ello (el titular de la información en el que se decía que dos alemanes mataron al hombre "que intentó violarles") se ha hecho "en destacado lugar", y "en caracteres tipográficos de gran tamaño", suponiendo la emisión de un juicio de valor que "**deshonra al fallecido** y descalifica al periódico. Este es, en esencia, el núcleo de la argumentación de la Sentencia impugnada, calificando ello **de "agresión ilegítima" al honor del fallecido**».

El Constitucional acaba la argumentación admitiendo el amparo, y revocando la resolución del Supremo, pero no porque no se haya dañado el derecho al honor del fallecido porque no existiese, sino porque la libertad de información se ejerció dentro de los límites que la doctrina del Tribunal Constitucional establece para que prevalezca sobre el derecho al honor[606];

> FJ. 6º; «La noticia debe entenderse como mero reportaje, que desarrolla la información sin enunciados ni consideraciones que alteren el sentido de la comunicación informativa. La misma no refleja una actitud negligente e irresponsable en la comunicación de lo informado que la haga inveraz a efectos del artículo 24.1 CE.»[607].

[606] De ahí derivamos que la muerte no extingue los derechos, porque desde la postura favorable a la extinción, el argumento sería previo al análisis de la colisión de los derechos y las libertades. Desde dicha postura se diría que el derecho al honor no existe como derecho fundamental y que por lo tanto prevalece el derecho que existe como fundamental, la libertad de información. Si se estudia la colisión que se produce es porque se les da a los dos derechos el mismo rango de fundamental, y en esa paridad, en este caso, prevalecen las libertades, pero tras esa argumentación el derecho al honor sí que existe como derecho fundamental aún tras el fallecimiento de su titular.

[607] Ciertamente (y como esto es una opinión personal y no afecta directamente al tema de nuestro estudio, lo introducimos incidentalmente) no estamos de acuerdo con esta argumentación. La obligación del periodista informante, para ejercer dentro de los límites constitucionales su derecho fundamental a la libertad de información, es la de comprobar, ex ante, con la diligencia profesional que la doctrina de nuestros Tribunales establecen (ver el último capítulo, en el que analizamos la relación entre libertades y derechos) la veracidad de la noticia. Esta obligación no la tiene quien redacta la nota de la Guardia Civil que no ejerce el derecho a la libertad de información como derecho fundamental. Por ello, en nuestra opinión, el periodista no puede alegar simplemente que sólo transcribe lo contenido en la nota de la Guardia Civil, porque para utilizar esa nota dentro de su libertad fundamental a informar, debe comprobar que los hechos que relata son ciertos (salvo que con el titular se atribuya expresamente la noticia a la Guardia Civil, lo que aquí no se produjo). Si no se sabe exactamente cómo ocurrieron los hechos, y los mismos aún se están investigando, y se le imputa a una persona fallecida el intento de violación de dos ciudadanos que después lo asesinaron (se supone que para defenderse o como represalia), sin saber si lo que ocurrió fue ciertamente eso, se está dañando tremendamente el derecho al honor del afectado, en este caso del fallecido, que sigue existiendo en su aspecto social. Por ello, nuestra opinión es que en este caso, una solución acorde a la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos del ejercicio de la libertad de información sería la de

La última resolución del TC. que hasta ahora ha tratado algo sobre los derechos de la personalidad post-mortem es la STC 190/96 de 25 de abril[608]. Los antecedentes que hemos recogido abajo son importantísimos para entender la fundamentación, estudiar su verdadero sentido y, sobre todo, para comprender la solución jurídica que esta resolución aporta en relación a la existencia o no de los derechos de la personalidad de una persona fallecida. Hemos de recordar la resolución del TS de la que trae curso, la 24-6-94 que, tras recoger textualmente lo contenido en la Exposición de Motivos de la LO. 1/82. sobre la extinción de los derechos, sin embargo acaba condenando al demandado porque la información publicada provocaba un desmerecimiento en la consideración social de la fallecida y lesionaba su estima y reputación y, además de ello, provoca estos estigmas reprobables en sus deudos, sus propios padres, los actores en el caso litigioso[609].

Pues bien, ante esta fundamentación de la condena del TS., el recurrente en amparo, en el escrito formalizador de sus argumentos, alega como principal causa de invalidez de la misma que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de su titular;

> FJ.1º; «Lo que se contraponía al derecho fundamental a la libertad de información no era otro derecho fundamental, ya que **al tratarse de afirmaciones relacionadas con una persona ya fallecida no podía estar en juego el que tiene el honor por contenido**»[610].

---

considerar que ha habido intromisión en ese derecho. Recordemos que en la nota de la Guardia Civil se señalaba que el fallecido intentó "violentar físicamente a uno de ellos", y la versión de que quiso "violar a ambos" es del periódico.

[608] Los hechos son los mismos que desarrollamos con todo detalle en el epígrafe 3.1.2.2, cuando estudiamos la jurisprudencia del TS. [(STS. de 24-6-94 (RJ. 1994\5326)], debido a que esta resolución es la que resuelve el recurso de amparo que se interpuso contra la misma. Nos remitimos a lo allí explicado (nota nº 239), y aquí lo resumimos indicando que es uno de esos casos en los que un medio de comunicación publica la falsa noticia de que la causa de la muerte de una joven es el consumo de drogas.

[609] He ahí una breve reseña de los hechos, con la finalidad de adelantar los datos fundamentales para comprender la resolución del TC. El desarrollo pormenorizado de hechos y de FFJJ. De esta resolución se encuentra en el epígrafe 3.1.2.2.

[610] Como vemos, esta alegación de la representación letrada del medio de comunicación es la argumentación de la extinción, básica tanto de la Exposición de Motivos de la LO. 1/82 como de la STC. 231/88 (y en este estudio debería ir encuadrada en el epígrafe 3). La reacción del TC. ante esta argumentación nos dará la clave de cuál ha de considerarse su postura en la actualidad.

Ante esta argumentación de la extinción de los derechos, el TC. podía admitirla, con lo que se situaría en esa línea argumental, o rechazarla, con lo que se postularía a favor de la pervivencia de los derechos tras el fallecimiento. La resolución del TC. es la de que;

> FJ.2º; «Ninguna consistencia cabe otorgar al reconstruido planteamiento. En primer lugar, porque parece indudable que en supuestos como el presente, en el que lo que se discute es *si se atribuye a una persona ya fallecida su posible adicción a las drogas*, **la *difamación no se detiene en el sujeto pasivo* de la imputación, sino que alcanza TAMBIÉN a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación.** (Aquí hace alguna referencia al FJ. 4º de la STC. 231/88). No debe dejarse tampoco en el olvido que, conforme posibilita el art. 20.4 CE. y en el marco de los principios y valores que informan nuestra Norma Fundamental, la ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, establece que **la memoria de una persona fallecida puede limitar el derecho a la comunicación veraz**[611]».

De esta opinión que expone el TC. se desprende que lo dañado son dos derechos diferentes, los derechos de la personalidad de los familiares y los de la fallecida, que por lo tanto, existen[612]. Esto es lo que debemos desprender de que se nos diga que la difamación *no se detiene* en el sujeto pasivo (ya fallecido), lo que significa que sí le afecta a él, y de que la misma alcance *también* a los familiares.

Acabamos aquí el estudio de las resoluciones del TC. que han tratado la posibilidad de la existencia de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular. Como hemos reflejado, se ha de desprender de las mismas, tras observar cómo dejan a un lado la doctrina de la STC 231/88, que el intérprete constitucional admite la existencia de los derechos de la personalidad (en concreto los derechos al honor, la intimidad y la imagen) en su perspectiva de derecho fundamental tras el fallecimiento de su titular[613]. Seguidamente analizaremos la situación respecto a esta posibilidad en el TS.

---

[611] Esta última declaración de esta resolución es importantísima, en orden a la trascendencia y encuadramiento de la memoria en nuestro sistema de protección de los derechos de la personalidad post-mortem. Sobre ello ya expusimos nuestra opinión en el epígrafe 4.2.1.2, en el que defendíamos que esta afirmación le daba rango de derecho fundamental a la memoria, con lo que concretaba definitivamente la pervivencia de los derechos de la personalidad post-mortem.

[612] Aunque parece que en un intento de simplificar la fundamentación de la resolución en relación al por qué de la condena, el juzgador se centra en que se dañan *también* los derechos de los familiares.

[613] Hay un auto del TC., el 4562/96 de 11 de noviembre de 1998, en el que no se resuelve la posible vulneración o no de un derecho de la personalidad, pero que sí se habla de ellos en su

5.1.2.2.- Tribunal Supremo.

En el análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite la posibilidad de que tras la muerte de la persona puedan seguir existiendo estos derechos, hemos de tener en cuenta que ya adelantamos aquí que incluso en la STC 231/88 se admitía que la protección de estos derechos post-mortem podría ser civil. Así pues, nuestro criterio es analizar qué sentencias del TS. estiman que los derechos perviven tras la muerte de su titular, *desde su perspectiva de derechos fundamentales*, como derechos de la personalidad y no trataremos las resoluciones que los consideran persistentes post-mortem solamente desde su perspectiva patrimonial[614].

Nos centraremos, como es natural, en las Sentencias dictadas por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, la de lo Civil, ya que es el ámbito en el que estudiamos la existencia post-mortem de estos derechos[615]. Pero previamente, gracias a la claridad con la que habla de la existencia o no del derecho al honor post-mortem, recogemos lo contenido en la fundamentación jurídica de la Sentencia del TS. de la

---

situación post-mortem de una manera tangencial. Es el recurso que interpuso la heredera de Ramón Sampedro a seguir la acción en la que éste había solicitado que se le permitiese a un tercero que le practicara la eutanasia activa. El TC. estudia «el personalísimo derecho a morir dignamente», y sobre él, estima que no puede ser «transmitido a un tercero». En su argumentación recoge que el mismo es un derecho de la personalidad, pero que no se le puede aplicar la misma sucesión "ope legis" que la que prevé la LO. 1/82. En el FJ. 4° se recoge que; «Hemos de reconocer que nuestro Ordenamiento jurídico, en presencia de acciones procesales encaminadas *al reconocimiento y defensa de ciertos derechos de la personalidad*, permite la continuidad en su ejercicio por los herederos y otras personas, *una vez fallecido el demandante*» (como vemos, no se aclara qué es lo que se defiende en las mismas, pero parece abierta la posibilidad a que sea el mismo derecho del demandante fallecido). Basa la misma legitimación en su determinación "ope legis" y en que estas lesiones «se proyectan sobre el grupo familiar, trascendiendo de su titular». No aclara del todo el TC. de qué derecho se trata, aunque ya expusimos nuestra opinión sobre ello, y al ser un auto y no una sentencia la resolución en cuestión, tiene cierta incidencia, pero no es determinante en la concreción de la doctrina de este Alto Tribunal, y para ello nos hemos de centrar en las sentencias ya recogidas.

[614] Porque las resoluciones que pueden tratar aspectos patrimoniales no son en absoluto importantes para el presente estudio. Nos centraremos en las resoluciones que tratan de la posible existencia post-mortem de los derechos de la personalidad como derecho fundamental, ya que si se protege –aunque sea en el ámbito civil-, desde esa perspectiva, estaremos ante una posición contraria a la de la STC. 231/88 (que remitía a la protección civil de los aspectos patrimoniales).

[615] Queremos reflejar aquí, antes de desarrollar todo el presente estudio de la Jurisprudencia del TS., que, debido a la mayor cantidad de éstas con respecto a las del TC., y a que la línea de los mismos ya ha sido señalada, el tratamiento de cada una de las resoluciones se centrará principalmente en los Fundamentos Jurídicos de las resoluciones y las principales conclusiones que de ellas se pueden obtener.

Sala de lo Penal de 3-2-84 (RJ. 1984\716)[616] sobre un delito de injurias contra un fallecido;

> CDO. 8º; «Lo que protege el legislador en estos casos (...) **es el honor del difunto, su buena fama, su recuerdo, su renombre y su memoria**»[617].

No hay duda ninguna de que para esta resolución, el derecho al honor sigue existiendo tras el fallecimiento del titular. Y observamos que aunque ésta sea una resolución penal, el hecho de que sea de 1984 ya provoca que sean citados, en relación a la protección post-mortem de los derechos de la personalidad, conceptos como la memoria, el recuerdo del fallecido, su buena fama, etc., términos que hemos visto citados en repetidas ocasiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia civil[618].

Entrando ya con las Sentencias civiles, la primera que parece que implícitamente admite la posibilidad de la pervivencia post-mortem de los derechos es la de 28-10-86 (RJ. 1986\6015), la primera dictada por el TS. en el caso "Paquirri", a la que, tras el recurso de amparo a la misma, da respuesta la STC 231/88. En ella, tras alegar la viuda la lesión del derecho a la imagen y a la intimidad del fallecido, el TS. en ningún momento se manifiesta a favor de la extinción de los mismos, sino que fundamenta la absolución de los demandados en que la imágenes

---

[616] Este procedimiento se inicia tras la realización de una película, proyectada en diversas ciudades del Estado, en el que el procesado, K. V. habla sobre el "Rocío". Inicialmente se refiere a Don J.M.R.C. como gran rociero, con gran fotografía del mismo repetida numerosas veces. Después, en la descripción de unos hechos acaecidos en la Guerra Civil, tras describir unas sangrientas matanzas a sangre fría, se repite la misma fotografía diciéndose que esa persona, fallecida desde 1964, era la culpable de la tragedia. El delito del que se le acusaba al productor era el injurias a un fallecido, del artículo 466 en relación al 457 del antiguo Código Penal.

[617] Sigue la exposición de esta resolución penal explicando la fundamentación de por qué pervive el honor incluso tras el fallecimiento del titular; «porque todo ser humano, además de la vida terrenal, temporal y efímera, y de la sobrenatural, perdurable, eterna y hasta infinita, según los creyentes, goza de una *tercera vida*, más o menos prolongada y duradera, que acaba feneciendo con el transcurso del tiempo, y, que es, desde luego, *"post-mortem"*, que se mantiene entre sus deudos y parientes, que está especialmente obligado a respetar y hacer respetar su heredero como continuador de su personalidad, y que consiste en la huella que, su paso, dejó en el mundo sensible y en el recuerdo, memoria, renombre o buena fama que quedó de él». Esta explicación la consideramos muy interesante a la hora de describir fácticamente cómo en nuestra concepción moral es absolutamente imprescindible que los derechos de la personalidad sigan existiendo tras la muerte, lo que desarrollaremos desde el punto de vista jurídico en el siguiente epígrafe 6.

[618] Un dato interesante de este procedimiento es que el mismo es de la década de los 80, cuando el sujeto agraviado había fallecido en 1964. A pesar del transcurso de este lapso de tiempo, se consideró que esta circunstancia no era óbice para considerar existente la lesión del honor del fallecido.

tomadas son parte del espectáculo taurino al que el fallecido voluntariamente se prestaba, y que por ello se ha de considerar que a tenor del artículo 2.2 de la LO. 1/82, existe un consentimiento del mismo y una voluntaria puesta en la situación que provocaba la posibilidad de que esas imágenes se produjeran. Así pues, implícitamente, se puede desprender de esta argumentación que sin ese consentimiento de hecho del torero se habrían vulnerado los derechos del fallecido (lo que, al ser sólo una derivación implícita de esta fundamentación, sólo dejamos aquí señalado)[619].

La resolución de 7-3-88 (RJ. 1988\1603)[620] es más evidente en la admisión de la existencia post-mortem de estos derechos. En el FJ. 2° recoge la base de la condena de la Audiencia Provincial, y ésta se centra en que lo publicado en el medio de comunicación;

> «...configura por sí solo una **intromisión ilegítima en el ámbito del honor y de la intimidad personal de dicho piloto, titular del derecho lesionado y cuya memoria constituye una prolongación de su personalidad**».

Tras la admisión de que ésta es la base de la Sentencia de Segunda Instancia, estudia los argumentos del recurso de casación, generalmente centrados no en el fondo de esta argumentación, es decir, en que el honor y la intimidad desaparecen tras la muerte, sino en otro tipo de argumentos, como la prevalencia de la libertad de información sobre los derechos de la personalidad, de la responsabilidad solidaria de editor y de periodista o del quantum de la indemnización[621]. El TS. desestima todos estos argumentos, y confirma la resolución de instancia y, aunque no lo diga,

---

[619] Desde una perspectiva personal no estamos en absoluto de acuerdo en que unas imágenes correspondientes al momento posterior a la cogida mortal de un torero, en las que se aprecia la tremenda herida que sufre la anatomía del mismo y los últimos momentos de su vida, se puedan considerar como una parte del mismo espectáculo al que el diestro se somete. Creemos que se puede estar a favor o en contra del espectáculo de los toros, pero considerar que el fallecimiento del protagonista (y las tremendas imágenes que de esa situación se desprende) es parte del mismo sería hacerlo incompatible con el principio constitucional de la dignidad de la persona.

[620] Los hechos de esta resolución son los mismos que los señalados con anterioridad respecto a las SSTC. 171/90 y 172/90, ya que ésta es la STS. de la que traen causa ambas. Es el caso del Comandante Patiño, del que se publicaron informaciones relativas a su vida privada tras el accidente aéreo en el que perdió la vida. Nos remitimos a lo ya desarrollado en aquél lugar (apartado anterior al actual, notas 586 y 591).

[621] Todos estos aspectos, relacionados con el aspecto formal, procesal, de la protección de estos derechos post-mortem (y en vida) serán analizados en el último capítulo de este estudio.

expresamente, admite la pervivencia de los derechos de la personalidad del fallecido; **«declarando lesionado el ámbito del honor y de la intimidad personal del piloto fallecido, titular del derecho lesionado** y cuya **memoria** constituye **la prolongación de la personalidad»**.

La sentencia del TS. de 13-12-89 (RJ. 1989\8827)[622] estudia la posibilidad de la vulneración del honor de una persona fallecida[623], ya que la esposa del finado interpuso la demanda por creer dañado el derecho de éste, no el suyo propio. El TS. en toda su fundamentación no recoge en un solo párrafo que el derecho al honor no se pueda considerar aplicable a las personas fallecidas, muy al contrario, durante toda la argumentación estudia si prevalece el derecho al honor del fallecido o el de la libertad de información, y concluye estimando que;

> FJ. 2º; «Sin que tales expresiones puedan ser elevadas a la categoría de difamatorias o injuriosas y constituir una lesión *al honor* en los términos en que se pronuncia la tipología *del artículo 7º.7 de la LO. 1/82*».

---

[622] Los hechos arrancan de una publicación de la revista "TIEMPO" sobre S.A.R. Don Alfonso de Borbón y Dampierre, en la página 6ª del nº 196 de 10 de Febrero de 1986, una vez fallecido el afectado. En ella se publicaban del mismo, entre otras cosas que; «Es un sobrino de Alfonso, Alteza Real según se hace llamar, *fantasmagórico pretendiente al trono de Francia*, (...) cuya inesperada presencia en Palacio sorprendió a todos. Máxime cuando Zarzuela, años ha, le había borrado de su lista de invitados (*la última vez que estuvo, me consta, se coló*). Porque Alfonso de Borbón, *primo es un rato*, pero desde luego, no es un amigo del Rey». La viuda y el hijo del mismo interpusieron demanda por intromisión en los derechos al honor y a la intimidad del esposo fallecido. El Juzgado de Primera Instancia nº 13 de los de Madrid dictó Sentencia con fecha 2 de febrero de 1987, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. Apelada la resolución por los actores, la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó Sentencia de 27 de febrero de 1988, estimando el recurso y revocando parcialmente la resolución impugnada, condenando solidariamente a los demandados. La casación interpuesta por éstos fue admitida por el TS. no porque no existiese el derecho al honor del fallecido, sino porque las expresiones, aún considerándose soeces, no provocan la intromisión en este derecho (existente).

[623] Ya que estamos desarrollando este estudio con el orden cronológico de su existencia, antes de seguir con esta previa resolución, hemos de señalar que hay una resolución de este momento que trata, pero de manera incidental, sin aportar Fundamentos Jurídicos concretos sobre ello (y por ello la citamos aquí), algo sobre la situación post-mortem de estos derechos. Ésta es la de 25-4-89 (RJ. 1989\3260), que es la que dicta el TS. tras la STC. 231/88, en la que casa la primera del TS., y siguiendo sus argumentos. A nuestro juicio la STS. se debe entender como una continuación de la STC., pero no es del todo clara en ello, reforzándose su ambigüedad en los momentos en los que habla de la voluntad del fallecido para apreciar la lesión en su derecho o no (FJ. 4º), y traslada la fundamentación del por qué de la inexistencia de lesión en ese caso a un tema de estatus corporal cuando la sentencia del TC. simplemente lo hizo defendiendo que los derechos de la personalidad del fallecido no existía. No obstante, reiteramos que esta resolución debe entenderse seguidora de la postura de la extinción, aunque con algún claroscuro al respecto.

De ahí deducimos que aunque en este caso no se haya lesionado, el derecho al honor no se extingue por la muerte de su titular.

La siguiente resolución del TS. se sitúa en la misma línea que la anterior, ya que, sin ninguna duda, analiza la posibilidad de la existencia de unos derechos de la personalidad post-mortem y, ante esta situación, estima que los mismos no se han vulnerado por la forma en la que se produjo la publicación de determinada información, aunque admite que si la misma se hubiese desarrollado de otra manera, sí que se hubiera dado la lesión de este derecho del fallecido. En el FJ. 3° de la STS. 30-12-89 (RJ. 1989\8880)[624], tras considerar las circunstancias de la publicación, se concluye con que la misma se produce;

> «Sin mayor *desmerecimiento* para Pilar P. (que ya había fallecido), **ni intromisión de su intimidad**, que el que se desprende de dichas resoluciones».

Seguimos con las mismas conclusiones que en anteriores resoluciones, aunque en este caso en concreto se considera que no se ha visto lesionado el derecho por haberse realizado la publicación con los requisitos jurisprudenciales exigidos para el ejercicio de las libertades, la muerte no extingue el derecho a la intimidad.

La STS. de 27-2-90 (RJ. 1990\720) estudia un caso que ya conocemos, el del sujeto que supuestamente intentó violar a quienes lo asesinaron[625]. En la misma se condena al medio de comunicación por haber vulnerado, claramente, y sin ninguna

---

[624] Los hechos se inician cuando Don José P. E. y dos más (familiares de la finada), interpusieron demanda de protección del honor y de la intimidad de su hermana fallecida, Pilar P. contra TVE. S.A. y D. Pedro C. M., por haber emitido aquélla en su primer canal el viernes 12 de abril de 1985, en el programa "La Huella del Crimen", con el título "La envenenadora de Valencia", una versión novelada de los hechos y circunstancias que dieron lugar al correspondiente sumario y posterior sentencia de la Audiencia Provincial en cuyo cumplimiento, desestimada la casación, fue ejecutada por garrote vil, en mayo de 1959, Pilar P. E. El TS. declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados y casa y anula la sentencia de la Sala 1ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid y revoca parcialmente, en cuanto estimaba en parte la demanda, la dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Madrid, desestimando, en consecuencia, la demanda formulada por Don José P. E. por intromisión en el derecho al honor e intimidad de su hermana e hija, fallecida ¡en 1959!, por no considerar que la publicación, por sus circunstancias, dañase el derecho de la fallecida.

[625] Son los hechos que provocan el procedimiento que finalmente, tras esta resolución, y el correspondiente recurso de amparo a la misma, resuelve la STC. 178/93 de 31 de mayo, relativa a la noticia publicada sobre el asesinato de un hombre, al que la nota informativa de la Guardia Civil acusaba de haber tratado de "violentar físicamente" a quienes lo mataron, y la información hablaba de que el sujeto había intentado violarlos (o al menos a uno de ellos). Nos remitimos a lo allí expuesto con más detalle sobre estos hechos (ver nota 605).

duda sobre si existió o no, el derecho al honor del sujeto afectado, que ya había fallecido;

> FJ. 2°.1; «Por mor de la estimación del anterior motivo, **la agresión ilegítima al honor del fallecido D. Tomás P.G. resulta evidente**, pues en destacado lugar del periódico "Las Provincias" y con titulares en caracteres tipográficos de gran tamaño, se anuncia la noticia de que han sido detenidos dos alemanes que asesinaron al hombre que intentó violarles, emitiendo así un juicio de valor que **deshonra al fallecido** y descalifica al periódico».

Justo en este momento, tras estudiar esta resolución, queremos reflexionar sobre una circunstancia que antes adelantamos, y que ahora observamos con claridad. En esta sentencia del TS. se estudia si una determinada publicación ha vulnerado o no el derecho del fallecido. En ella se concluye que sí se ha dañado el derecho al honor del fallecido, y para ello en ningún momento se habla, ni se hace referencia alguna, a que para ello sea necesario que se dañe el derecho de los familiares; ni que, a pesar de desaparecer el derecho del finado, lo que esté ocurriendo aquí es que se protege la memoria en orden a la prolongación de su personalidad. No ocurre nada de eso. En esta resolución se da una protección, y por tanto pervivencia, del derecho al honor (en otras ocasiones el de la intimidad) del fallecido, que tiene una naturaleza jurídica post-mortem propia, relacionada con la memoria, y cercano a los derechos de la personalidad de los familiares, pero en absoluto dependiente de ellos[626].

La siguiente resolución del TS. que analizamos también fue tratada posteriormente por el TC., con lo que sus hechos nos son conocidos. En la STS. 16-3-90 (RJ. 1990\2537)[627] se estudia desde la perspectiva penal si una publicación pudo dañar o no al derecho al honor de un fallecido. A pesar de ser penal, la resolución nos interesa porque hace una interesante relación entre la vida privada, la memoria, el derecho al honor y los derechos de los familiares[628]. Cuando inicia su fundamentación estudia la publicación de la noticia, y sus circunstancias;

---

[626] Y este hecho también es el que se da en la sentencia del TC. que resuelve tres años después este pleito, la STC. 178/93 de 31 de mayo. Aunque en ella se disponga que no ha sido violado el derecho, esta opinión no se basa en absoluto en que el mismo haya desaparecido, sino simple y llanamente en que la información se considera acorde a los límites que para las mismas ha impuesto el TC. en sus posibles conflictos con estos derechos de la personalidad.

[627] Son los hechos relativos a la posible vinculación de un abogado con asuntos supuestamente mafiosos de sus clientes, una vez que había sido asesinado, y la vinculación de estas imputaciones con la causa de su asesinato. Los hechos los desarrollamos con todo detalle en el estudio de la STC. 123/93 de 19 de abril, y a ellos nos remitimos (nota 601).

> FJ. 3º, «La información (...) la hizo con *olvido de los sentimientos de la familia del fallecido* y, **adentrándose en su vida privada**, dio a la luz pública numerosos datos innecesarios y **desfavorables para el buen nombre del letrado asesinado**».

Pero cuando finaliza el sentido de la resolución, el TS. es aún más claro en relación a qué es lo que en el mismo se protege;

> FJ. 5º; «La información crítica y valorativa de los artículos publicados por el procesado **alcanzan de lleno a la vida privada del Letrado asesinado**, con **vilipendio para su memoria** y con *trascendencia para su familia*, valores ambos protegidos expresamente por el Código Penal (art. 466), es claro **que el derecho al honor** prevalece sobre el de la información»[629].

Los hechos que estudia la STS. 15-6-93 (RJ. 1993\4834) no han sido estudiados por nosotros con anterioridad[630], pero, por desgracia, nos han de resultar necesariamente familiares[631]. Inicialmente el TS. centra el tema que se debate, es decir, qué derecho ha protegido la Sentencia de la Audiencia Provincial;

---

[628] Es muy interesante la relación que hace de estos conceptos, consagrados por la LO. 1/82 porque precisamente ésta es una resolución penal, y la base de dicha regulación es civil. Hemos de referir que en el artículo 457 del anterior Código Penal se hacía referencia a términos asimilables al derecho al honor, pero no a la intimidad o a la memoria. La redacción del artículo 457 del CP. era; «Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». Posteriormente el artículo 466 legitimaba a los familiares más cercanos del fallecido a actuar; «siempre que la calumnia o injuria trascendiere a ellos, y en todo caso al heredero». Es interesante analizar esta resolución penal observando el indudable influjo que la regulación civil de la LO. 1/82 tiene en ella.

[629] Como vemos, en esta resolución, y como no podía ser de otra forma, se aplica el derecho penal, ya que en esa jurisdicción se estaba, pero la misma se ve algo influenciada por algunos aspectos del derecho civil en relación a la situación post-mortem de los derechos de la personalidad, como es la importancia de la memoria o la relación del derecho al honor con el de la intimidad (relación que no hace directamente el Código Penal). Y eso sí, lo que se protege en todo momento es el derecho del fallecido, no el de sus familiares, aunque se acepte (creemos que acertadamente) que el derecho de sus familiares también se ha visto afectado.

[630] Principalmente porque el resultado de esta resolución no fue recurrido en amparo, con lo que no la pudimos estudiar en el anterior epígrafe, y la resolución se consideró firme.

[631] Porque lamentablemente los hechos no son la primera vez que se producen, y a través de ellos se lesiona el derecho de la personalidad de una persona fallecida. En el periódico local "EL SEGRE" del día 1-6-86, y tras la aparición de una chica asesinada, se publicó que la misma; «Estaba estudiando en la escuela de auxiliares de clínica y de la Cruz Roja y a principios de este año se había marchado de casa porque estaba embarazada», aspecto este último que reiteró dicha publicación durante sucesivos días, y que tras la autopsia se acreditó que era falso. La madre de la fallecida interpuso demanda de protección de los derechos de la personalidad de su hija al amparo de la LO. 1/82, que fue desestimada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Lérida mediante Sentencia de 3-5-89, y admitida por la resolución de 18-4-90 de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, por considerar

> FJ. 1º; «Es evidente que **el derecho al honor puede verse vulnerado** si se divulga a través de la prensa un hecho o noticia relativo a **la persona muerta**, y **se afecta su estimación en la esfera familiar y consideración social o profesional**» (recogido textualmente de la Sentencia de la Audiencia Provincial).

Tras la admisión de que lo que protegió el juzgador de instancia fue **el derecho al honor de la fallecida**, el TS., tras apreciar que la noticia publicada es falsa, sigue su razonamiento indicándonos que;

> FJ. 2º; «ha de mantenerse la calificación reprobatoria de que tal conducta de ejercicio **fue atentatoria** y debe considerarse como tal y determinante de una **intromisión ilegítima, de las tipificadas en el art. 7º**.
>
> Y por último, resplandece, así mismo, cómo las alusiones o referencias agregadas **totalmente afectan a la conducta o vida privada de la interesada**»[632].

Con lo que se sitúa en la misma filosofía de la Audiencia Provincial y del resto de resoluciones que hasta ahora hemos analizado aquí; la muerte no extingue los derechos de la personalidad, que siguen existiendo.

La siguiente resolución que analizaremos con detenimiento[633] será la STS. de 31-7-95 (RJ. 1995\6635)[634]. Al ser una resolución que ha de ser dictada por la

---

afectada la estimación social de la fallecida. La casación de los demandados fue desestimada mediante esta resolución.

[632] En esta última expresión veremos que el TS. considera lesionados tanto su derecho al honor como el de la intimidad. Del resto del texto de la resolución se desprende claramente que a lo que se refiere aquí el TS. es a la intimidad de la fallecida, pues ha reiterado anteriormente que se analiza que los demandados hayan publicado hechos como que se fue de su casa o que estaba embarazada, y estos hechos se refieren a la fallecida, no a sus familiares.

[633] Tras esta, las dos siguientes que analizan la posibilidad de la lesión de estos derechos post-mortem son la STS. 24-6-94 (RJ. 1994\5326) y la STS. 21-12-94 (RJ. 1994\9775), y en las mismas se observa que textualmente lo primero que se hace es recoger la doctrina de la LO. 1/82 en relación a que la muerte extingue los derechos de la personalidad (aunque ya expusimos que de lo contenido en la fundamentación de la primera de ellas especialmente se podía considerar que la misma consideraba lesionados los derechos de los familiares y los de la fallecida, mirar el epígrafe 3.1.2.2). Por esta admisión explícita de la teoría de la extinción ambas fueron estudiadas en dicho epígrafe, dedicado a la jurisprudencia del TS. que sigue esta postura, y a él nos remitimos sobre lo contenido en los Fundamentos Jurídicos de las mismas.

[634] *La Sentencia trae curso de los hechos que motivaron la STC. 178/93 de 31 de mayo (ver nota* 605)., ante una primera resolución del TS. de 27-2-90 (RJ 1990\720), estudiado aquí en la que se condena a los demandados por vulneración del derecho al honor del fallecido. La misma es revocada por la STC. 178/93, que absuelve a los demandados porque la libertad de información se llevó a cabo dentro de los límites que el propio TC. considera para ello, y no porque el derecho al honor no

revocación que hace el TC. de una anterior de esta misma instancia, su sentido es el que determina el TC. En esta resolución se absuelve a los demandados porque se considera que la publicación ha cumplido el deber jurisdiccional de veracidad o; «diligencia observada en la constatación o verificación de lo informado», pero no porque el derecho haya desaparecido tras la muerte. Muy al contrario, en esta STS. también observamos la postura de la continuación post-mortem de los derechos;

> FJ. 2°; «La relación de hechos imputados a una persona que pueden hacer **desmerecer a ésta de su fama, buen nombre y honor**, para que no constituyan una **agresión ilegítima de este último**, exige la relevancia pública de la información».

La STS. 27-6-96 (RJ. 1996\4792)[635] estudia si se ha vulnerado el derecho a la imagen y a la intimidad de una persona fallecida por la utilización de una foto de la misma realizada 5 años antes. El TS. estima que este derecho del fallecido no ha sido vulnerado porque el consentimiento dado antes de morir era evidente, y no aparece revocado antes de fallecer, como también porque en la publicación de 1987, posterior a la muerte de la afectada, la única incorrección que se dio para que se apreciara que no existía en la misma una absoluta veracidad fue que el pie de foto decía; «María Josefa es una de las víctimas del terrible mal», y como alegaban sus hermanos debería haber dicho; «ha sido una de las víctimas...», puesto que ya había fallecido. Pues bien, para el TS. dicha incorrección gramatical no se puede considerar como de tal entidad que defina la noticia como falsa, a pesar de que hubiese sido más correcto usar el otro tiempo verbal.

---

existiese. Esta resolución es la que dicta el TS. acogiendo la doctrina del TC. expuesta en la resolución del recurso de amparo.

[635] Los hechos de la misma son los siguientes; En la revista demandada, "P." correspondiente al día 29 de marzo de 1982, en la parte central de su portada, se publicó una fotografía de una enferma de la colza. De esta persona se hacía referencia, junto a otros enfermos, en las páginas interiores, en un reportaje referido a las víctimas de la enfermedad ocasionada por la colza, y titulado «los muertos vivientes de la colza». Para dicha publicación hubo consentimiento de la afectada, que posó ante la cámara del periodista, le contó su historia y consintió a la aparición de su imagen en la portada de la revista. Esa fotografía pasa a formar parte del archivo de la revista y el 22 de junio de 1982 fallece la afectada. Cinco años después, con fecha 27 de junio de 1987 se publica la misma foto, como accesoria a un reportaje en el que se contaba la historia de una tercera persona, con el texto bajo la misma en el que se leía; «María Josefa es una de las víctimas del terrible mal». Los hermanos de la afectada demandan a la revista por vulneración del derecho a la imagen y a la intimidad de la fallecida, solicitando indemnización por ello. El Juez de primera Instancia n° 3 de Barcelona dictó sentencia el 4-12-90 desestimándola, al igual que la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante resolución de 26-5-92, como también decidió el TS. en esta resolución.

Así pues, el TS. estima que, por estas dos razones, no hubo lesión de los derechos a la intimidad y a la imagen de la fallecida, pero por las características de la publicación, en ningún caso porque los derechos no existan. Estos derechos sí que existen, pero no han sido vulnerados.

La siguiente resolución que resuelve un tema de posible lesión del derecho al honor de un fallecido es la STS. 26-1-98 (RJ. 1998\109)[636]. En ella, en su Antecedente de Hecho primero se admite que el Juzgado de Iª Instancia condenó porque se «**produjo una intromisión ilegítima en el honor del finado sacerdote...**». El TS. en ningún caso defiende en su fundamentación jurídica que este derecho no exista, sino que admite lo contrario, su existencia, y realiza la valoración de la colisión que se produce entre la libertad de información y el derecho al honor del fallecido. Tras hacer una exposición de las circunstancias de la publicación[637], concluye señalando que;

> FJ. 2°; «En definitiva, **no** puede decirse que los términos empleados en el último párrafo de la información periodística, que en su conjunto, hace referencia a un tema de interés general, **supongan una intromisión ilegítima en el honor del fallecido sacerdote hermano del actor**».
>
> FJ. 3°; «Lo que no puede decirse es que, por virtud de tales posibles elucubraciones, la noticia, en sí misma, tenía por finalidad **lesionar o perjudicar el honor del finado**»

La última siguiente que nuestro TS. ha dictado hasta nuestros días en la que estudia la vulneración de uno de estos derechos post-mortem sigue la línea que hemos visto en esta última y en varias de las aquí estudiadas, la de admitir la

---

[636] Los hechos son; En el diario "LA VOZ DE GALICIA, SA." se publicó el 11 de agosto de 1990 un artículo en el que se hacía referencia a la existencia de una "gran" (según la publicación) herencia de un sacerdote. En el mismo artículo se decía que era un «enigma» el hecho de que un sacerdote pasionista (una orden o congregación religiosa que exige una especial observancia del "voto de pobreza") durante gran parte de su vida, tuviera un gran patrimonio a la hora de su muerte. El hermano del sacerdote fallecido, alegando que los bienes de su hermano provenían de herencias y que la noticia insinuaba veladamente una conducta defraudadora por parte de su hermano, presentó demanda solicitando la declaración de que la noticia en cuestión había supuesto una intromisión ilegítima en el honor de su hermano. El Juzgado de Primera Instancia n° 8 de Madrid admitió la demanda y declaró mediante resolución de 1-4-93 que el periódico; «***produjo una intromisión ilegítima en el honor del finado sacerdote...***». La resolución fue apelada ante la Audiencia Provincial de La Coruña, que mediante sentencia de 14-12-93, revocó la de primera instancia, desestimando las peticiones de los demandantes. El recurso de casación interpuesto por el hermano del fallecido fue desestimado por el TS.

[637] En la que se estudian diferentes aspectos, como es que en realidad la noticia no se podía considerar como inveraz, ya que ciertamente el sacerdote había sido pasionista durante gran parte de su vida, amén de otras consideraciones, desarrolladas en su FJ. 2°.

existencia de estos derechos tras el fallecimiento de su titular, independientemente de la posterior resolución del caso y de la valoración que el juzgador realice en el de la colisión que se produce entre el derecho de la personalidad del fallecido y las libertades de expresión y de información.

En la reciente STS. de 8-3-99 (RJ.1999\1407)[638], en su FJ. 3° se estudian los derechos fundamentales que hay en juego. Primero expone la naturaleza jurídica de la libertad de expresión y después la del derecho al honor, que se describe, y del que en ningún momento se dice que no corresponda aplicar a este caso porque el dañado haya fallecido. Por ello, y aunque no lo diga expresamente, el TS. admite con todas las consecuencias que **el derecho al honor sigue existiendo en una persona que ha fallecido**. Esta idea la reafirmamos con el hecho de que lo que analiza es el fallo de la Sentencia de Iª Instancia, que declara; **«La existencia de intromisión o agresión ilegítima cometida por los demandados contra el honor de don Carlos T. B.»** es acertada, y sin decir que no exista el derecho, nos reafirma esta impresión con la conclusión que establece tras analizar las circunstancias del caso (en la que absuelve a los demandados por la prevalencia de la libertad de información);

> FJ. 5°; «Así, en conclusión, **no ha habido intromisión ilegítima en el derecho al honor del padre de los demandantes**, don Carlos T. B. (ya fallecido), puesto que se han narrado en el reportaje de autos hechos históricos que hay que tener por ciertos y que tienen relevancia pública»[639].

[638] Los hechos que provocaron la resolución son los siguientes; En el juicio sumarísimo del Consejo de Guerra que tuvo que soportar el político catalán, don Manuel C. Y F., en 1937, fue testigo de cargo don Carlos T. B.; aquel juicio terminó con sentencia en la que se le condenó a pena de muerte, que fue ejecutada. La persona de aquel político y la explicación de este juicio fue objeto de un reportaje en TV3 titulado "Sumarissim 477" en el cual, muy avanzado, se expresaba que depusieron como testigos de cargo ocho personas, todas ellas catalanes, con su nombre y apellidos; uno de ellos es el padre de los demandantes, don Carlos T. B. Se reproducía literalmente alguna de las frases que emplearon en su declaración. En dicho reportaje, el narrador dice, muy avanzado el mismo; «El Tribunal condenó a C. basándose exclusivamente en el testimonio de ocho catalanes residentes en Burgos. Se presentaron voluntariamente ante el Juez instructor. No tuvieron compasión, C. era rojo y separatista. La defensa los denominó testigos fantasma, resentidos, propagadores de rumores». Y al final del reportaje aparece un texto escrito que dice: «Todos los testigos de cargo que declararon contra C. ocuparon altos cargos en la Administración y la prensa franquista desde 1940». Interpuesta la demanda por los hijos de don Carlos T. B., muerto mucho antes, en 1969, el Juzgado de Iª Instancia n° 13 de Barcelona, mediante resolución de 20-12-96 la estimó, declarando; **«La existencia de intromisión o agresión ilegítima cometida por los demandados contra el honor de don Carlos T. B.»**. La Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia con fecha de 17-11-97, desestimando el recurso. El recurso de casación interpuesto por los demandados fue estimado por el TS., casando la sentencia de la Audiencia y desestimando la demanda, por no haberse producido dicha intromisión ilegítima.

[639] De aquí se deriva naturalmente que si los hechos no fueran ciertos ni tuvieran relevancia pública se habría producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del fallecido (analizaremos

5.1.2.3.- Conclusiones en relación a la protección jurisprudencial de los derechos de la personalidad post-mortem.

Creemos que este es el momento adecuado para llevar a cabo una reflexión global en la que recapitulemos cuál es la situación en nuestra Jurisprudencia de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular[640]. Analizando esta situación podremos comprender si desde un punto de vista práctico, en nuestro sistema jurídico, debemos entender que hoy en día estos derechos siguen existiendo o no tras el óbito del titular.

Las primeras resoluciones que estudian la posibilidad de la existencia post-mortem de estos derechos son la resolución de la Sala de lo Penal del TS. de 3-2-84 (RJ. 1984\716) y de la de lo Civil de 28-X-86 (RJ. 1986\6015), que admitieron (la primera explícita y la segunda implícitamente), la posibilidad de la existencia de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular[641]. Sigue esta misma línea, pero con una declaración expresa en la que se recogen vulnerados los derechos de la personalidad de un fallecido, la resolución del TS. de 7-3-88 (RJ. 1988\1603).

Aquí, en este momento histórico, se produce el primer vuelco dentro de nuestra jurisprudencia, y se da cuando la STC. 231/88 de 2 de diciembre[642] establece una línea argumental que en lo sucesivo será muy seguida por gran parte de la doctrina española. Ésta es que los derechos de la personalidad, desde su punto de vista de derechos fundamentales, desaparecen absolutamente con la muerte de su titular, y que si los mismos se protegen tras dicho óbito, a tenor de la LO. 1/82, es desde su punto de vista patrimonial, y por lo tanto, sólo en la vía civil.

---

brevemente en el último capítulo del presente trabajo las interesantes conclusiones que podemos obtener de la doctrina jurisprudencial sobre las circunstancias en las que se han de producir estas publicaciones para que en las mismas las libertades de información y de expresión prevalezcan sobre los derechos de la personalidad).

[640] Decimos que la reflexión es global porque no sólo analizaremos las resoluciones recogidas en este epígrafe, las que optan por la decidida protección post-mortem de la que desprendemos que los derechos existen, sino que también estudiaremos aquí las que defendían la extinción de los derechos tras el fallecimiento, con lo que podremos observar claramente las relaciones que se dan entre unas y otras, y en ella la evolución experimentada por las posturas jurisprudenciales sobre estos derechos.

[641] Queremos indicar que en el repaso de esta jurisprudencia en ningún momento reflejaremos nada sobre hechos o fundamentos jurídicos de ninguna resolución, ya que todos han sido detenidamente desarrollados y explicados durante el presente estudio, ya sea en este epígrafe o en el 3, y recogeremos sólo el sentido de los fundamentos de los mismos, que es lo que ciertamente nos interesa para observar la situación jurisprudencial.

[642] Que recordemos que resolvía el recurso de amparo interpuesto contra la citada justamente ahora, la STS. de 28-X-86 (RJ. 1986\6015).

Pero tras esta resolución, y a pesar de que es la más citada por los estudios doctrinales[643], parece producirse una reacción de la Jurisprudencia tanto de nuestro Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que nos hace replantearnos con qué naturaleza jurídica perviven estos derechos tras el fallecimiento de su titular, si como derechos patrimoniales o como derechos fundamentales.

Iniciando el estudio en el Tribunal Supremo, las resoluciones del mismo que tratan la protección de los derechos de la personalidad, salvo algunas excepciones[644], en los casos en los que aprecia la vulneración de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, lo hacen defendiendo claramente que se han vulnerado el honor o la intimidad de una persona ya fallecida (es más difícil encontrar la vulneración del derecho a la imagen) en su naturaleza jurídica de derechos fundamentales, y estima por ello que la muerte no ha extinguido estos derechos desde dicha perspectiva jurídica[645].

Pero incluso observamos esta línea argumental en las resoluciones del TS. en las que se absuelve a los demandados[646]. En ninguna de ellas esta absolución se produce porque el derecho no exista (insistimos, en ninguna de ellas) sino que se absuelve a los demandados porque, existiendo el derecho, se considera que en la colisión del mismo con las libertades de información y de expresión, ambos (libertades y derechos de la personalidad), desde su naturaleza jurídica de derechos fundamentales, prevalecen las libertades, por haber sido ejercidas con los requisitos constitucionales que establecen la jurisprudencia del TC. y del TS.[647]

---

[643] Esto puede ser motivado porque esta resolución es la que mejor casa con la corriente doctrinal clásica que aboga porque la muerte ha de extinguir la personalidad civil (art. 32 Código Civil) y porque con ésta se extinguen estos derechos, lo que motiva que la misma la adopte y aplique sus argumentos habitualmente.

[644] La línea general es la que comentaremos justo a continuación, alejada de la doctrina de la STC. 231/88, pero antes hemos de señalar que hay algunas resoluciones, como las STS. de 24-6-94 (RJ. 1994\5326), o la STS. de 21-12-94 (RJ. 1994\9775), en las que se recoge textualmente esta línea argumental de la extinción de los derechos, aunque alguna de ellas, en concreto en la primera, después parece condenar a los demandados por dañar tanto el derecho de los familiares como el del fallecido.

[645] La STS. de 7-3-88 (RJ. 1988\1603) considera lesionados los derechos al honor y a la intimidad de un fallecido; la STS. de 27-2-90 (RJ. 1990\720), el del honor; y la de 15-6-93 (RJ. 1993\4834) el de la intimidad. Todo ello en cuanto a las resoluciones de la jurisdicción civil exclusivamente.

[646] Entre las cuales hay alguna que sí estima la lesión del derecho a la imagen. Esta línea de admitir la existencia de los derechos aunque se absuelva a los demandados la podemos apreciar en las resoluciones del TS; 28-X-86 (RJ. 1986\6015); 13-12-89 (RJ. 1989\8827); 30-12-89 (RJ. 1989\8880); 31-7-95 (RJ. 1995\6635); 27-6-96 (RJ. 1996\4792); 26-1-98 (RJ. 1998\109); o la de 8-3-99 (RJ.1999\1407).

Pero si se puede opinar que este derecho, probablemente entra dentro de lo que se consideraría como previsible, por ser el Tribunal Supremo la máxima Instancia Civil y ser también la LO. 1/82 una regulación igualmente civil, la fundamentación de que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras la muerte de su titular se asienta mucho más cuando observamos que el Tribunal Constitucional, en sus resoluciones, sigue la misma línea argumental que la que observamos en el Supremo.

En efecto, encontramos en el máximo intérprete constitucional resoluciones en las que declara expresamente lesionado algún derecho de la personalidad de un fallecido[648], y son derechos como el honor y la intimidad que se han de considerar existentes a la muerte del titular siempre como derechos fundamentales. También vemos en el TC. resoluciones en las que antes de absolver a los demandados, se estima que estos derechos no han desaparecido y que siguen existiendo post-mortem y después se absuelve por la prevalencia de las libertades ejercidas según los requisitos jurisprudenciales[649].

El hecho de que sea el propio TC. el que admita esta protección post-mortem de los derechos (y por tanto su existencia), no es en absoluto anecdótico, a la hora de considerar que los mismos existen. Pero es aún más importante observar que si existen desde la protección constitucional que otorga el recurso de amparo (al contrario de lo que había defendido la STC. 231/88), ha de ser necesariamente desde su naturaleza jurídica de derecho fundamental.

Sobre esta protección post-mortem queremos hacer dos puntualizaciones. La primera es que hemos indicado que se protege el derecho del fallecido (generalmente

---

[647] Decimos claramente que la Jurisprudencia del TS. admite a estos derechos desde su naturaleza jurídica de derechos fundamentales porque el hecho que analice qué derecho prevalece en el conflicto entre derechos de la personalidad del fallecido y libertades de información y de expresión así nos lo indica. Las libertades son siempre derechos fundamentales. Si se estudia qué derecho prevalece en esta colisión es porque los dos derechos lo son. Si los derechos de la personalidad del fallecido no lo fuesen, prevalecerían las libertades por ser éstas derechos fundamentales y los del fallecido no, y gozar las primeras de un valor constitucional reforzado, y por ello no haría falta analizar si el ejercicio de las libertades de información y de expresión se ha hecho acorde a las exigencias constitucionales que se dan para ello. Si estas circunstancias se analizan, es porque se produce una colisión entre derechos de igual valor constitucional, y por lo tanto se consideran a ambos desde su naturaleza jurídica de derechos fundamentales.

[648] Así, en la STC. 172/90 de 12 de noviembre se estiman dañados honor e intimidad; y en la STC. 123/93 de 19 de abril, y la 190/96 de 25 de noviembre, el honor.

[649] Como pudimos observar en las STC. 171/90 de 12 de noviembre respecto a intimidad y honor; o la STC. 178/93 de 31 de mayo sobre el honor.

el honor y la intimidad), y esto significa que dicho derecho puede ser dañado por una publicación que provoque una intromisión ilegítima en el mismo. Así mismo, se ha de admitir que a través de dicha lesión, y a la misma vez, también pueden ser dañados los derechos de los familiares. Pero el hecho de que haya procedimientos en los que esto suceda, que se dañen los derechos de los dos (familiar y fallecido)[650], no nos debe hacer llegar a la conclusión a la que ha llegado parte de la doctrina de que lo que se protegen en estos procedimientos son únicamente los derechos de los familiares. Hemos analizado que se pueden lesionar ambos derechos, pero son numerosos los casos que aquí hemos estudiado en los que se considerara dañado solamente el derecho del fallecido, sin necesidad de pensar que para ello se dañan los de sus familiares, actores en el procedimiento. Por todo lo dicho, hemos de recapitular que se pueden dañar únicamente los derechos de los fallecidos, y en ese caso, los familiares serán protectores del derecho ajeno por la prescripción legal de la LO. 1/82[651].

La segunda puntualización ahonda en la concepción de que los derechos de la personalidad pueden tener una existencia autónoma tras la muerte de su titular. Es evidente que la protección de los mismos ha de tener una gran relación con la memoria, es decir, en el recuerdo que tenemos de las personas fallecidas, tal y como refleja la LO. 1/82, y la relación que existe entre ambos ya la expusimos nosotros aquí cuando tratamos de aportar una definición personal sobre el concepto jurídico de memoria en relación a la situación de los derechos de la personalidad post-mortem[652].

---

[650] Como podemos apreciar en las STC. 190/96 de 26 de noviembre, o en las STS. de 16-3-90 (RJ. 1990\2537) y la de 4-6-94 (RJ. 1994\5326).

[651] Por lo que en este caso se da solamente el daño del derecho del fallecido, porque la vulneración afecta a hechos tan íntimos y ligados al éste que no lesiona ningún derecho del familiar. Así pues, pueden ocurrir esencialmente dos cosas; que se produzca una intromisión ilegítima en el derecho del fallecido; o que se dañe a la vez el de ambos, fallecido y familiares. Si una publicación afecta, a ojos del familiar vivo, sólo a éste, y el fallecido no creyó oportuno actuar contra ella, aún pudiendo hacerlo, no podrá actuar para defender el derecho que cree afectado, por la prescripción del artículo 6° de la LO. 1/82, lo que nos lleva a considerar que en dicha situación el derecho que realmente se defiende es el del fallecido.

[652] Recordamos que esto lo hicimos en el epígrafe 4.2.1.2, y en él definimos la memoria, desde este punto de vista jurídico, como; «El recuerdo de la personalidad de alguien fallecido, que queda para la posterioridad en la conciencia social de los que le sobreviven materializado en el aspecto social de los derechos del honor y de la concepción ideal de imagen (íntimamente relacionados con la protección de los derechos a la intimidad, al nombre y al derecho moral de autor de la persona una vez fallecida)».

De la concepción de memoria y de esta definición que hemos aportado, se puede desprender que ambos conceptos, derechos de la personalidad post-mortem y memoria, pueden y han de estar relacionados, pero en ningún caso se puede derivar de ello que uno *dependa* del otro. Para nosotros los derechos de la personalidad, tras el fallecimiento de su titular, tienen una naturaleza jurídica propia (centrada en su aspecto social, ya lo estudiaremos justo en el siguiente epígrafe), y a pesar de esta relación con la memoria, no dependen de ella para su existencia. Esta opinión se ve corroborada con la Jurisprudencia de nuestros más altos Tribunales, pues existen numerosísimos casos en los que se admiten la existencia post-mortem de estos derechos y su protección sin necesidad de citar a la memoria para ello, y esto ocurre, tanto en el Tribunal Supremo[653], como en el Constitucional[654].

[653] Sentencias del TS; 13-12-89 (RJ. 1989\8827); 30-12-89 (RJ. 1989\8880), 27-2-90 (RJ. 1990\720); 15-6-93 (RJ. 1993\4834); o la 26-1-98 (RJ. 1998\109).

[654] En las STC.; 172/90 de 12 de noviembre; 123/93 de 19 de abril; o la 178/93 de 31 de mayo.

5.2.- Derecho comparado.

El estudio de las posturas que en el derecho europeo continental[655] han opinado que los derechos de la personalidad no se extinguen con la muerte será ciertamente interesante con la escueta finalidad de conocer el contexto del derecho comparado en el que la protección post-mortem de los derechos surge en la regulación española, a través de la LO. 1/82 y, tras ella, el del surgimiento con más fuerza de autores que defendían la pervivencia post-mortem de los mismos.

El análisis de todas las posturas que han defendido la posibilidad de que los derechos no se extingan con la muerte en estos sistemas jurídicos es ineludible, toda vez que en los mismos surgieron voces en esa línea mucho antes de que en España esa posibilidad fuese una idea más o menos considerada por la doctrina, lo que (tal y como vimos en el epígrafe anterior), no surgió en nuestro derecho hasta después de la promulgación de la LO. 1/82, aunque alguna vez, muy aisladamente, se apreciase con anterioridad[656]. El hecho de que en esos sistemas jurídicos fuesen pioneros en el reconocimiento de esta protección post-mortem, y que en los mismos esta postura fuese considerándose progresivamente con más detenimiento con anterioridad al momento histórico en el que se dio dicho fenómeno en nuestro país, hace que a través de este estudio podamos comprender mejor la influencia que los citados sistemas jurídicos tuvieron en el nuestro a la hora de que en él se aceptase la protección de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular[657].

---

[655] Hablamos de derecho europeo continental porque, al igual que hemos hecho en otros momentos de todo el desarrollo del presente estudio, nos centraremos en el análisis del derecho italiano, recogiendo algún aspecto del francés y del alemán, por ser los que tienen una mayor relación con el derecho español, y dejaremos a un lado otros sistemas jurídicos, como el anglosajón, que tal y como observamos claramente en la parte preliminar del presente estudio (cuando tratamos los aspectos más destacados del mismo), tiene una formulación de la teoría de los derechos de la personalidad muy alejada de la continental, con lo que su valor referencial comparativo con el sistema jurídico español es mucho más limitado.

[656] Ya vimos cómo desde mediados de siglo autores como CASTÁN afirmaban que la personalidad era digna de protección aún tras la muerte, y otros, como LACRUZ, en 1970 se postulaba a favor de la existencia de unos derechos de la personalidad pretéritos, pero ambas son posiciones muy aisladas en un contexto en el que existía una clara postura mayoritaria, favorable a la opinión de que la muerte extingue estos derechos.

[657] Este hecho no hace más que resaltar explícitamente la importancia que tiene para nuestro trabajo el presente epígrafe, en el que veremos cómo estos sistemas jurídicos adelantan una postura que posteriormente sería adoptada por el derecho español. Este hecho hace que la comparación entre estos derechos y el español nos aclare cuáles fueron las fuentes en las que pudo beber la regulación de la LO. 1/82, y entendiendo mejor sus fuentes será la única manera de la que podremos aprehender mejor el alcance de su contenido, y cuál es la filosofía de la citada norma. Por todo ello en este epígrafe sí que podemos hablar de derecho comparado, y no solamente de derecho extranjero, toda vez que analizaremos los extremos de la situación en estos sistemas jurídicos, teniendo siempre como

A esta situación se le une, acrecentando el interés de la materia, el hecho de que en estos sistemas jurídicos existe un cierto número, nada desdeñable, de jurisprudencia histórica que ya desde antiguo (desde mediados del siglo XIX concretamente), admitía la protección de derechos de la personalidad una vez que sus titulares habían fallecido, lo que para nosotros es muy significativo, desde el punto de vista de que hemos analizado en los anteriores epígrafes que el momento más lejano en el que en nuestro país la Jurisprudencia se ocupó de este tema fue una vez que la propia LO. 1/82 ya había sido promulgada[658].

Teniendo en cuenta estas interesantes consideraciones, empezaremos el análisis de estos derechos, tal y como hemos sistematizado todo este estudio, con el del derecho italiano, que será el tratado con mayor detenimiento[659] por su estrecha relación con el sistema jurídico español. Esta vinculación entre ambos derechos la veremos claramente en el hecho de que en Italia se acepta con naturalidad la existencia de estos derechos post-mortem, con unas características muy similares a las que posteriormente, si no se puede decir que se copiasen, sí que se adaptan con muchos puntos en común en nuestra regulación[660].

Posteriormente, abordaremos el concreto estudio tanto del derecho francés como el del alemán, y en ambos sistemas jurídicos analizaremos las principales perspectivas desde las que han afirmado la pervivencia de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, ligadas más en el primero a algunas

---

referencia la situación del derecho español, y comparando todas las similitudes y diferencias existentes entre ambos.

[658] La constatación de la existencia de esta Jurisprudencia histórica es fundamental a la hora de observar cómo en estos sistemas jurídicos continentales surgió la necesidad de la protección práctica de estos derechos aún tras el fallecimiento de su titular con una gran antelación al momento en el que se observa en nuestro país (como hemos visto en el anterior epígrafe 5.1.1 de las posturas doctrinales al respecto, las primeras opiniones que se mostraban favorables a algo parecido a la protección son de la década de los 50, observamos una pequeña ampliación de las mismas hacia la de los 70 y sólo se amplía algo la opinión a partir de la publicación de la LO. 1/82), y las primeras sentencias en las que se admiten esta protección son posteriores a la citada regulación; en concreto, en cuanto a la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, de 1986.

[659] Eso sí, sin que tengamos intención de abarcar todas las posturas que en el mismo se hayan podido dar sobre esta realidad, sino con la de exponer únicamente las más destacas. Ésta ha sido nuestra perspectiva siempre que hemos tratado algo de derecho comparado, la de recoger las posturas más significativas de cada una de las opiniones, y en cada uno de los momentos anteriores hemos buscado la finalidad comparativa de buscar una referencia desde la que comprender mejor el derecho español, lo que excluía la posibilidad de ser exhaustivo en todo lo publicado en cada uno de estos derechos sobre todas las posturas.

[660] Lo que ha provocado que el derecho italiano haya supuesto para nosotros claro referente comparativo hasta ahora.

opiniones doctrinales aisladas, y en el segundo a un reconocimiento jurisprudencial[661].

5.2.1.- Derecho italiano.

Ya pudimos observar en el epígrafe 3.2.1, cómo en el derecho italiano la regulación de los aspectos relativos a la posibilidad de existencia post-mortem de los derechos de la personalidad es ciertamente avanzada para el momento histórico en el que se publicó, a mediados del presente siglo[662]. Aquí vamos a recordar solamente los aspectos fundamentales de dicha regulación que afectan directamente a la situación post-mortem de los derechos, lo que nos servirá para tener más elementos de juicio del por qué la Jurisprudencia y doctrina italianas posteriores se pronuncian de determinada manera, toda vez que los aspectos principales de esta regulación ya fueron tratados aquí[663].

Como primera referencia legislativa, aunque no sea la más antigua en el tiempo, el artículo 10 del Código Civil recoge la posibilidad de proteger la imagen de una persona fallecida, con lo cual se admite que este derecho no desaparecen tras el óbito[664]. Anteriormente, desde el punto de vista cronológico, la regulación histórica

---

[661] Concretamente en el derecho alemán se produce un reconocimiento de la posibilidad de la pervivencia de los derechos más centrado en la protección práctica que la jurisprudencia le ha dado a los mismos, con una protección más basada en circunstancias de hecho, mientras que en el derecho francés la situación se conjuga mucho más con el reconocimiento de la jurisprudencia histórica de la necesidad de proteger estos derechos, y con la admisión de alguna postura doctrinal de esta posibilidad de extensión de los derechos a momentos posteriores al fallecimiento, lo que en el derecho germánico hace básicamente la jurisprudencia.

[662] Avanzada especialmente si comparamos este momento histórico, década de los 40, con la fecha de publicación de la regulación española sobre este mismo tema, que como sabemos es de 1982. También es avanzada desde el punto de vista de que esta normativa de nuestro sistema jurídico de 1982 afronta ciertos aspectos de la situación post-mortem de los derechos desde la misma perspectiva de la que ya lo hizo la italiana de 1940, de lo que se puede observar que ya en esa regulación se tuvieron en cuenta algunas circunstancias que no se consideraron en nuestro derecho hasta años muy cercanos a nuestro tiempo.

[663] Por ello nos remitimos al epígrafe en el que se estudió esta regulación general de los derechos de la personalidad, el 7.1 de la parte preliminar para cualquier consulta sobre ellos.

[664] Toda vez que este artículo ya fue recogido y estudiado anteriormente, solamente lo dejamos citado y recogido en su textualidad aquí. Este artículo, denominado «Abuso de la imagen ajena», recoge el siguiente texto; «Cuando cualquier imagen de una persona o de sus padres, de su cónyuge o hijos, sea expuesta o publicada fuera de los casos en los que la exposición o publicación esté consentida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de la misma persona o de sus parientes, la autoridad judicial, tras solicitud del interesado, podrá ordenar que cese el abuso, quedando a salvo del correspondiente resarcimiento del daño». Sobre cómo el articulado se refiere

sobre el derecho de autor de 1925 ya contiene alguna prevención concreta, pero algo aislada sobre la protección de este derecho tras la muerte de su titular[665].

Pero siguiendo con la evolución temporal, a Ley de autor de 1941 es mucho más extensa en la concepción de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad[666]. Así el artículo 23 establece la posibilidad de que, tras la muerte del titular, ciertos familiares estén legitimados para ejercer las facultades de paternidad y de respeto a la integridad de la obra[667]. En el artículo 24 se establece que el derecho a publicar la obra inédita le corresponde a los herederos del autor o a los legatarios de la obra, y se disponen también las condiciones en las que se ha de llevar a cabo esta publicación, respecto a las que se le da una gran importancia a la voluntad del autor finado[668].

Los artículos de esta regulación que ciertamente más nos interesan, por regular aspectos muy similares a los de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82 son los contenidos del 93 al 98, en los que se establece la protección tras el fallecimiento de su titular de los derechos a la intimidad y a la imagen, que relaciona directamente con la del derecho al honor[669].

---

claramente a situación en vida y post-mortem, ya desarrollamos nuestra opinión en el epígrafe 3.2.1 sobre las posturas del derecho italiano que defendían la no pervivencia de los derechos post-mortem.

[665] La Ley de autor italiana de 7 de Noviembre de 1925, centrada en el derecho de autor, en su artículo 24 regula la protección post-mortem de los familiares del finado del derecho de autor de éste, y a falta de familiares, la del Ministerio Público. El artículo 25 da la posibilidad a los herederos o legitimarios a publicar la obra inédita salvo que el autor lo vetase en vida.

[666] Adelantamos aquí que, respecto a esta ley, trataremos con más detenimiento los aspectos que regulan los derechos a la imagen y a la intimidad que los del derecho de autor, por ser los dos primeros los que reguló, junto al derecho al honor, la LO. 1/82.

[667] Facultades que son claramente las del derecho del autor fallecido, no las de ningún derecho de los familiares. El artículo es el siguiente; «Después de la muerte del autor el derecho previsto en el artículo 20 (paternidad e integridad de la obra) podrá ser hecho valer, sin límite de tiempo, por el cónyuge y los hijos y, en su falta, por los padres y los demás ascendientes y descendientes directos; faltando los ascendientes y descendientes, por los hermanos y hermanas y por sus descendientes. La acción, cuando la finalidad pública lo exija, puede así mismo ser ejercitada por el Ministerio de la Cultura Popular, oída la asociación sindical competente».

[668] El texto del artículo 24 es el siguiente; «El derecho a publicar la obra inédita corresponde a los herederos del autor o a los legatarios de la misma obra, salvo que el autor haya vetado expresamente la publicación, o se la haya adjudicado a un tercero. Cuando un autor haya fijado un plazo temporal para la publicación, la obra inédita no podrá ser publicada antes de su cumplimiento. Cuando las personas indicadas en el primer párrafo sean varias y haya desacuerdo entre ellas, decidirá la autoridad judicial oído el ministerio público. En todo caso será respetada la voluntad del difunto cuanto conste por escrito».

Comenzando con el derecho a la intimidad, el artículo 93 empieza exponiendo que; «La correspondencia epistolar, las memorias familiares o de personas», y los escritos de igual naturaleza, si son confidenciales o se refieren a la intimidad de la vida privada, no pueden ser reproducidos sin permiso del autor, y si son cartas, también del destinatario[670]. Sigue el artículo con la concreta regulación de la protección del derecho de la intimidad tras el fallecimiento del titular;

> «Tras la muerte del autor o del destinatario es necesario el consentimiento del cónyuge y de los hijos, o, en su falta, de los padres; faltando el cónyuge, los hijos y los padres, de los hermanos y de las hermanas, y, en su falta, de los ascendientes y descendientes hasta el cuarto grado.
>
> Cuando las personas indicadas en el apartado precedente sean más y haya entre ellos disenso, decidirá la autoridad judicial, oído el ministerio público.
>
> Se respetará, en todo caso, la voluntad del difunto cuando conste por escrito».

Así pues, el derecho a la intimidad se protege no sólo cuando la persona está viva, sino también tras su muerte, y si se protege, ello indica que sigue existiendo.

Sigue el artículo 94 refiriéndose a la relación existente entre este derecho y el derecho al honor[671], que posibilita una excepción al artículo;

---

[669] Ya hemos elaborado una clasificación en la que expusimos que los derechos de la personalidad, tanto desde la esfera espiritual como desde la corporal son muchos, pero no se puede negar que el núcleo de los mismos que tiene una mayor trascendencia social, práctica, legal, doctrinal y jurisprudencial en nuestro país son los del honor, intimidad e imagen, por ser los que los ciudadanos consideran dañados más habitualmente, lo que provocó que fueran éstos los regulados por la LO. 1/82.

[670] Esta prevención de la regulación italiana no se encuentra tan expresamente determinada en la española. La podemos encuadrar dentro del derecho al secreto de la correspondencia y de las comunicaciones postales del artículo 18.3 de la Constitución española, pero en ningún lugar existe la concreta regulación de que para publicar una carta se de la necesidad del consentimiento de escritor y de destinatario. De hecho, en numerosos casos se publica la correspondencia habida entre dos personas con la única voluntad positiva para ello de uno de los dos sujetos, ante un vacío legal en nuestra regulación sobre este concreto tema, lo que provoca litigiosidad, por ver el otro sujeto participante en la comunicación epistolar afectado su derecho a la intimidad por la publicación del tercero.

[671] Como se verá, en este artículo se habla de honor y de reputación. En nuestro estudio sobre el derecho al honor ya dejamos indicado que en el derecho italiano, dentro de un concepto general de honor, existen dos diferentes categorías, la del honor propiamente dicho, que se corresponde al concepto inmanente en el derecho español, la propia concepción del honor personal; y el de reputación, que se corresponde al del aspecto social, la concepción de los demás sobre nuestra persona.

> «El consenso indicado en el artículo precedente no es necesario cuando el conocimiento del escrito es necesario en un procedimiento civil o penal o por la exigencia de la defensa del honor o de la reputación personal o familiar».

Respecto al derecho a la imagen, el artículo 96 concibe su protección post-mortem de la misma manera que la de la intimidad. Inicialmente recoge la imposibilidad de exponer, reproducir o introducir en el comercio la imagen de una persona sin su consentimiento, y sobre la situación post-mortem recoge que;

> «Tras la muerte de la persona retratada se aplicarán las disposiciones de los párrafos 2°, 3° y 4° del artículo 93[672]».

Como dijimos, esta regulación tiene relación con la española, y aquí queremos destacar todas sus semejanzas y diferencias[673]. En cuanto a las primeras, al igual que en el derecho español, se legitima a ciertos familiares para que defiendan el derecho del fallecido, no el suyo propio, y se establece un orden en la posibilidad de esa defensa[674], aunque en la regulación española se da una relación de los parientes que pueden actuar y no un estricto orden de actuación preferencial entre unos y otros[675]. Así mismo, se le da legitimación al Ministerio Público, por el carácter de fundamentales de los derechos defendidos, y se le otorga una gran importancia en la situación post-mortem de este derecho a la voluntad del sujeto fallecido[676]. Por

---

[672] Que son justamente los tres párrafos que nosotros recogimos con anterioridad, que se adoptan aquí para la protección post-mortem del derecho a la imagen.

[673] Por lo que ya comentamos que a este epígrafe sí que lo llamamos como de derecho comparado, ya que es nuestra principal intención estudiar estas regulaciones y sistemas jurídicos en relación con la de nuestro país, comparando ambas realidades.

[674] En el que es cierto que en la regulación española se introduce una novedad, la de la persona jurídica, de la que ahora hablaremos.

[675] Mientras que en la regulación italiana se da un estricto orden en los sujetos que pueden actuar, y mientras no falta uno el siguiente no está en absoluto legitimado, en la española se le da la legitimación a cualquiera de los sujetos citados (sólo tiene preferencia la persona jurídica designada por el fallecido), sin necesidad de que los más lejanos esperen a que el más cercano actúe para poder reaccionar ante una intromisión en el derecho del fallecido. La situación del derecho español provoca una mayor protección del derecho, ya que cualquiera puede defenderlo, mientras que en el derecho italiano si el primer legitimado hace dejación de sus obligaciones, el derecho del fallecido puede ser vulnerado, y el resto de los familiares se verían imposibilitados para actuar. Sobre esta legitimación de los familiares podemos consultar el epígrafe 6.1.2 de la siguiente Sección, en el que se trata detenidamente sobre sus diferentes aspectos.

último, también se aprecia en la regulación italiana una gran relación entre cada uno de los derechos[677].

En cuanto a sus diferencias, la regulación jurídica española añade a los legitimados para actuar en caso de lesión, a la persona jurídica designada por el fallecido, prevención que no tiene la regulación italiana[678], y no establece explícitamente que ante un disenso se haya de acudir a la decisión del Juez para resolver la situación del derecho del fallecido[679], pero en el resto de las circunstancias de la regulación, que para nosotros son los esenciales, propios de la normativa española son muy similares a la de la italiana, anterior en el tiempo.

Tras esta regulación que admite sin reservas la protección post-mortem de intimidad e imagen, parece previsible que exista en el derecho italiano jurisprudencia que se postula a favor de la argumentación de que los fallecidos no pierden la protección de sus derechos de la personalidad, aunque no sea tan numerosa como podríamos suponer de la meridiana claridad legislativa.

Así, ya en una resolución de la Pretura de Roma, de 19 de noviembre de 1951, se solicita la declaración de existencia de lesión de la imagen de un conocido cantante lírico[680], que se declara inexistente, porque de la publicación se derivaba

---

[676] Ya hemos comentado que para nosotros éste es un elemento más de fundamentación de que lo que realmente se defiende es el derecho del fallecido que pervive, no el de sus familiares.

[677] Lo que también sucede en el derecho español, en el que los derechos siempre están muy interrelacionados entre ellos, a veces hasta inadecuadamente confundidos.

[678] Estimamos que esto se puede deber, principalmente, a la evolución de los tiempos. En la década de los 80 era más habitual la actitud previsora de personas con cierta relevancia pública de la creación de entidades públicas (generalmente en la forma de fundaciones) que velasen por su obra y legado, y estas entidades o personas jurídicas se pueden considerar las más adecuadas y las previstas expresamente por el fallecido para defender sus derechos de la personalidad, como son sus derechos al honor, a su imagen o a su obra en caso de que la hubiera (nosotros opinamos que sí son muy adecuadas para ello). Ante esta realidad, que probablemente no era tan previsible en la Italia de 1941, reacciona la regulación española y prevé como primer legitimado para la defensa de estos derechos a dicha persona jurídica en caso de que exista, y si no se da este caso, entonces es cuando cita a los familiares.

[679] Es ésta, sin duda, una prevención útil, aunque creemos que sin ella se llegaría a la misma conclusión. Cuando existen divergencias entre los familiares de un fallecido en cómo proteger o no el derecho de la personalidad del finado, éstas acabarán inexcusablemente ante el órgano jurisdiccional correspondiente, a pesar de que la propia regulación no lo haya recogido expresamente, como sí hacía la italiana.

[680] El hijo y el nieto de CARUSO litigaron contra el editor de una película en la que se recogía la vida de su antepasado, y se cantaban algunas canciones suyas, sin citarlo expresamente en la misma. El tribunal estima que no se produce la lesión del derecho del fallecido, que sí existe, por el hecho de

una buena imagen del mismo, pero ya en esta resolución de la década de los 50 se observan frases como que; «no han sido alterados (elementos de hecho de la vida del sujeto) hasta el punto de **dañar o disminuir su personalidad** (la del fallecido)», o que; «En la representación cinematográfica del personaje se ha de excluir que se **haya ofendido en tal sentido la personalidad *del difunto***».

La Sentencia de la Sección I^a^ de la Corte di Cassazione de 31-5-66[681] es muy clara respecto a la admisión de la existencia de los derechos de la personalidad post-mortem, y establece los límites en los que se ha de llevar a cabo una publicación sobre una persona fallecida cuando nos dice que; «La licencia artística, en un trabajo que narra las vivencias, reales e imaginarias, de una persona, no debe caer en el esquema general del hecho ilícito degenerando en una obra denigradora de la persona protagonista de las vivencias. El autor de una obra del ingenio puede narrar lícitamente hechos de la vida real del protagonista como la inclusión de elementos imaginarios, creados por su fantasía siempre que no deforme la personalidad del sujeto representado de forma que **no resulten menospreciados los bienes del *honor, del decoro y de la reputación***»[682].

La sentencia de la Pretura de Roma de 25-5-85[683] define cuál es la concepción de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad, y cómo ha de evolucionar la misma, desde una primera postura de la extinción de los derechos; «Ciertamente una de las notas características de los derechos de la personalidad es su extinción con la muerte del titular y, también, la intransmisibilidad a los herederos.

---

que de la citada obra se desprende un juicio positivo del cantante, descrito como un hombre dotado y de elevada sensibilidad, por lo que no se dañó su decoro y reputación. Según la regulación española actual se consideraría vulnerado quizás el derecho a la imagen, por la intromisión descrita en el apartado 6° del artículo 7° de la LO. 1/82.

[681] Los hechos son los siguientes; tras la publicación del libro "Il Generale della Rovere", publicado en septiembre de 1952, y trasladado a película que fue premiada en el festival de Venecia en septiembre de 1959, la viuda de Giovanni Bertoni, personaje que inspiró dichas obras, en su nombre y en el de su hija demandó a los autores de las mismas por lesión al honor, el decoro, la reputación y la intimidad de su marido fallecido. La Sala absolvió a los demandados, ya que, aunque se había producido alguna invención sobre los hechos, de la misma no se deducía una derivación de la concepción de la personalidad del fallecido.

[682] Se vuelve a observar cómo cobran especial y fundamental trascendencia conceptos como el decoro o la reputación, que son de los que dependen todas las situaciones. De hecho, si éstos no se dañan, se permite incluso cierta licencia a la hora de "novelar" hechos de una vida ajena.

[683] Los hechos, derivados de la publicación de datos íntimos de un fallecido, provocaron una discusión de los límites de intransmisibilidad y del fundamento de la legitimación, es decir, el respeto a la privacidad o el sentimiento de solidaridad y de piedad, no sólo por la intromisión en aspectos patrimoniales.

Pero la doctrina más avanzada, también extranjera, ha rebatido la actualidad los límites de tales connotaciones, llegando a revisar el fundamento de la legitimación de los familiares a hacer valer **el respeto de la *intimidad del difunto...***»[684].

La Sentencia de la Pretura de Roma de 27-6-85[685] incide en que el fundamento para la legitimación en estos casos es; «el respeto de la intimidad ***del difunto***», señalando que lo publicado no puede; «provocar el menosprecio de los bienes del **honor, el decoro y la reputación**», con lo que sigue con la línea apuntada por las anteriores resoluciones.

Por último, la resolución de la Pretura de Bolonia de 29-11-90[686] sigue con la idea de que, independientemente de que con ello también se lesione el derecho del familiar, con la publicación de una noticia falsa se pueden dañar; «los intereses ***del difunto***, o ***su honor***», con lo que se sitúa en la misma filosofía.

Con una situación legislativa y jurisprudencial como la que hemos citado, podemos comprender que en la doctrina italiana han existido numerosos autores que han estimado que los derechos a la imagen y a la intimidad (principalmente[687]) existen tras la muerte de su titular[688].

---

[684] Recalcamos que trata del derecho del difunto, no el de los familiares legitimados, que son los actores del procedimiento.

[685] Los hechos son los siguientes; Miriam Petacci Boggiano, descendiente de Claretta Petacci demandó a los creadores de la película "Io e il Duce", en la que se narraban vivencias de la citada en segundo lugar y de Mussolini, por la que se solicitaba se declarase dañado el honor de su familiar. El Tribunal, tras estimar que dicho honor sí que existía, declaró que no había sido lesionado, porque la publicación se sometía a la verdad de unos hechos históricos políticamente relevantes, con lo que era perfectamente lícita.

[686] Los hechos son simples, ante una publicación que refleja que una persona fue víctima del terrorismo fascista los descendientes de Mussolini actuaron defendiendo el honor de su familiar fallecido. Opinando que este honor existe, el Tribunal estimó que con dicha frase tan general no se alcanzaba a producir una lesión en el mismo.

[687] Comentamos que estos dos derechos son los que más tratamiento han tenido en la doctrina porque son principalmente éstos los regulados por la Ley de autor de 1941, aunque se relacionen siempre con el respeto post-mortem de los conceptos de honor y de reputación, es decir, lo que podemos considerar sinónimos de los dos aspectos del derecho al honor.

[688] Aunque a pesar de ello no podamos olvidar que ésta es una discusión que en absoluto está decantada a favor de una postura o de la otra (la de la extinción o la de la pervivencia), toda vez que también existen voces que se alzan defendiendo que los derechos desaparecen tras el fallecimiento, como vimos en el epígrafe 3.2.1, al que nos remitimos para considerar que estas opiniones no son en absoluto marginales.

Dentro de esta opinión se dan distintas perspectivas desde las que expresar cada postura, por lo que intentaremos organizar la exposición de todas ellas sistematizándolas según estas distintas formas de defender la pervivencia post-mortem de los derechos de la personalidad, intentando establecer también cierta similitud con la sistematización que llevábamos a cabo con los autores que en el derecho español defendían esta misma línea argumental[689].

Así, primeramente trataremos a los autores que decididamente defienden que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras el fallecimiento de su titular, que más nos han de interesar en relación a estudiar cómo se formula esta opinión en el derecho transalpino, ya que son los que antes, desde un punto de vista cronológico, se sitúan en esta línea de opinión en el derecho europeo. Otros autores, sin embargo, desarrollan su posicionamiento a favor de la pervivencia post-mortem de los derechos desde la perspectiva de la admisión de la defensa de los derechos de los fallecidos, y desde ella defienden que éstos siguen existiendo, y es desde esa perspectiva desde la que los analizaremos en el presente estudio.

Respecto a los autores que se decantan por la existencia post-mortem de los derechos, el primer pronunciamiento claro al respecto lo encontramos, ¡en 1942!, cuando FERRARA[690], en su estudio sobre la transmisibilidad o no del derecho opinaba que se ha de hablar de; «la facultad de disposición que ***el mismo difunto*** **tiene sobre su** ***propia imagen***», o en una afirmación aún más rotunda en torno a la pervivencia de este mismo derecho, posteriormente nos dice que; «dado el principio de que el derecho se transmite a los herederos **como existía** ***en manos del autor***»[691]. Como vemos por la época de publicación del trabajo el mismo constituye una verdadero precedente remotísimo de la admisión de la defensa del derecho tal cual

[689] Dicha sistematización es la que ya llevamos a cabo durante todo el epígrafe 5.1.1, en el que recogimos todas esas posturas en la doctrina española.

[690] Vid. FERRARA, L., *Il diritto sulla propia immagine*, Roma, 1942, págs. 227 y 228. Queremos reflejar que se trata de FERRARA, Luigi, no de FERRARA, Francesco, que como recogimos en la parte dedicada a aquellos autores, opinaba que los derechos no existían tras el fallecimiento de su titular, por lo que este segundo autor no ha experimentado ningún cambio de orientación en su postura (ver al respecto la nota 335).

[691] Posteriormente sigue el autor haciendo determinadas aclaraciones sobre aspectos importantísimos de esta transmisión, como el valor de la voluntad del finado y de la familia, la posibilidad de que ambas colisiones, y otros aspectos que veremos justo a continuación cuando los tratemos en los epígrafes siguientes de nuestro trabajo, pero de los que se ha de sacar la conclusión, fuera de toda posible duda, de que el autor habla del derecho de la imagen del fallecido como derecho de la personalidad.

existía en vida de su titular, sobre todo si lo analizamos en relación a cuándo encontramos afirmaciones tan determinantes en nuestro derecho[692].

Siguiendo con las encendidas defensas de la existencia post-mortem de los derechos, en 1965, VERCELONE[693], hablando de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad opina claramente que; «Pero a la persona **le sobreviven su *nombre*, su *honor*** e, incluso, incorporados en los objetos materiales, **su *imagen*** que resulta del retrato, **su *voz*** registrada en un disco y **su *obra*** del ingenio». El autor sigue analizando las posiciones habidas sobre este tema, y en relación a aquella ya tratada aquí de que se defienden únicamente los derechos de los familiares, nos dice, simple pero contundentemente, que causaría perplejidad[694].

SCHERMI[695], en el comentario de la ya tratada aquí resolución de la Sentencia de la Sección I^{a} de la Corte di Cassazione de 31-5-66, nos dice que; «la inexistencia de la obligación por el autor de una obra narrativa, de respetar la verdad histórica de la representación de los hechos[696] (...) existe a salvo de la obligación (del propio autor) de no deformar la **personalidad** del sujeto representado, de manera de alterarla sustancialmente o de empeorarla, menospreciando los bienes del **honor, del decoro y de la reputación**», en los que se refiere esencialmente a los derechos del fallecido[697].

---

[692] Porque en España en aquella época, tal y como reflejamos en el momento dedicado a ello, sólo encontramos aisladas y poco decididas afirmaciones, como la de CASTÁN, de 1952, relativas a que la personalidad exige respeto aún tras el fallecimiento de su titular (ver nota 545), pero en ningún caso la declaración expresa de pervivencia de un derecho de la personalidad tras el fallecimiento de su titular que encontramos en este autor. Con la constatación de este precedente remoto, podemos considerar a la doctrina italiana como precursora de la toma de conciencia en el derecho español relativa a que los derechos de la personalidad han de seguir existiendo tras el fallecimiento de su titular.

[693] Vid. VERCELONE, ob. cit. nota 118, pág. 1087.

[694] En concreto el autor, sobre la cuestión de si son los derechos de los familiares los que se defienden, nos dice que; «Se debería decir que serían ineficaces, por el tiempo sucesivo a la muerte, los actos de disposición del derecho eventualmente cumplido en vida del interesado; sería, de hecho, actos de disposición relativos a un derecho distinto de aquél de los que son titulares los familiares. Pero esto (...) causaría perplejidad».

[695] Vid. SCHERMI, A., *Il diritto assoluto della personalità ed il rispetto della veritta nella cronaca, nell'opera storiografica, nell'opera biografica e nell'opera narrativa di fantasia*, GiCi., 1966, pág. 1252.

[696] Porque recordemos que ésta era la doctrina de la Sala de Casación respecto a si se tenía que respetar o no al pie de la letra la verdad histórica. Para consultarla, en el presente epígrafe recogimos sus conclusiones principales, ver nota 682.

[697] Siempre se refiere al honor del fallecido porque en el caso que resuelve la sentencia de Casación de 31-5-66 se hablaba de la lesión del honor de una persona fallecida tras la realización de una

Un interesantísimo estudio del derecho a la intimidad en el que se estima que el mismo no desaparece post-mortem, lo encontramos en el trabajo de AULETTA[698]. Tras admitir la existencia de la opinión mayoritaria de la doctrina de la extinción post-mortem del derecho, el autor fundamenta su posición claramente en contra de la misma, en que; «**Algunos intereses extrapatrimoniales de la persona sobreviven a su desaparición**. Las dos normas citadas[699] tutelan vivencias particulares de la persona, pero no creemos que puedan existir impedimentos a una extensión en general de tales garantías a la tutela de la esfera reservada de la persona. (...) Repugna a la conciencia social, que reserva al individuo, también una vez desaparecido, una cierta tutela jurídica propia en cuanto al **valor que la persona mantiene también tras su muerte**»[700].

Interesantísimo se nos presenta a este respecto el trabajo del profesor ZACCARIA[701]. En un estudio dedicado íntegramente a los aspectos sucesorios de los derechos extrapatrimoniales en general abre un apartado dedicado en concreto a los derechos de la personalidad. Sobre su sucesión y posibilidad de existencia post-mortem, lo primero que nos dice es que si el derecho de la personalidad; «*significa* la garantía de un espacio inmune de injerencias de terceros en el ámbito del cual el individuo pueda expresar libremente la propia subjetividad», ello no podría compaginarse, en absoluto con que; «después de la muerte, los terceros puedan libremente dañar la memoria»[702].

---

película sobre su vida, y actuar su hija en defensa de su derecho. Recordamos aquí que para nosotros, como ya hemos argumentado, si se estima que no se puede lesionar el derecho al honor del fallecido (que abarca aspecto inmanente y trascendente, decoro y reputación), es porque el mismo sigue existiendo tras su fallecimiento.

[698] Vid. AULETTA, ob. cit. nota 118, págs. 213 a 218.

[699] Se refiere a los ya recogidos aquí, artículos 93 a 96 de la Ley de autor de 1942.

[700] Sigue el autor estudiando el caso en el que también se lesionan los derechos de los familiares, y respeto a los legitimados para actuar en el derecho italiano, si el cónyuge estaba separado qué es lo que ocurre, y otros extremos que ya analizaremos aquí posteriormente.

[701] Vid. ZACCARIA, A., *Diritti extrapatrimoniali e successione, dall'unità al pluralismo nelle transmissioni per causa di morte* (señalamos el antetítulo, por ser interesante a la hora de comprender lo novedoso del trabajo), Pádova, 1988, págs. 209 a 223.

[702] Esta posición es similar en todos sus extremos con la consideración previa que hicimos en uno de los primeros epígrafes de este capítulo, concretamente el 2, en el que estudiamos si era lícita o ilícita la intromisión en los derechos de la personalidad de los fallecidos, y en el que vimos que toda la doctrina española, incluso la que opinaba que estos derechos desaparecen tras el fallecimiento, opinaba que dicha lesión de la memoria siempre se debe considerar como ilícita.

El autor sigue tratando el derecho al honor, y a pesar de no estar regulado expresamente en la Ley de autor, a raíz del artículo 10 del Código Civil[703], se postula, definitivamente, en defensa de la pervivencia post-mortem de este derecho, indicándonos que; «Y que este derecho (el del honor), pueda considerarse protegido contra las agresiones de terceros **también en el periodo de tiempo posterior a la muerte de su titular** se evidencia de *la general existencia de tutela postmortal de la personalidad*, descubierta en el anterior párrafo[704]».

Por último, termina de asentar el autor esta opinión cuando nos habla de los autores que opinan que los derechos que se defienden por los familiares son los propios, toda vez que el del fallecido ya se ha extinguido con la muerte, y se refiere a la explicación aquí desarrollada, cuando defiende que; «La crítica de este punto de vista ya ha sido ampliamente desarrollada, y a ella nos remitimos aquí»[705].

Respecto al derecho a la imagen en concreto, SAVINI[706] nos dice, primero, que existe un poder de la persona de disposición de su derecho, y tras llevar a cabo una serie de comentarios sobre cómo continúa el derecho, concluye con que; «A través de la posibilidad de la tutela, también judicial, de un **derecho personalísimo** ya existente en relación a la persona retratada –se atiende el mismo derecho, ni más ni menos- se deriva cierto que **el derecho**, en realidad, **sobrevive tal y como era**»[707].

---

[703] Como ya vimos anteriormente, este artículo regula el derecho a la imagen, pero establece que el mismo está especialmente protegido cuando afecta; «al decoro o a la reputación» de la persona. De dicha afirmación se ha de derivar de forma inmediata la existencia de un derecho general del honor, a pesar de no venir regulado directamente como tal en la Ley de autor. Sobre la existencia del derecho al honor en el sistema jurídico italiano se puede estudiar el epígrafe 3.1 del capítulo primero de esta segunda parte.

[704] En el que el autor señalaba que toda vez que el artículo 10 del Código Civil amplía la protección respecto a la imagen a la situación post-mortem (de ello ya comentamos algo aquí, en el epígrafe 3.2.1 del presente capítulo), se debía considerar que la personalidad (y en concreto este derecho de la misma) se protegía en dicho momento post-mortem.

[705] Se refiere a la explicación, justo aquí desarrollada, respecto a que los derechos de la personalidad no se extinguen con la muerte. Sigue el autor su análisis, y en la pág. 223 desarrolla una idea que ya nosotros hemos defendido aquí, justo en el lugar en el que criticábamos que alguna corriente doctrinal se ciña únicamente en la defensa del derecho del familiar actor, toda vez que decíamos que en ciertos casos se puede dañar únicamente el del fallecido, y no el de éstos, como en los momentos en los que hay poca relación entre unos y otros (ver epígrafe 3.1.3.1). Pues bien, aquí, en esta misma línea encontramos la siguiente opinión; «Pero ligar la defensa del honor del difunto a un derecho de la personalidad de los que le sobreviven parece limitado, dado que no en todos los casos en los cuales es oportuna y necesaria la tutela post-mortem del honor existe también una lesión de la personalidad de los parientes».

[706] Vid. SAVINI, A., *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Milán, 1989, pág. 109.

Finalmente, dentro del estudio de los derechos de la personalidad en general, ZENO-ZENCOVICH[708], tratando la legitimación de los familiares en la defensa de la memoria del fallecido, se postula claramente a favor de la continuación post-mortem del derecho al honor, cuando nos dice que; «Más que una sustitución de sujeto en la titularidad de la situación jurídica, se asiste a la *ampliación de la situación preexistente*: **El honor y la reputación no son inherentes sólo a las vivencias propias de su poseedor, sino que comprenden también aquellas del fallecido**»[709]. Como vemos, con este escrito se completa una situación en la que observamos que un mayor número de autores que en el derecho español se expresan muy claramente favorables a la existencia post-mortem de los derechos de la personalidad.

Comentamos anteriormente que dentro del derecho italiano en algunos autores se apreciaba la posibilidad de que los derechos de la personalidad siguiesen existiendo tras la muerte no por una expresa admisión de ello, sino porque se postulaba a favor de que la personalidad se proteja tras el óbito de su titular, y que los derechos no podían quedar al albur de posibles lesiones en dicho momento.

Así, RESCIGNO[710] nos dice, en relación al por qué de la legitimación de los familiares que ésta surge; «De la más afinada construcción de los familiares como fiduciarios del derecho, o de la dignidad del **honor** constitucionalmente protegida y que reclama la conversión de la *fama ganada* en vida en conservación y respeto de la **memoria**»[711]. En la línea de admitir la existencia post-mortem del derecho al honor, y en un tiempo muy cercano al anterior autor, el propio BESSONE[712], en un trabajo

---

[707] Y habla de que sobrevive al fallecimiento de su titular. Ciertamente parece un salto más, en esta concepción, ya que incluso ya se nos dice que el derecho sigue tal y como era en vida del titular.

[708] Vid. ZENO-ZENCOVICHI, V., *Diritti della personalità*, DDP., XIII, 1995.

[709] En su obra; ZENO-ZENCOVICHI, V., *Onore e reputazione*, DDP., XIII, 1995, pág. 94, el autor completa esta opinión, cuando refleja, ya refiriéndose únicamente al derecho al honor, que; «La muerte del titular no deja la reputación como una cosa "res nullius", o bien como un interés privado de cualquier consistencia jurídica y expuesto impunemente al ultraje», de lo que directamente derivamos que el derecho sigue existiendo.

[710] Vid. RESCIGNO, P., *La fine della vita umana*, RiDC., I, 1982, pág. 637.

[711] De lo que hemos de deducir claramente que lo que se defiende tras el fallecimiento es una directa derivación del derecho existente en vida, es la memoria del fallecido, que depende directamente de sus derechos de la personalidad en vida, por lo que éstos siguen teniendo una gran virtualidad y vigencia post-mortem.

[712] Vid. BESSONE, M., *persona fisica*, ED.,XXXIII, 1983, pág. 207.

sobre la persona física nos dice que, en estas acciones; «De hecho, los parientes tutelan, **no sólo el honor del difunto**, sino también el de la familia»[713].

Por su parte, LAX[714], en un comentario a la Sentencia de la Pretura de Roma de 27-6-85, ya recogida con anterioridad, nos dice claramente que la regulación de la Ley de autor está encaminada a proteger los intereses del difunto, no los de ningún otro; «No cambia nada el hecho de que las más de las veces se trate de personas desaparecidas hace tiempo, pudiendo **sus derechos** ser hechos valer eventualmente por otros sujetos legitimados como los herederos los cuales, a tenor del artículo 8 Código Civil y 93-96 L.d.a. (Ley de autor), son considerados portadores de intereses propios para el respeto de **la memoria de la persona difunta**».

Por último[715], ALPA y BESSONE[716], en su comentario sobre la sentencia de la Pretura de Roma de 25-5-85, que recordamos que trataba de la posible lesión del derecho de la personalidad de una persona fallecida, (el Duce), nos dicen que en dicha resolución lo que se trataba era de analizar el posible daño; «de **su** decoro o reputación (el del dictador fallecido)», sin que en ningún caso se alegue que dicho derecho (sinónimo en el derecho italiano al de honor), no existiese.

5.2.2.- Derecho francés.

Como ya hemos comentado en alguna ocasión, en el derecho francés no existen grandes pronunciamientos, ni legales ni doctrinales, sobre la pervivencia de los derechos de la personalidad post-mortem, por lo que su estudio, al aportarnos

---

[713] Justo antes, cuando introduce el tratamiento que recogemos aquí nos ha señalado que; «En la misma perspectiva (...) la norma que consiente a los parientes actuar en defensa de la tutela del **honor o de la personalidad *del difunto***». De estas expresiones se desprende fácilmente que la lesión, para este autor, se produce tanto en los derechos de los familiares como en los de la persona fallecida.

[714] Cfr. LAX, P., *Riservatezza ed identità personale tra cronaca e storia*, DiA., 1986, pág. 193.

[715] No queremos seguir adelante sin dejar de citar, al menos y aunque sea de forma incidental, un trabajo que ya fue citado aquí, el de SATURNO, ob. cit. nota 342, en el que se estudia la STC. 231/82, sobre el caso PAQUIRRI, y en el que se recoge, en sus págs. 83 y 84 que la postura mayoritaria en el derecho español es, tal y como hemos comentado nosotros en varias ocasiones, la de la extinción de los derechos, pero seguidamente se recoge la duda que produce la situación, y el hecho de que exista parte de la doctrina española que defienda que los derechos persisten post-mortem. Al no expresarse explícitamente el autor a favor de esta opinión no la recogemos en el texto principal de la presente tesis doctoral entre las que defienden que los derechos perviven tras el fallecimiento de su titular.

[716] Vid. ALPA, G. y BESSONE, M., *Atipicità dell'illecito, il diritti della personalità e danno morale*, Milano, 1993, pág. 174.

muchos menos datos que el del derecho italiano, no podrá ser tan extenso como el de éste[717].

Empezando por el Código Civil francés, no existe en el mismo una sola referencia ni siquiera a los derechos de la personalidad desde el punto de vista general[718].

Sólo la Ley de autor francesa, de 11 de marzo de 1957, regula algo al respecto del derecho de autor post-mortem. El artículo 6 hace transmisible a sus herederos el derecho de paternidad. El 19 le entrega a una serie de familiares el derecho de divulgación, mientras que el artículo 20 determina que será la autoridad judicial la que decida la explotación del derecho tras la muerte de su titular.

Ante esta laguna de la legislación la jurisprudencia histórica francesa aplicó el artículo 1382 del código (reparación del daño causado a otro por falta) para proteger los atentados al secreto de la vida privada, hasta que se incorporó al sistema jurídico galo un derecho subjetivo a la vida privada (o intimidad) a través de la Ley número 70-643 de 17 de julio de 1970. Esta regulación le dio una nueva redacción al artículo 9 del Código; «Cada uno tiene derecho a su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir medidas tales como el secuestro, el embargo, y aquellas otras adecuadas para impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada»[719]. Pero en esta regulación no existe mención alguna a la concreta situación post-mortem de este derecho.

En esta situación legal, en el derecho francés no encontramos una sistemática jurisprudencia en la que se reconozca habitualmente la existencia de los derechos de la personalidad post-mortem. Lo más cercano a ello son ciertas sentencias históricas que han negado la posibilidad de que se publiquen imágenes de personas famosas

---

[717] Ya citamos este hecho tanto en la parte preliminar, cuando estudiábamos los derechos de la personalidad desde el punto de vista general, epígrafe 7.2 de esa parte preliminar, como en el anterior epígrafe 3.2.2 de este mismo capítulo, sobre las posturas que propugnaban la extinción de los derechos, en el que hicimos un pequeño esbozo de la falta de pronunciamientos que sobre este tema existe en el derecho galo.

[718] Esta misma opinión es la que sostiene; NERSON, ob. cit. nota 349, págs. 7 y ss., tal y como ya comentamos. En el texto del Código Civil francés, en cuanto a alguna referencia algo parecida a la concepción jurídica española de los derechos de la personalidad sólo encontramos en el artículo 1166, cuando recoge que; «*Los acreedores no podrán ejercitar los derechos y acciones de su deudor que estén exclusivamente ligados a su persona (droits attachés à la personne)*».

[719] Completa esta regulación civil de la intimidad la ley de 6 de enero de 1978, sobre informática, ficheros, datos, etc., que nada aporta al objeto de nuestro estudio.

fallecidas, generalmente en los momentos justo posteriores a los de su óbito, en el lecho de muerte.

Así, la Sentencia del Tribunal Civil del Sena de 16 de Junio de 1858[720], en el conocido caso de la actriz Rachel, se afirmaba que; «Nadie puede, sin el consentimiento formal de la familia, reproducir o publicar los rasgos físicos de una persona **en su lecho de muerte**... el derecho a oponerse a esta reproducción es absoluto... se fundamenta en el respeto que demanda el dolor familiar... y no podría desconocerse sin violentar los sentimientos más íntimos y respetables de la naturaleza y la piedad doméstica». Esta afirmación, a pesar de la falta de una sistematización completa de la defensa de estos derechos post-mortem en el derecho francés, sí que puede ser considerada como el primer precedente histórico europeo de la admisión de la protección de los mismos tras el óbito[721].

También en la Sentencia del Tribunal Civil del Sena de 16 de Junio de 1858[722] se encuentra una afirmación similar; «Pertenece a los tribunales considerar si la persona cuyo retrato ha sido ejecutado y ha pretendido autorizar la publicación (...). Y si después de la muerte de esta persona, la familia tiene un interés serio y legítimo para oponerse a la voluntad que ha sido formalmente expresada por el difunto». A raíz de la misma, queda acreditado que una persona puede disponer del derecho a la imagen para un tiempo posterior a su fallecimiento, de lo que se deduce que el mismo sigue existiendo en dicho momento.

Avanzando en el tiempo, la Sentencia del Tribunal Civil del Sena de 28 de Junio de 1928[723] sigue en la idea de que la personalidad de los fallecidos se defiende,

---

[720] La hermana de la famosa actriz de teatro clásico conocida, con el sobrenombre de "Rachel", encargó a dos fotógrafos la reproducción de la imagen de la actriz en su lecho de muerte, con la condición de que el retrato quedase de su exclusiva propiedad, sin que pudieran reproducirlo ni entregar copia alguna. Una dibujante realizó un diseño del rostro de Rachel, muerta, inspirándose en la fotografía, dibujo que, al ser publicado, motivó la correspondiente demanda de la hermana, ya que se consideraba que toda persona, por muy conocida que fuera, mantiene una vida privada diferente de la pública.

[721] Porque para nosotros se está dando una protección del derecho a la imagen de una persona que se encuentra en el momento final entre la vida y la muerte, y precisamente esa cercanía al momento del fallecimiento es la que provoca que la reacción del legislador sea aún más vigorosa en la protección del derecho del fallecido, o de la persona que está a punto de fallecer. Es muy importante, en relación a la comparación que realizamos con el derecho español, comprobar la fecha, de 1858, en la que se hacía ciertamente impensable un pronunciamiento similar en nuestro sistema jurídico.

[722] En el caso Mickiewitz, similar al anterior, el fallecido había señalado un destino a la utilización de su imagen post-mortem, y los familiares querían darle otro a la misma, reservándose el Juzgado la resolución del caso, pero admitiendo en la misma que el derecho a la imagen de un fallecido existe.

cuando nos indica en la misma que; «Tras el fallecimiento, la publicación de una escena de la vida privada de un personaje público es lícita, basado en que la apreciación de los hechos verídicos, cualquiera que sea su forma, no puede implicar responsabilidad del escritor, siempre que la divulgación no **altere la personalidad**, o revele por parte del que la publica una inspiración maliciosa o intencionalidad de perjudicar». De aquí derivamos con más contundencia que en las resoluciones anteriores que la personalidad del difunto existe, que es digna de protección y que como tal se ha de considerar[724].

Así pues, hemos de concluir con que los reconocimientos (ciertamente muy parciales, poco sistematizados, pero interesantes) que la Jurisprudencia francesa ha llevado a cabo sobre los derechos de la personalidad, junto a algunos reconocimientos expresos también del derecho al nombre[725], que como vimos también es de la personalidad, son, a pesar de claros en las correspondientes resoluciones, muy puntuales y aislados[726].

La doctrina francesa, por su parte, defiende que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de una manera mayoritaria[727]. Sin embargo, *algunas voces se han alzado, aunque sea de una manera claramente minoritaria (por* no decir que testimonial), defendiendo que los derechos no se extinguen en dicho momento.

---

[723] Tras la muerte de George Sand, Jacques Boulanger, periodista publicó datos de la esfera privada del mismo, pertenecientes a su derecho a la intimidad. Su hijo, Lauth Sand inició una acción en defensa del derecho del padre, y el juzgado estima que, al ser un personaje público dicha publicación es lícita siempre y cuando se haya dado respecto a hechos verídicos, y si no altera la personalidad del fallecido.

[724] Reflexionemos sobre el momento histórico en el que se observa esta conclusión de la jurisprudencia francesa, 1928, en el que en España poca se podría ni si quiera prever al respecto.

[725] Por ejemplo, en un fallo del Tribunal de Grenoble de 29 de octubre de 1958 y en el del Tribunal del Sena de 7 de marzo de 1960 se obliga a que algunas acciones en las que se pretendía usar el nombre de ciertos personajes muy conocidos con fines lucrativos aprovechando que un comercio determinado estaba situado en una vía con el nombre del mismo, se modifiquen, y con ello no se cree la confusión de que los comercios son de los citados personajes conocidos, o aprovechar espuriamente la popularidad de esas personas.

[726] Así, por ejemplo, también en la Sentencia del Tribunal del Sena de 14 de Enero de 1977 se *resuelve un tema en el que se determinó el secuestro de los ejemplares de un conocido semanario por* haber reproducido en los mismos la imagen del cadáver del actor Jean Gabin, en una clara acción de la protección de los derechos al honor y a la imagen post-mortem del mismo.

[727] Para la consulta de algunos de estos autores nos remitimos al epígrafe 3.2.2.

Quizás el trabajo que con más decisión defienda esta postura sea el de BLONDEL[728]. En él, el autor, que estudia de forma general la situación post-mortem de todos los derechos extrapatrimoniales, también analiza, como no podía ser de otra forma, la de los derechos de la personalidad. Trata cada uno de los derechos, e inicialmente nos dice que sí se prolonga el derecho al nombre. Después, que el derecho a la imagen; «se ha de publicar post-mortem de manera que no dañe la condición natural y que no afecte **al honor y a la consideración *del fallecido***». Posteriormente, también nos señala que se deberán proteger los secretos, la vida privada, los recuerdos de familiar y el derecho moral de autor tras su fallecimiento, de la misma manera que si el sujeto estuviese en vida[729]. Como vemos, hemos de considerar este trabajo dentro de los que muy decididamente defienden que los derechos siguen existiendo tras el fallecimiento del titular, conectando también en el mismo una clara relación entre unos derechos y otros, ya que se limita la publicación de la imagen de un fallecido cuando afecte a su honor y reputación.

Tras este autor, hemos de citar un trabajo que ya nombramos con anterioridad, y es el algo contradictorio de RAVANAS[730], ya que en el mismo, aunque primero defiende que la; «personalidad jurídica **desaparece con su muerte**», después, cuando estudia la posible vulneración de un derecho o no, refleja que; «La protección de la memoria de los difuntos nos conduce a afirmar que, desde un punto de vista jurídico, ***la vida privada de las personas físicas se prolonga más allá de su muerte***»[731].

Un trabajo que también podemos considerar cercano a esta órbita es el de KAYSER[732], ya que estima que la imagen, la intimidad, el nombre y el derecho de autor son derechos que se han de considerar que sobreviven al fallecimiento, aunque

---

[728] Vid. BLONDEL, J., *La transmission a cause de mort des Droits extrapatrimonial et de droits patrimoniaux a caracter personel*, París, 1969, págs. 121 y ss.

[729] En el mismo estudio el autor hace un completísimo resumen, ciertamente innovador sobre todo en consideración al derecho francés, y más al de la época, de todas las consideraciones laterales que se pueden tener sobre el presente tema, y que trataremos aquí posteriormente, como los legitimados para defender el derecho, la extensión de esa legitimación, etc.

[730] RAVANAS, ob. cit. nota 359, págs. 213 y 214.

[731] Por lo que también la hemos de citar en este apartado, ya que creemos que si se afirma que se prolonga la vida privada de una persona física estamos hablando ineludiblemente de una prolongación de su intimidad post-mortem, al menos de una ampliación de su protección.

[732] Vid. KAISER, P., *Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratiques*, RTDC., 1971, págs. 497 a 499.

sea desde la perspectiva de sus valores esenciales. En palabras del autor, estos derechos; «se protegen como intereses morales supervivientes, **como intereses *del fallecido***».

Aquí acabamos el tratamiento de la doctrina francesa que opina que los derechos continúan existiendo tras el fallecimiento, que como hemos visto no es en absoluto trascendente en relación a los autores que tienen una opinión contraria, ya que los pronunciamientos al respecto son claramente minoritarios y muy localizados, pero, al menos, los hemos dejado aquí citados[733].

5.2.3.- Derecho alemán.

Ya hemos señalado en alguna ocasión que en el derecho alemán no existe una concepción de los derechos de la personalidad tal y como la conocemos en el español, o en el resto del derecho comparado, y en el mismo sólo se admite la idea de una teoría general del derecho de la personalidad[734].

Si nos centramos en los derechos tras el fallecimiento, no existe una sistematización legal ni doctrinal, en absoluto, de la necesidad de que el mismo siga existiendo, puesto que no se considera necesario. Lo que podemos observar en el derecho germano es algún reconocimiento jurisprudencial de hecho de que la dignidad del hombre se ha de proteger post-mortem.

Así, en 1968, en el caso MEPHISTO[735], se estima que la dignidad de la persona debe ser protegida por el ordenamiento incluso en situaciones post-mortem, pero para ello se recurre a una especie de ficción, considerándose que la personalidad sobrevive tras el fallecimiento por los hechos que dejó entre nosotros. Y ésta es una

---

[733] Un trabajo muy interesante sobre el derecho de la imagen, y su existencia post mortem, pero en relación más al derecho a la publicity, desde un punto de vista esencialmente patrimonial más que personal (por lo que no lo tratamos en el texto principal), se pude encontrar, por ejemplo, en; GAILLARD, M., *Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux Etats-Unis*, RCDIP., 1984, págs. 1 a 28. También, sobre el derecho moral de autor post-mortem, podemos encontrar referencias al derecho francés, en las que no nos hemos extendido no por parecernos trascendental para nuestro trabajo, en; MANCA GRAZIADEI, A., *Il diritto morale di autore in Italia, Francia e Germania: vicende post-mortem auctoris*. DiA. 1987. págs. 230 a 235.

[734] Sobre ello, hemos de remitirnos a lo contenido en la parte preliminar, epígrafe 7.3, y en el presente capítulo, en el 3.2.3.

[735] Ya citado con anterioridad, epígrafe 3.2.3; Vid. BGHZ. 15, 249, 259; 50, 133. En él el Tribunal Federal concedió a los familiares del citado actor la acción para paralizar la publicidad de una novela del escritor Klaus Mann, en las que se describían los lazos de unión entre el mismo y el régimen Nazi.

de las muy pocas ocasiones en las que esta Jurisprudencia ha opinado así, por lo que sólo podemos encontrar cierta doctrina muy aislada que así lo recoge[736].

Como vemos, se ha extendido la protección de ciertos valores de la personalidad a un momento posterior a la muerte[737], pero no es ésta una concreta admisión de que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras el fallecimiento, tal y como lo hemos considerado en los derechos español e italiano fundamentalmente, por lo que aquí lo dejamos solamente citado, sin tratarlo con mayor atención[738].

[736] Para consultar con mayor extensión este extremo; Vid. LARENZ, K., *El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana*, RDP.,1978 pág. 163., o también, en; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 763 a 766.

[737] Y, como decimos, existe algún caso concreto en el Tribunal Federal en el mismo sentido, pero no con una sistemática constante en las resoluciones que sustentan esta opinión.

[738] Porque ni el sistema de los derechos de la personalidad, ni el de la posibilidad de la existencia del derecho post-mortem, ni el de la situación de los familiares y del fallecido son los mismos, con lo que no se puede establecer una similitud completa con la situación en el derecho español, que es el objeto central de la presente tesis doctoral.

6.- RECAPITULACIÓN. POSICIÓN PERSONAL.

Durante todo este capítulo hemos estudiado desde una perspectiva global los diferentes aspectos que tienen alguna relación con la situación de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular. Hemos analizado las opiniones que defienden que la muerte los extingue (epígrafe 3), las favorables a la existencia post-mortem de los mismos desde varias perspectivas (epígrafe 5), y las que se han situado en una posición intermedia, sin decantarse totalmente por una u otra (epígrafe 4)[739].

Pero no podemos considerar cerrado este capítulo (ni este estudio en general) sin exponer cuáles son las conclusiones que obtenemos del mismo, cuál es nuestra opinión personal en torno a la situación de estos derechos tras el citado óbito y, en dicho posicionamiento, cuál es el papel que juegan todas y cada una de las posturas que hemos observado hasta ahora sobre ello, tanto en el derecho español como en el comparado. Será solamente una vez expuesto este posicionamiento personal cuando podamos considerar totalmente acabado el estudio de la situación de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular[740].

Con esta reflexión podemos considerar que, en relación a la estricta consideración de la situación post-mortem de estos derechos, le ponemos punto y final al estudio, toda vez que ya habremos analizado todos los aspectos que le

---

[739] En esta relación de los aspectos fundamentales de nuestro estudio, no queremos olvidar (y por ello no darle la importancia que verdaderamente tiene) el epígrafe 2° del presente capítulo, en el que planteamos el posicionamiento previo desde el que partimos nosotros, y desde el que, creemos, es absolutamente imprescindible analizar este tema (recordamos que es una opinión pacíficamente admitida por toda la doctrina española y comparada). Éste es el de que, desde cualquier opinión, de extinción o de pervivencia de los derechos, las intromisiones que sufran tras el fallecimiento de su titular los que en vida fueron derechos de la personalidad son absolutamente ilícitas e inadmisibles en un ordenamiento jurídico como el nuestro (así como en los sistemas jurídicos europeos contemporáneos similares), en los que ha de prevalecer, en un Estado de Derecho plenamente asentado, un respeto escrupuloso y una protección reforzada de los derechos fundamentales de la persona.

[740] Y esto es así porque no nos queremos limitar a llevar a cabo un trabajo simplemente deductivo de la realidad, en el que asépticamente mostremos, sin más pretensiones, cuál es la situación jurídica en la que en la actualidad se encuentran estos derechos en nuestro sistema jurídico, comparado con los derechos europeos continentales similares al nuestro, que es lo que hemos desarrollado hasta ahora. Queremos dar un paso más y, a través de esta conclusión y opinión personal, realizar un trabajo descriptivo en el que se intente interpretar, analizar, criticar y reestructurar lo hasta ahora explicado, y tras ello, modestamente, opinar sobre cuál ha de ser la consideración que en la actualidad se ha de tener de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, qué es lo que existe y lo que se defiende, y, a partir de ésta, intentar adelantar algo de cuál podría ser la evolución que los mismos pueden experimentar en el futuro. Con esta intención iniciamos el presente epígrafe.

observamos a dicho tema. No obstante ello, para una completa visión global de todos los aspectos laterales que de una manera u otra les pueden afectar quedan temas importantes por analizar que trataremos en los siguientes epígrafes[741].

Hasta ahora, durante todo el desarrollo del presente estudio, hemos ido exponiendo en cada momento concreto nuestra opinión personal sobre los diferentes aspectos analizados en torno a la posibilidad de la existencia post-mortem de los derechos, a medida que han sido tratados durante el discurrir del trabajo. Esta opinión tan dispersa[742] ha de ser expuesta de manera ordenada y sistematizada, analizando todos los aspectos de la misma, interrelacionándolos, y a su vez conectándolos con todas las explicaciones contenidas en la presente tesis doctoral sobre los distintos aspectos que afectan a estos derechos post-mortem. Este es el esfuerzo que desarrollaremos en el presente epígrafe, centrado evidentemente en la situación que se da en el derecho español[743].

A grandes líneas afirmamos que, por lo hasta aquí adelantado, opinamos que los derechos de la personalidad no desaparecen con la muerte de su titular, y que tras sufrir una pequeña variación en su naturaleza jurídica (que se fundamenta en la desaparición de su aspecto inmanente y la existencia, a veces con más intensidad del

---

[741] Decimos esto porque con este epígrafe, y con el estudio que llevamos a cabo en el primer capítulo de las distintas situaciones que afectan a cada derecho por separado tras el óbito, podemos considerar que ya hemos analizado con suficiente detenimiento todos los aspectos que afectan directamente, y en su núcleo central, más profundo, a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem en general. Pero tras analizar todas estas circunstancias, toda vez que una de las conclusiones que nosotros obtenemos del estudio es que los derechos no desaparecen del todo, no se podría considerar completo este trabajo (se debería pensar que estaría ciertamente cojo) si no se abriese, primero, un pequeño apartado sobre los aspectos sucesorios que se relacionan con ellos tras el fallecimiento, y, en un segundo lugar, si no analizáramos los aspectos procesales básicos relativos a la protección jurisdiccional que estos derechos tienen tras la muerte de su titular, y cómo se protegen (no se puede afirmar sin más que los derechos perviven, habrá que explicar cómo lo hacen y, a partir de ahí, qué y cómo se protegen). A estos dos aspectos dedicaremos los epígrafes posteriores al actual.

[742] Hemos expuesto nuestra opinión, por citar sólo alguno de los momentos, durante todo el primer capítulo cuando, tras analizar la definición de cada uno de los derechos de la personalidad que existe en nuestro ordenamiento jurídico exponíamos cuál debería ser, a partir de ella, y sólo en nuestro parecer, la situación post-mortem de cada uno de los derechos. También la expusimos en el segundo capítulo cuando estudiamos la actual regulación jurídica de la LO. 1/82, y durante el resto de epígrafes del mismo, como los dedicados a las resoluciones de la jurisprudencia, a las posturas contradictorias de la doctrina, los dedicados a la definición de la memoria o a los autores que opinan que lo que se defienden en los procedimientos sobre publicaciones relativas a fallecidos son los derechos de la personalidad de los familiares.

[743] Hasta ahora hemos tratado también el derecho extranjero con la finalidad de compararlo con las posiciones que respecto a cada tema se daban en nuestro derecho. En el presente epígrafe, aunque en algún momento pueda citarse el derecho extranjero, nos centraremos en el objeto de nuestro estudio, que es la situación existente en el derecho español.

trascendente[744]), siguen existiendo tras el fallecimiento, y protegiéndose generalmente por parte de los familiares del finado. Lo que se protegen son los aspectos trascendentes de los distintos derechos, que se refunden en lo que conocemos por "la memoria" que en la sociedad queda del sujeto[745]. A continuación, tras exponer cuál es nuestra opinión[746], desarrollaremos todos los aspectos de estas consideraciones, estudiándolos por separado[747].

6.1.- Constitucionalidad de estos derechos. Principios de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad.

El artículo 18 de la Carta Magna es el que establece en nuestro sistema jurídico actual la constitucionalidad de la defensa del honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen. El desarrollo de este precepto fue el que motivó la regulación de la LO. 1/82. En el mismo no existe prevención alguna sobre si los derechos se defienden sólo en vida de su titular o también tras su fallecimiento,

[744] Recordemos que todos los derechos tienen un cierto aspecto inmanente, o personal, que se plasma en el disfrute de la propia persona de ese derecho suyo, y otro trascendente o social, que es la visión que los demás tienen de él, o la posibilidad que tiene de evitar que los terceros usen ese derecho inadecuadamente y sin su consentimiento. Sobre cómo afecta la naturaleza jurídica de cada uno de los derechos a esta opinión personal hablaremos en el apartado 7 del presente epígrafe.

[745] La definición de la memoria, concepto importantísimo tras la publicación de la LO. 1/82 (e incluso muy considerado antes), y su relación con cada uno de los derechos de la personalidad fue estudiado con detenimiento en el epígrafe 4.2.1.2, y a él nos remitimos, aunque por supuesto será analizado en este epígrafe, en relación al resto de fundamentaciones en los que basamos nuestra postura, en el apartado 8.

[746] Hemos querido adelantar nuestra opinión antes del desarrollo del epígrafe, y no a la conclusión del mismo (además de porque la misma ya la hemos expuesto durante todo este estudio), porque creemos que a partir del conocimiento de la opinión en que se fundamenta el presente epígrafe, se pueden entrelazar de una mejor manera los diferentes argumentos en los que se apoya esta fundamentación.

[747] Antes de entrar en el desarrollo pormenorizado de cada una de las razones en las que fundamentamos nuestra posición, queremos indicar que en las mismas, en todo momento, recurriremos a autores que han estudiado los derechos de la personalidad, y que por ello ya han sido tratados en el presente estudio, con la finalidad darle una coherencia interna al mismo, lo que no se lograría trayendo a colación autores que no tratan estos derechos, o no analizados hasta ahora aquí, aunque sí hubiesen analizado los distintos aspectos aquí argumentados. Por ello mismo se observará que en ocasiones analizaremos aspectos ya desarrollados en el presente estudio, que serán solamente citados, y nos remitiremos a ese tratamiento anterior, ya que nuestra finalidad es la de cerrar toda la explicación aquí contenida recogiendo dentro de esta explicación todo lo estudiado hasta ahora.

siendo esta regulación la que amplió la defensa de los derechos dicho momento post-mortem[748].

La admisión de la protección post-mortem de los derechos provoca una duda sobre si la misma significa que los derechos perviven tras esa muerte o no. Ante esta duda, toda vez que no existe un pronunciamiento del propio texto fundamental, se ha de acudir al resto del mismo para interpretar el alcance de la protección constitucional de los tres principales derechos de la personalidad y si la protección post-mortem de la LO. 1/82 se ha de analizar en clave de subsistencia de los derechos.

El artículo que está más directamente relacionado con el 18 es el décimo. Este artículo, el inicial, y por lo tanto fundamental del Título I°, el relativo a los derechos y deberes fundamentales de los españoles[749], establece que;

> 10.1; «***La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad***, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son *fundamento del orden político* y de la paz social».

Hemos señalado que por la sistemática de la situación de este artículo y de la del 18, es necesario interpretar este último en íntima relación con la redacción del artículo que acabamos de recoger. Por esta interrelación, se ha de tener el mayor respeto a los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, ya que son algunos de los derechos inviolables que le son inherentes a la persona, de los que habla el artículo 10. Así mismo, y éste es un valor que incide en la importancia de los derechos regulados en el artículo 18, a través de su máxima protección es la única manera que existe para respetar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad.

---

[748] Al no existir ninguna prevención del legislador constitucional también se habrá de atender además de la exposición que llevamos aquí a cabo, a la configuración de la naturaleza jurídica de los derechos en el momento de su desarrollo legislativo para acotar sus límites y, sobre ello, se consideró, tal y como expusimos en el epígrafe 2° de este capítulo (y es una concepción mayoritaria en nuestro sistema jurídico), que las intromisiones en estos derechos tras la muerte se deberán considerar ilícitas.

[749] Esta colocación del artículo dentro de la sistemática de nuestra Constitución no se puede considerar en absoluto como accidental. Su situación nos indica que es el precepto básico inspirador de todo el Título I° (de hecho se inicia el Título con él, en forma de principio básico, y el siguiente artículo, el 11 ya está dentro del Capítulo I° de éste, el dedicado a los «Españoles y los extranjeros»), el trascendental desde el punto de vista de los derechos fundamentales, y que como tal ha de inspirar todo su contenido. Recordemos que el artículo 18 se sitúa dentro de la Sección I°; «de los derechos fundamentales y las libertades públicas», del Capítulo II°; «Derechos y libertades», de este primer Título y, por lo tanto, en su interpretación se ha de contar necesariamente con este artículo 10.

Así pues, ante la indefinición del artículo 18, y en relación al tema del presente estudio, si considerásemos que la muerte extingue los derechos de la personalidad en dicho momento, no existiría ningún interés jurídico que tutelar, y en ese caso, cuando se cometiese una intromisión en lo que en vida era un derecho de la personalidad, la misma no se entendería por tal, ni por violación del derecho. Si esto fuese así[750], se produciría tal y como nos dice DÍEZ PICAZO[751], «una degradación de la dignidad humana», amén de ser una posibilidad en absoluto admitida ni en la Constitución ni en el resto de nuestro sistema jurídico[752].

Creemos que ante esta indefinición constitucional sobre si los derechos se han de proteger post-mortem o no, la única manera de proteger de una manera eficaz la *dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico*, y de potenciar que el respeto *al libre desarrollo de la personalidad* que se desarrolló en vida no se diluya en el tiempo y se convierta en irrelevante por haberse inutilizado, es el de considerar que los derechos de la personalidad subsistan tras la muerte, y que sean protegibles ante posibles vulneraciones en dicho momento, siempre que ello se conjugue con su naturaleza jurídica[753].

Esto es así porque si considerásemos que los derechos de la personalidad no se han de proteger tras la muerte de su titular, toda la protección que se les dio en vida puede resultar absolutamente infructuosa e inútil, toda vez que el prestigio social que cualquier ciudadano haya ganado en vida (derecho al honor), así como los aspectos trascendentes, sociales, de sus derechos a la imagen y a la intimidad, al nombre y al derecho moral de autor[754] (en definitiva, el concepto de memoria del

---

[750] Es decir, que la protección del artículo 18 de la Constitución Española sólo llegase a los derechos en vida, y que tras ellos nada se pudiese proteger, la postura que se debería seguir si se defiende que la muerte extingue los derechos (opinión de los autores estudiados en el epígrafe 3°).

[751] Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 116, pág. 362.

[752] Idea claramente asentada en el derecho español tanto en doctrina, jurisprudencia como en legislación, así como en algunos sistemas europeos, tal y como expusimos en el epígrafe 2° de este capítulo.

[753] La idea de la situación de la naturaleza jurídica de cada uno de los derechos por separado, y dentro de ella si se ha de considerar posible su existencia post-mortem fue desarrollada durante todo el primer capítulo, y llegamos a la consideración de que sí que era posible considerarlos subsistentes tras el fallecimiento del titular a partir de la definición de ellos que tenemos en nuestro derecho. Este aspecto lo desarrollaremos en el apartado 7 del presente epígrafe.

[754] Hablamos de prestigio social, que es el sinónimo del aspecto trascendente o social del derecho al honor porque el aspecto inmanente o personal, una vez fallecido su titular, habría desaparecido. Durante la vida, ambos aspectos tienen mucha relación, ya que, hablando del honor, si no se respeta

fallecido), pudiendo ser vulnerados tras la muerte, se verían deteriorados y dañados de manera irreversible. La única manera de conseguir que el respeto y la protección que los derechos de la personalidad tienen en vida sea efectiva, y que ello se conjugue con los principios consagrados por el artículo 10 de nuestra Constitución, será considerar que los mismos siguen existiendo post-mortem, y por ello se siguen protegiendo[755].

Respecto a esta interpretación Constitucional, para ALEGRE MARTÍNEZ[756], el concepto decimonónico del artículo 32 del Código Civil de que la muerte extingue la personalidad se ha de considerar derogado por el texto fundamental[757], y con ello, un derecho como la imagen; «personalísimo, y derivado de la dignidad, individualidad e irrepetibilidad de la persona, **debe ser atribuido, sin vacilación alguna, *a las personas fallecidas***».

Por último, desde un punto de vista también constitucional, pero centrado más en el derecho a la intimidad familiar, ESPÍN estima que para su protección; «debe inferirse que la garantía de estos derechos alcanza a un periodo de tiempo mayor que el de la propia vida de cada miembro de la familia»[758].

---

en sociedad mi reputación, poco disfrute propio iba yo a tener de mi honor, pero tras el fallecimiento, ambos se separan claramente. Respecto al resto de los derechos, como la imagen o la intimidad, si no las respetamos post-mortem, también se inutilizaría la protección que se les dio en vida.

[755] Así, si se dejase publicar cualquier noticia sobre una persona fallecida que la denigre, o algún aspecto de su vida íntima (la parte que siempre vetó al conocimiento de terceros), sin considerarlo *ilegítimo e inaceptable*, o se *utiliza su imagen o su nombre o su obra sin solicitar la autorización de* quién el fallecido consideró necesario (o de sus familiares, en caso de falta de designación), toda la protección que la Constitución le otorga a estos derechos en vida puede considerarse derrumbada y vulnerada, ya que el sujeto ha sido dañado en sus intereses íntimos más preciosos, y su memoria no gozaría del respeto que en vida se ganó su personalidad, quedando por lo tanto toda la protección que en vida tuvo ésta, desvirtuada.

[756] Cfr. ALEGRE MARTÍNEZ, ob. cit. nota 119, págs. 101 a 104.

[757] La forma de conjugar la redacción del artículo 32 del Código Civil con nuestra postura personal la desarrollaremos en el apartado 9 de este epígrafe.

[758] *Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 226. Sigue esta explicación significando que ello es así* porque; «el concepto de ésta (intimidad familiar) implica una comunidad en el sentimiento del honor y de la intimidad (relación entre ambos derechos), difícil a veces de individualizar, que conlleva la necesidad lógica de permitir su defensa por los parientes, tras la muerte de una persona, estén o no involucrados por la ofensa».

6.2.- Significado de la importancia de la voluntad del fallecido.

Tras el análisis de la relación de la posible pervivencia de los derechos de la personalidad con los principios que consagra nuestra Constitución, entramos en el estudio de los distintos aspectos de la LO. 1/82, que en la actualidad es uno de los pilares fundamentales en los que se ha de asentar el presente estudio, ya que sin ella la protección jurídica de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular no sería hoy en día más que un deseo o una entelequia, nunca una realidad tal y como la conocemos en nuestro sistema jurídico[759].

Un aspecto de esta regulación inicialmente interesante para nuestro estudio es el primer extremo que regula su texto en cuanto a la concreta situación post-mortem de los derechos de la personalidad. En el artículo 4[760] (recordemos que esta situación se regula desde el artículo 4 al 6), se le da un gran valor a la voluntad del fallecido en orden a determinar quién está legitimado para la defensa de sus derechos. Se comienza el citado precepto señalando que;

> 4º. 1º: El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida ***corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto*** en su testamento[761].

A partir de este artículo, y en el resto de la LO., se asienta un principio; respecto a la defensa de los derechos del fallecido, lo que prima para el legislador es la voluntad de éste. Es él quien determina la principal prevención que la Ley establece para proteger estos derechos tras el fallecimiento, designando al encargado de ello, y la voluntad del fallecido al respecto ha de ser totalmente respetada. Es más,

---

[759] Se puede criticar la redacción de la Ley, sus extremos, su falta de sistematización o sus indeseables contradicciones y lagunas, tal y como lo hemos hecho nosotros en el apartado 1.2 del presente estudio, pero un valor importantísimo que se ha de reconocer a esta LO. es que se ha convertido en la base fundamental para la defensa de estos derechos tras el fallecimiento y con ello para la trascendencia del presente estudio. Sin ella, sólo una interpretación jurisprudencial muy generosa hubiese ampliado la protección de los derechos de la personalidad a dicho momento post-mortem (hecho que en un principio dudamos que se hubiese producido), y en la actualidad se seguiría añorando tanto una regulación de esta situación como con anterioridad a 1982.

[760] Ya señalamos en el epígrafe 1.2 de este capítulo que la Exposición de Motivos es también muy interesante, y en concreto sobre la situación post-mortem ha sido muy citada por la doctrina. Sobre el estudio de sus diferentes extremos nos remitimos a lo allí contenido. Estudiamos la relación de esta Exposición de Motivos con el resto del articulado y con nuestra opinión personal en el apartado 6 de este epígrafe.

[761] La trascendencia que tiene el hecho de que este texto hable de «persona fallecida» la explicamos en el apartado 6 de este epígrafe.

la autonomía de la voluntad del fallecido es absoluta; puede decidir que el legitimado sea alguien ajeno a sus familiares, incluso enfrentado a ellos, o que sea quien él desee, sea quien sea. La regulación no establece otro requisito que el de la forma testamentaria para la expresión de esa voluntad, pero el margen de decisión es absoluto. Incluso, a tenor de la pura redacción de la LO., aparentemente podría hasta dejar sus derechos sin protección[762].

Si llegamos hasta el extremo de que el fallecido tiene toda la libertad para determinar la legitimación y con ello decidir sobre el futuro del derecho, quién lo defiende, con qué extremos, cómo, etc.[763], sin que la voluntad de los familiares tenga nada que ver para ello, hemos de llegar a la necesaria e imprescindible conclusión de que de lo que estamos hablando no es de la protección de los derechos de éstos (en cuyo caso la voluntad del fallecido poco tendría que ver), sino de la de los derechos de éste, que son los que realmente defienden los legitimados por la designación realizada por el finado cuando ésta exista, y cuando no sea así, por prescripción legal, los familiares o el Ministerio Fiscal[764].

---

[762] En puridad, y si sólo atendemos a la estricta textualidad de la LO. 1/82, se podría hacer esto, que puede parecer, en inicio, en términos generales, fraude de Ley, podría establecer que nadie defienda su derecho. A pesar de que la Ley no lo dice expresamente, estimamos que se tendría que considerar nula la posibilidad de que el fallecido vete la protección de su derecho tras fallecer, prohibiendo el actuar de los familiares, debido a que esto se ha de considerar como la renuncia a la protección de un derecho fundamental de origen constitucional, y la violación del principio de irrenunciabilidad de los derechos de la personalidad. Ante dicha situación, ya que no habría nadie designado, se podría hacer una interpretación extensiva el apartado 2, y legitimarse a un familiar o incluso al mismo Ministerio Fiscal. Pero el fallecido podría designar a alguien como legitimado para defender sus derechos, como prevé la Lo. 1/82, que tenga instrucciones de no defenderlos en absoluto (utilizando una hipótesis de laboratorio), con lo cual los mismos podrían ser violados, ya que el resto de legitimados, incluido el Ministerio Fiscal, sólo entran en escena si faltan los anteriores, y ese no sería el caso, ya que habría legitimado y estaría vivo, a pesar de que estuviese haciendo dejación de su obligación de protección de los derechos. En esta situación se produciría el citado fraude de Ley, por quedar desamparados derechos fundamentales que tienen una protección cualificada según nuestro texto fundamental, y derechos que, tal y como hemos visto, son irrenunciables. Creemos que en dicho caso se debería poder aplicar el artículo 10 de la Constitución para proteger el derecho, pero se ha de aplicar la legislación especial sobre ello, y según el artículo 6.1 de la LO. 1/82 (ahora hablaremos sobre él), si el fallecido no consideró lesionado su derecho, no se puede actuar defendiéndolo, y aplicándolo extensivamente se puede argumentar que el fallecido no quería considerar lesionado su derecho en ningún caso. Sería una situación interesante de resolver, ya que existen argumentos en principio válidos para ambas posturas encontradas.

[763] Aunque no venga expresamente determinado en la regulación, este principio del respeto a la voluntad del fallecido nos indica que nada impide que en la designación testamentaria no sólo se determinase el legitimado para la defensa de los derechos, sino que también se expusiesen expresamente las condiciones en las que el fallecido estima que se tendría que llevar a cabo esa defensa, en qué casos no, y el resto de disposiciones que considerase oportunas, y las mismas deberían ser cumplidas por las personas designadas.

6.3.- Importancia de los actos previos del fallecido.

Muy relacionado con el punto anterior encontramos un extremo de la regulación que para nosotros no se puede dejar pasar desapercibido a la hora de considerar si de la misma hemos de derivar que los derechos perviven o no. Éste es el contenido en el artículo 6, respecto a la importancia que tienen los actos previos al óbito del propio fallecido afectado;

> 6°. 1°.- Cuando ***el titular del derecho lesionado fallezca*** *sin haber podido ejercitar* por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, *por las circunstancias en que la lesión se produjo*, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4°.
>
> 2°- Las mismas personas podrán *continuar la acción ya entablada* por ***el titular del derecho lesionado cuando falleciere.***

Según el artículo, los familiares dependen de los actos previos del fallecido para actuar[765]. Si el fallecido quiso defender su derecho, podrán seguir la acción, y la podrán iniciar también si éste no pudo defender su derecho por imposibilidad, motivada por la forma en la que se produjo la lesión[766]. Pero, y éste es el principio trascendental para nosotros, si el fallecido pudo actuar en defensa de su derecho y no lo hizo porque no quiso, los familiares no podrán iniciar una acción, porque, tal y como refleja la Exposición de Motivos, de ahí el legislador desprende que; «*existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones* ***no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado*** o su representante legal»[767].

---

[764] Pero es esencial la consideración de que los familiares quedan legitimados *en defecto de* designación del fallecido, lo que es un principio esencial y básico de la regulación, encaminado no a que los familiares suplan sin más las intenciones del finado, sino a evitar la desprotección del derecho en caso de falta de designación.

[765] Por esto decíamos que este extremo tiene una gran relación con la redacción del artículo 4, la del respeto a la voluntad del fallecido, aunque no correspondía su estudio a aquel lugar porque se fundamentan en aspectos distintos. En el apartado anterior la voluntad del fallecido era formulada de forma expresa en su documento de última voluntad mientras que en este caso se establece un respeto a la voluntad del finado que se interpreta de su forma de actuar, no de su expresa manifestación de voluntad. En este caso, por lo tanto, estamos ante una expresión tácita de esa voluntad del fallecido (pero reiteramos que sigue siendo la de éste), y en relación a su apreciación sobre si sus derechos han sido lesionados o no.

[766] No es muy difícil suponer que se puede haber dañado el derecho de la personalidad de una persona que, por una enfermedad o debilidad vital determinada no se encuentre en situación de iniciar un procedimiento judicial en defensa del derecho lesionado.

Es decir, respecto a lo contenido en los artículos 4 a 6 de la LO., el tema de nuestro estudio, la voluntad de los familiares y actores no es en absoluto importante, todo lo contrario, toda vez que se desprecia su existencia y el sentido de la misma. Lo que es significativo en relación a la lesión de los derechos es observar si para el fallecido el hecho que se enjuicia (generalmente será una publicación) lesiona o no SU derecho de la personalidad (el del propio finado). Si el finado considera que no se ha lesionado su derecho, el familiar no podrá actuar en ningún caso (salvo que alegue dañado sólo su derecho sin referencia alguna al familiar, lo que en determinados casos no estimará el Tribunal si sólo se atacó el del fallecido). De ahí, necesariamente hemos de concluir que de lo que se trata en esos casos es de la situación en la que queda el derecho del familiar ya fallecido[768], porque no tendría sentido esa presunción si hablásemos del derecho del familiar vivo (es claro que nada tendría que decir el familiar fallecido sobre el derecho de sus familiares supervivientes[769]).

Otra cosa será, tal y como acabamos de citar, cómo considere el familiar superviviente la publicación en cuestión en relación a si afecta o no a su propio derecho. que puede verse lesionado por una noticia relativa a su familiar ya muerto

---

[767] La explicación con la que la Exposición de Motivos asienta la fundamentación sobre esta dependencia de los familiares de la actitud del fallecido antes del fallecimiento es interesante, en relación a lo aquí contenido; «En el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, sólo subsistirán éstas si no hubiera podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si se pudo ejercitarlas y no se hizo *existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado* o su representante legal. En cambio, la acción ya entablada sí será transmisible porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización». Como vemos, la relación directa siempre se establece con los derechos del fallecido, y la apreciación de éste sobre ellos, nunca con los de sus familiares, o con otros conceptos jurídicos indeterminados.

[768] El mismo extremo lo recoge la STS. 25-4-89 (1989\3260), en su FJ. 4° (ver epígrafe 3.1.2.2 al respecto), en la que se habla y aplica esta idea de que si el fallecido no intervino es porque consideraba que los actos analizados no habían producido una lesión de su derecho de la personalidad. Y se ha de considerar que la Exposición de Motivos habla de la apreciación del finado de actos que "objetivamente" pudieran constituir lesiones.

[769] Consideramos que sería absolutamente absurdo estimar que la consideración de la Ley y de la explicación de la Exposición de Motivos es la visión que tiene el fallecido sobre la posibilidad de que se haya lesionado o no el derecho de su familiar. De esto se ha de encargar el propio familiar superviviente, pero para ello no es necesario lo recogido en los artículos 4 a 6 de la LO., sino que bastaría lo previsto en el resto de su regulación. Si en algo se ha de considerar importante la opinión del fallecido será en apreciar si la publicación en cuestión ha dañado su propio derecho, de lo que deducimos que éste ha de seguir existiendo. Esta situación contradice la validez de las teorías que defienden que lo que se defienden son los derechos de los familiares.

que pudo tener una vida muy cercana a él, pero en ese caso estaríamos tratando otra cuestión[770].

6.4.- Significación de la designación de una Persona Jurídica como legitimada para la defensa de los derechos.

Otro criterio fundamental para nosotros a la hora de analizar cuál es el derecho que la LO. 1/82 protege en sus artículos 4 a 6 es el que se obtiene al analizar la primera legitimación que el artículo 4 prevé. Ésta es la de la persona física o jurídica que designe el fallecido, que será la encargada de velar por sus derechos de la personalidad tras su muerte[771].

Esta persona jurídica puede ser la encargada por el fallecido para proteger, en un principio, los derechos directamente relacionados con su obra (como los de autor, patrimoniales y morales, o los derechos a su imagen y nombre), pero también puede ser designada para proteger el resto de sus derechos de la personalidad post-mortem. Lo trascendental es que siempre hablamos de los derechos del fallecido, que es quien la ha designado y legitimado para ello, derechos que se han de considerar por ello subsistentes tras el fallecimiento.

En ningún caso sería necesario el recurso a una persona jurídica si de lo que hablásemos fuera de la lesión de otra realidad o de un derecho de la personalidad de los familiares, en cuyo caso serían los mismos lesionados, que aún están vivos, los que tendrían que defender inexcusablemente estos derechos, por su carácter de

[770] Nos referimos al sentimiento de comunión vital que tienen dos personas cuando están muy apegadas, y que una publicación sobre una de ellas puede dañar a la otra (ya lo explicó así la STC. 231/88 de 2 de diciembre, a la que nos remitimos). Pero, como adelantamos anteriormente, en dicho momento no se tendrá que recurrir a lo regulado en los artículos 4 a 6, sino al resto del articulado de la LO. 1/82, ya que estaremos hablando de la lesión de un derecho de una persona viva a través de la publicación de algún hecho sobre un familiar fallecido, y para nada se relacionará con los derechos post-mortem ni con la voluntad del fallecido (expresa según el artículo 4 y tácita según el 6), sino con la defensa de una persona viva de sus propios derechos.

[771] La persona jurídica, que ha de ser designada en testamento, se puede estructurar con una naturaleza jurídica de fundación o simplemente de sociedad de cualquier tipo que administre, organice y defienda los derechos de la personalidad y la obra de alguna persona (en caso de existir) tras su fallecimiento (evidentemente esta previsión está pensada para personajes que en vida hayan tenido un cierto grado de protagonismo en la sociedad por su actividad -sea política o de otro tipo-, o por tratarse de grandes artistas que dejen tras su muerte un legado cultural importante). Creemos que estas sociedades, se pueden constituir como las más adecuadas para defender los derechos de la personalidad del fallecido (no solo los derechos morales de autor, el de la imagen y el nombre, los más relacionados con su obra, sino todos ellos), debido a que su principal finalidad se encaminará en esa dirección de la protección del legado del finado, que muy fácilmente se puede extender a la de su memoria y con ella al resto de los derechos de la personalidad post-mortem.

personalísimos[772], sin que éstos pudiesen delegar en un tercero para hacerlo, y en ningún caso sin poder hacerlo en una persona jurídica[773].

Evidentemente, en relación a todo ello, si la muerte hubiese extinguido del todo los derechos de la personalidad del fallecido, no tendría ningún sentido que la Ley le otorgue a éste la capacidad de designar a una persona jurídica para defender algo que ya no existe. Si el fallecido legitima a esta persona jurídica sólo se puede interpretar que lo que ésta defiende son los derechos del finado, y no ninguna otra cosa, y por lo tanto, se ha de considerar que los mismos siguen existiendo tras el fallecimiento.

6.5.- Papel de los familiares en la defensa de los derechos.

El papel que tienen los familiares en la protección de estos derechos post-mortem es fundamental. A tenor de la regulación, si no existe persona jurídica alguna legitimada por el fallecido para defender sus derechos, o si son ellos mismos los legitimados, entran en juego sus familiares. En concreto, lo contenido en la regulación es;

> 4°. 1°: El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.
>
> 2°: *No existiendo designación* o habiendo fallecido la persona designada, ***estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos*** de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

El legislador prevé la imprevisión del fallecido[774], y establece para ese momento la legitimación de determinados familiares para poder defender los

---

[772] Gracias a lo regulado en el resto del articulado de la LO. 1/82, el que trata sobre la lesión de los derechos de personas vivas.

[773] Se puede argumentar que un tercero podría actuar mediante un poder especialísimo, atendiendo a las circunstancias en las que se encuentre el lesionado, por las que no pueda defender sus derechos, pero en este caso no estaríamos ante alguien legitimado para defender intereses de terceros que han hecho dejación de sus obligaciones, sino que estaríamos ante un mandato o poder, en la que el apoderado o mandatario actúa única y exclusivamente en nombre del poderdante o mandante, debido a que éste no puede ejercer dicha defensa. Pero en caso de no darse estas circunstancias, las personas físicas no podrán encomendarle constantemente la defensa de sus derechos de la personalidad a una persona jurídica ajena a ellos.

derechos dañados. Sobre el orden de la legitimación, y la actuación de cada uno de ellos, poca discusión puede existir, y no son directamente trascendentales en este momento[775]. Lo que a nosotros nos interesa en relación a la situación jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem es qué es lo que defienden estos familiares.

En la doctrina actual existen dos posiciones básicas[776]. La primera es que los familiares defienden su propio derecho dañado, el derecho del familiar. Así opina parte de la doctrina española[777] y alguna jurisprudencia[778], y se basan en que a través de la publicación directamente relacionada con un fallecido se afecta el derecho del familiar vivo.

---

[774] Perfectamente normal para el caso en que se dañan derechos de personas anónimas para la sociedad hasta el momento de su muerte, lo que sucede muy habitualmente (estos casos son, por ejemplo, los de las STC.; 171/90; 172/90; 178/93; 190/96, y las del TS. de; 27-2-90 (RJ. 1990\720); 16-3-90 (RJ. 1990\2537); 15-6-93 (RJ. 1993\4834), así como otras ya tratadas en los epígrafes 3.1.2 y 5.1.2). En este caso lo normal es que las personas citadas no hayan previsto esta designación en su testamento, previsión más probable de encontrar en las disposiciones de última voluntad de personas conocidas antes de su fallecimiento o que dejan tras de sí una obra artística o literaria.

[775] Aunque algunas consideraciones sí sería interesante que hiciéramos. No es cuestión dudosa, y ya lo hemos comentado aquí, el hecho de que no es éste un orden de preferencia, sino una legitimación plural (ya dijimos algo al respecto, y comparamos este articulado con la regulación italiana en el apartado 5.2.1, nota 675). Cualquiera de los legitimados puede actuar en defensa de los derechos de su familiar fallecido si considera que se han vulnerado. De hecho, sobre ello el artículo 5.1 establece que; «Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos de los fallecidos». Lo más habitual será que actúen los familiares más cercanos, pero siempre existe el riesgo de una dejación de funciones por parte de éstos, con lo que con esta prevención se consigue una mayor protección. Un aspecto de la presente regulación que se ha criticado es la falta de legitimación del hijo póstumo del fallecido, cuanto la protección de la persona jurídica y del Ministerio Fiscal se extiende durante 80 años tras el fallecimiento. No obstante estos concretos apuntes desarrollados aquí, expondremos los aspectos fundamentales más importantes sobre los legitimados para la defensa de los familiares en el próximo epígrafe, dedicado a los aspectos sucesorios de la protección de los derechos de la personalidad del fallecido, en concreto el 6.1.2.

[776] Estas dos posiciones fueron tratadas con gran atención en los epígrafes 3.1.3.1 y 3.1.3.2, en el que recogimos todos los autores que defendían cada una y expusimos nuestra opinión respecto a cada una de ellas. En el presente epígrafe citaremos muy por encima dichas posturas, e incidiremos en las conclusiones que sacamos de ellas, remitiéndonos a dichos epígrafes para un estudio pormenorizado de las mismas. Es necesario que aquí retomemos las fundamentaciones de cada una de las posturas, ya que a través de ellas aclararemos más aspectos de los derechos de la personalidad post-mortem, y podremos darle una mayor y mejor fundamentación a nuestra postura personal.

[777] Como pueden ser; VIDAL, ob. cit. nota 112, pág. 105; HERCE, ob. cit. nota 114, pág. 163; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 160, pág. 155; o BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 170, pág. 52. Para un desarrollo de estas posturas nos remitimos a los epígrafes indicados.

[778] Postura sostenida en el inicio de estas resoluciones en la STC. 231/88, o en las del TS.; 25-4-89 (RJ. 1989\3260); y la 24-6-94 (RJ. 1994\5326).

Cuando tratamos estas posturas expusimos razones por las que creíamos que ésta no era la solución adecuada. Comentábamos que si se defiende que la muerte extingue los derechos del fallecido, no se puede decir que se daña el del familiar, *a través* o *junto al* derecho del primero, ya que éste no existiría, y por lo tanto no se podría dañar. También argumentábamos que la publicación sobre un fallecido puede no afectar al familiar, porque no tuviese una estrecha relación de cercanía con él, o porque la información se ciña tanto a la vida del finado que no alcance en absoluto la del familiar superviviente[779]. Seguíamos citando dos argumentos que acabamos de tratar, la gran importancia que le da la regulación a la voluntad del fallecido y el hecho de que se le concediese legitimación a una persona jurídica[780].

Otro argumento que podríamos aportar es el de que la propia regulación del artículo 4.2 nos dice que se legitima a los familiares para la *«protección»* de algo, que ya ha comentado en el 4.1, que es; «El ejercicio de las *acciones de protección civil* del *honor, la intimidad o la imagen* ***de una persona fallecida***».

Un último argumento que podríamos desarrollar para defender que lo que se defiende es el derecho del fallecido es que si lo que se protegiese realmente fuese el derecho de los familiares, para nada harían falta los artículos 4 al 6, ya que con el resto del articulado quedan protegidos perfectamente los tres derechos de la personalidad de las personas vivas que se vean afectadas por cualquier tipo de intromisión. Al no ser la enumeración del artículo 7 de la LO. numerus clausus[781], esta intromisión se podría dar a través de la publicación de un hecho determinado sobre un familiar fallecido. Si se han previsto los artículos citados (del 4 al 6) es para proteger, tal y como dice el 4, los derechos del; «honor, la intimidad o la imagen ***de una persona fallecida***».

---

[779] De esta misma opinión, como acabamos de ver, es, por ejemplo, ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 226. En esta obra acaba diciendo que se permite la defensa de los parientes; «estén o no involucrados por la ofensa».

[780] Toda vez que ya tratamos estas fundamentaciones, nos remitimos a los apartados señalados para el análisis del por qué de las mismas se ha de derivar de una manera directa que lo que se defiende no son los derechos de los familiares supervivientes.

[781] Recogimos en el epígrafe 1.2 de este segundo capítulo, nota 63, que en ningún caso se ha de considerar el número 7 como una enumeración de números clausus sobre las intromisiones a estos derechos, ya que solamente era una enumeración orientativa de lo que en todo caso se debían considerar como tal. Sería ciertamente imposible y poco operativo intentar recoger todas las intromisiones posibles, que serían numerosísimas, y por otro lado en constante evolución casuística a enjuiciar, de la manera más adecuada posible, por la jurisprudencia.

Así pues, tras esta exposición hemos de concluir que la segunda opinión que analizábamos en aquel epígrafe 3.1.3.2 es la acertada; los familiares defienden los derechos de los fallecidos. Eran significativos en su número los autores que seguían dicha posición[782], aunque ya reflejamos que algunos lo hacen desde una posición equivocada, la de que la muerte de la persona extingue los derechos de la personalidad, con lo que se produce una evidente contradicción[783].

Así pues, esta postura, la de que el papel de los familiares es el de la defensa de los derechos de la personalidad del fallecido, sólo se puede defender desde la opinión de que los derechos de la personalidad subsisten tras el fallecimiento de su titular, posición que defendemos aquí y sobre la que estamos exponiendo nuestros argumentos, y que ya expusimos que es la que mayoritariamente ha defendido la jurisprudencia española[784]. Al final del presente epígrafe analizaremos cómo subsisten estos derechos, es decir, cómo es su naturaleza jurídica tras esa pervivencia post-mortem.

6.6.- Perspectiva global de la regulación de la LO. 1/82.

Hasta ahora hemos visto por separado cada uno de los aspectos de la regulación de la LO. 1/82 que nos hacen decantarnos por la opinión de que los derechos de la personalidad siguen existiendo, pero hemos estudiado cada uno de ellos desde una perspectiva parcial[785]. En el presente apartado queremos analizar la

---

[782] Como; GITRAMA, ob. cit. nota 178, pág. 239; ESPÍN, ob. cit. nota 162, pág. 122 y ss.; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 107, págs. 72 y ss.; CREVILLÉN, ob. cit. nota 117, págs. 54 y 55; o a CABEZUELO, ob. cit. nota 213, págs. 378 y ss; GITRAMA, ob. cit. nota 101, pág. 337; ESTRADA ALONSO, ob. cit. nota 178, pág. 98; o LACRUZ, ob. cit. nota 201, pág. 100.

[783] Que ya dejamos reflejada, y que se centra en que en un primer momento se afirma que la muerte extingue los derechos de la personalidad de las personas, para después defender que los familiares defienden el derecho de la personalidad del finado, que según esta teoría ya habría desaparecido. Si este derecho hubiese desaparecido, ya no existe un ámbito jurídico digno de protección, nada habría que proteger, con lo que esta opinión (la de que los familiares defienden los derechos del fallecido) sólo se puede defender desde nuestra posición personal; los derechos no desaparecen tras la muerte de su titular.

[784] Toda esa jurisprudencia que es del TC. de 1990, 1991, 1993, o 1996, y del TS. de 1984, 1988, 1989, 1990, 1993 o 1998, fue estudiada analizando todos sus fundamentos jurídicos durante el epígrafe 5.1.2, y a ese estudio nos remitimos.

[785] Los distintos aspectos de la trascendental importancia de la voluntad y de los actos propios del fallecido, del significado de la legitimación de la persona jurídica, y del papel de los familiares legitimados han sido tratados de una manera muy concreta, como departamentos estancos, sin sistematizar la relación que se producía entre ellos, toda vez que lo que buscábamos era establecer de

regulación desde un punto de vista global, resaltando sus distintos aspectos y sus contradicciones más importantes, para sacar de ello la conclusión correspondiente respecto a la existencia o no de los derechos de la personalidad post-mortem.

El primer aspecto que analizamos ahora es la remisión que recoge la propia Ley en su Disposición Transitoria Segunda a que los derechos protegidos en la misma (todos) tienen acceso al recurso de amparo. Expusimos con bastante extensión qué significa para nosotros esta prevención en relación al resto de la regulación, y se centra en que si analizamos globalmente toda la LO., hemos de concluir que de la misma se deriva que los derechos de la personalidad existen tras la muerte de su titular *como derechos fundamentales* (al igual que en el caso de los derechos en los que su titular está vivo), y que son estos mismos derechos post-mortem los que tienen acceso al Tribunal Constitucional[786]. Si estos es así, es claro que los derechos perviven, y que lo que habrá que considerar a partir de ahí será cómo lo hacen, con qué contenido y naturaleza jurídica.

El segundo aspecto de la regulación que queríamos estudiar desde esta perspectiva global es el relacionado con la contradicción que en ella se da entre lo contenido en la Exposición de Motivos y lo regulado en su texto. La contradicción[787] se basa en que mientras que en la Exposición de Motivos se dice que la muerte extingue los derechos, el texto del articulado de toda la regulación dice una y otra vez que lo que se protege son los derechos del fallecido[788].

---

qué manera cada uno de estos extremos de la regulación influía en la opinión de que los derechos que se defienden son los del fallecido, y que por ello perviven tras la muerte.

[786] Para un desarrollo más exhaustivo de esta idea (ya anunciamos que en este epígrafe queremos refundir sistematizadamente todas las conclusiones a las que hemos ido llegando poco a poco durante toda la tesis doctoral), nos remitimos al epígrafe 3.1.2.3, en el que reflejábamos que según el artículo 1 de la regulación, todos los derechos protegidos en la misma se consideraban como fundamentales, incluida también la protección que se le otorgaba a los derechos tras el fallecimiento de su titular a tenor de los artículos 4 a 6. Tras este articulado, y a raíz de la Disposición Transitoria Segunda, también los derechos que existen tras el fallecimiento se protegen como derechos fundamentales (son derechos de la personalidad), a través del recurso de amparo del TC., como de hecho ha admitido la jurisprudencia de nuestro intérprete constitucional en las resoluciones posteriores a la STC. 231/88, como vimos en el epígrafe 5.1.2.1.

[787] Sobre la misma ya realizamos un extenso estudio en el epígrafe 1.2 del presente capítulo, y desarrollamos en qué momentos de la regulación aparece con mayor virulencia, qué podía suponer en un principio, y cómo interpretarla. Por ello aquí, respecto a su existencia, únicamente la dejaremos citada, y nos centraremos en el tratamiento de las consecuencias que de la misma hemos de obtener en orden a la pervivencia o no de los derechos de la personalidad post-mortem.

[788] Expresiones que recogeremos textualmente con la intención de tener este hecho al menos presente cuando tratamos las consecuencias del mismo (su estudio pormenorizado de estas expresiones, ya comentamos se llevó a cabo en el epígrafe 1.2, y a él nos remitimos). El artículo 4.1

Si la Ley quería seguir la línea de la Exposición de Motivos señalando que con la muerte los derechos de la personalidad se han extinguido, podría haberlo hecho mediante dos caminos. El primero, el más clarificador al respecto, sería el de emplear, en todos los momentos en los que habla que se protegen; «Los derechos del fallecido» (que como hemos visto son muchos), otra expresión, en la que se expusiese claramente que los derechos que se defienden son aquellos que existieron mientras el sujeto estaba en vida y que según esta postura ya habrán desaparecido por su muerte. Así, por ejemplo, se podría haber señalado que pueden reaccionar los familiares cuando se produjese un ataque contra; «los derechos que tuvo el fallecido en vida», o contra; «los extinguidos derechos de la personalidad del finado», o cualquier otra expresión que siguiese esa línea, lo que no hizo el legislador[789].

Otra manera de seguir la línea iniciada en la Exposición de Motivos, aunque menos clarificadora, sería modificar cada expresión que habla del «honor, la imagen y la intimidad del fallecido», o la que habla de «los derechos del fallecido», por la expresión; «memoria». Así, se señalaría que «el ejercicio para la protección de la memoria de una persona corresponde a...», o que se ejercerán «las acciones previstas para la protección de la memoria». Decimos que esta postura sería menos clara porque el concepto de memoria, como ya señalamos[790], es un concepto indefinido en la regulación, e incluso es difícil considerar que del mismo existe una definición aceptada pacíficamente en todo nuestro sistema jurídico. Pero con ello, al menos, a pesar de esta falta de concreción, sí sabríamos que el legislador habría optado por

---

comienza señalando qué; «El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen ***de una persona fallecida***», y sigue en su apartado 2, cuando nos dice que están legitimados para actuar los familiares; «de la ***persona afectada***». El artículo 5.1 nos señala que si son varios los legitimados, cualquiera de ellos podrá actuar para; «la protección de ***los derechos del fallecido***». Por último, hablando ya directamente de quién es el titular del derecho que se protege, el artículo 6, en su apartado 1 señala que: «Cuando ***el titular del derecho lesionado fallezca***», y en el 2 que se podrá; «***continuar la acción ya entablada*** por ***el titular del derecho lesionado cuando falleciere***». Como observamos no hace falta insistir, tras analizar la redacción de la Ley, en que la misma, en cuanto a su articulado, siempre se refiere, sin ningún tipo de dudas, a los derechos del fallecido.

[789] Señalamos en el epígrafe 3.1.3.2, en su nota 298, que ya el profesor GITRAMA, ob. cit. nota 178, pág. 239, nos señalaba que cuando la regulación habla de «ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido», no quiere decir realmente tal cosa. Textualmente nos señala en su estudio que; «Observemos la donosa expresión "derechos del fallecido", que debe entenderse como derechos que corresponderían al fallecido si viviera». Estimamos que no es nuestra misión modificar el articulado de la regulación, y donde dice una cosa, debemos entender que esa cosa es la que se ha de considerar con valor normativo y es la que nosotros consideraremos en el presente estudio como vigente.

[790] Vid. epígrafe 4.2.1.1.

considerar que lo que se protege no son exactamente los mismos derechos que haría el fallecido en vida[791].

Pero la redacción de la regulación es meridianamente clara. Lejos de haber optado por alguna de estas opciones, la misma habla de que lo que se protegen son los derechos del fallecido, (sobre eso no hay ninguna duda)[792]. Ante la contradicción que se da entre estas expresiones del texto de la Ley y las de la Exposición de Motivos que habla de la extinción de los derechos[793], hemos de tener en cuenta que el valor normativo de nuestras Leyes lo tiene solamente su texto, su articulado, y que las Exposiciones de Motivos tienen únicamente un valor secundario, interpretativo o explicativo, pero nunca regulador[794].

Así pues, toda vez que en esta regulación se produce una clara contradicción entre la Exposición de Motivos (que dice que los derechos han desaparecido), y el texto de la Ley (que señala que los derechos siguen existiendo –a través de la admisión de que lo que se protegen son esos mismos derechos-), para analizar cuál es la situación de los derechos de la personalidad post-mortem en nuestro sistema jurídico en la actualidad hemos de estar a lo determinado por el texto de la regulación, que es el que tiene valor normativo.

---

[791] Si se dijese en el articulado que lo que se protege es la memoria, estaríamos ante una situación nada concreta, porque ya señalamos en el citado epígrafe que de la regulación no sabemos si ese concepto es más, menos, diferente o igual que los derechos de la personalidad que existen en vida de su titular. Pero esta es la situación ante la que ya nos encontramos en la actualidad, y aunque se seguiría en la duda, y todo dependería de las interpretaciones, sabríamos que el legislador quiso señalar que no estamos exactamente ante lo mismo que existía en vida, los derechos de la personalidad, y sería el momento de centrar el debate de qué significado tiene el concepto de *memoria*, pero lo que realmente ocurrió es que la regulación habla textualmente de que lo que se protege son «los derechos del fallecido», y a eso nos tenemos que someter nosotros.

[792] De ahí derivamos, tal y como hemos repetido en numerosas ocasiones, que los derechos existen, porque si no existiesen no habría motivación jurídica alguna para protegerlos.

[793] Contradicción que también encontramos en alguna parte de la doctrina, que hablan de que la muerte extingue los derechos y a la misma vez de que lo que se protegen son esos mismos derechos. Precisamente cuando tratamos las posturas doctrinales que se postulaban a favor de la extinción post-mortem de estos derechos, recogimos algunos autores que calificábamos como contradictorios (epígrafe 3.1.1.5), por la circunstancia que hemos comentado. A ese epígrafe nos remitimos para un estudio detallado de la forma en la que se dan estas contradicciones.

[794] La Exposición de Motivos puede sernos muy útil para analizar la génesis de las regulaciones, estudiar el contexto en el que nació, cuál fue el motivo que impulsó al legislador a regular determinada materia o cuál es su relación con otras disposiciones. Pero las Exposiciones de Motivos no son en ningún caso la Ley, y no tienen valor normativo concreto, que sólo tiene el articulado de las mismas y las disposiciones derogatorias, transitorias o finales de los propios textos.

Por todos los aspectos señalados hasta ahora, tanto concreta como globalmente, creemos de la LO. 1/82 de 5 de mayo hemos de entender que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras el fallecimiento de su titular[795]. A continuación seguiremos analizando esta opinión conjugándola con otros aspectos. El primero será el de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, que ha sido siempre uno de los aspectos más conflictivos para la doctrina a la hora de admitir la existencia post-mortem de estos derechos.

6.7.- Relación de la protección con la Naturaleza Jurídica de cada uno de los derechos de la personalidad.

En la doctrina española ha existido una reticencia histórica a aceptar que los derechos de la personalidad subsisten a la muerte basada principalmente en la naturaleza jurídica de éstos[796]. Sin embargo esos caracteres han ido evolucionando en los últimos tiempos[797]. Nosotros hemos opinado que en la actualidad se ha de considerar que los derechos son inherentes sólo en potencia; que no son del todo extrapatrimoniales, puesto que alguno de ellos conlleva un componente patrimonial innegable; que siguen siendo irrenunciables pero en absoluto indisponibles, ya que existe una disponibilidad parcial de los mismos a través del consentimiento que la Ley establece[798]; y por último, también hablamos de la intransmisibilidad o no de los mismos y sus distintos aspectos, cuestiones muy interesantes de estudiar[799].

---

[795] Lo que, tal como vimos en el primer apartado de este epígrafe, se conjuga perfectamente con los principios constitucionales de dignidad de la persona, respeto al libre desarrollo de la personalidad y con la consideración de los derechos de la personalidad como derechos fundamentales, a tenor del *artículo 18 de nuestra Carta Magna*. Por otro lado, en el apartado 10 recordaremos algo que hemos visto durante todo el epígrafe 5.1.2, y es que en nuestra jurisprudencia se ha optado masivamente por esta opción, y se ha aceptado la protección, y con ello la existencia, de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular.

[796] De hecho, cuando en el epígrafe 3.1.1 estudiamos las posturas doctrinales que en el derecho español opinan que la muerte extingue los derechos, las dos primeras fundamentaciones en las que sistematizamos a estos autores se centraban en los caracteres de los derechos de la personalidad; la primera era que los derechos desaparecen por su propia naturaleza jurídica y la segunda que desaparecen por ser derechos personalísimos. Además, se ha de hacer notar que en estos dos apartados se sitúan gran parte de los autores que opinan que los derechos de la personalidad se extinguen tras la muerte de su titular.

[797] Ya señalamos todos los aspectos de esta evolución en el epígrafe 5 de la parte preliminar (y a ella nos remitimos), por lo que aquí dejaremos sólo indicada nuestra opinión en relación a la evolución de alguno de ellos, los que más pueden afectar a su situación post-mortem.

Pero al análisis concreto de qué sucede con cada uno de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular dedicamos todo el capítulo primero de esta segunda parte. Del mismo sacamos interesantes conclusiones que obtuvimos de la situación post-mortem de los derechos que se ha de derivar del concepto que de los mismos existe en nuestro derecho[800].

En un principio analizamos que todos los derechos tienen su aspecto social, trascendente, relacionado con los terceros. Así, el derecho al honor tiene dos aspectos: el inmanente, centrado en el disfrute personal del mismo, y el trascendente, el de la reputación social de los demás hacia la persona. Para nosotros ambos están muy relacionados, y si no se respeta el segundo, mal se puede disfrutar del primero[801]. Respecto a los derechos a la intimidad y a la propia imagen, observamos que en ambos tiene la principal importancia la relación del sujeto con los terceros, con la sociedad, por lo que es trascendental el aspecto social de los mismos, ya que ambos se plasman en la prohibición de que los terceros conozcan un ámbito vital reservado o usen la imagen de una persona, y a través de esta protección del aspecto social de los derechos se consigue el verdadero disfrute personal de los mismos[802].

---

[798] Aunque el consentimiento sea revocable, después de esta revocación, el sujeto debería indemnizar a quien concedió dicho consentimiento, lo que indica que sí que ha dispuesto de ciertos aspectos de su derecho de la personalidad.

[799] No incidimos mucho más en ella, aunque en el momento actual de nuestro estudio este aspecto es ciertamente interesante, y lo hacemos precisamente porque justo en la siguiente sección (gracias al interés de este tema) analizaremos todos los aspectos sucesorios que los derechos tienen, si se transmiten o no, qué es lo que se transmite (el derecho o la protección del mismo), y por último, la posibilidad que la ley parece dejar abierta, la del ejercicio de facultades dispositivas (no sólo protectoras) de los derechos de la personalidad de un fallecido por parte de las personas legitimadas para su defensa.

[800] En este epígrafe, evidentemente, sólo citaremos las principales conclusiones de ese estudio, dando por desarrollada, y remitiéndonos a ella ahora, toda la explicación de la fundamentación de las mismas.

[801] Evidentemente cualquiera puede ser una persona de grandes y fuertes convicciones personales y morales, y disfrutar de una manera personal del aspecto inmanente de su derecho al honor, de su actuar sin tacha moral independientemente de lo que digan los demás, y de cuál es la consideración social que los demás tienen de él. Pero no es menos cierto que si se respetase el aspecto trascendente, si en sociedad se reconociese esa actitud sin tacha, se podría disfrutar más plenamente del aspecto inmanente. Por otro lado, habrá casos en los que si no se respeta el aspecto social de nada sirve el personal, y la persona va a sentirse gravemente dañada en su derecho. Hoy en día se puede afirmar claramente que ésta es la norma, y el caso señalado en primer lugar, la excepción.

[802] Recordamos que si bien el derecho al nombre es diferente del de la imagen, queda ligado a éste de manera absoluta en orden a su protección, y la misma se desarrolla de la misma manera que la de éste, por lo que ya queda explicada la importancia del aspecto trascendente en el derecho al nombre, la misma que la del derecho a la imagen. Por otro lado, el derecho al título nobiliario (si es un derecho

Por último, respecto a los dos últimos derechos de la personalidad a los que les prestamos más atención, está bastante aceptado en la doctrina que el derecho moral de autor pervive tras su muerte, plasmado en la protección de la obra por parte de los legitimados por la persona fallecida tras su óbito, por lo tanto, centrada también en un aspecto social de prohibición de los terceros de dañar el derecho, y de utilizarlo sin consentimiento[803]. Por último, respecto al aspecto corporal de la persona, el derecho a la disposición del cadáver, que es una derivación post-mortem del derecho a la integridad física y dentro de él a la disposición corporal en vida, desarrollamos la idea de que el mismo también se centra en que los terceros respeten la voluntad del fallecido de darle determinado destino a sus restos[804].

Así pues, en la mayoría de los derechos su existencia en nuestro sistema jurídico se basa en un aspecto social de respeto de los terceros de la existencia del mismo, y de que sólo se pueda utilizar en la manera en la que expresamente determinen sus titulares. Incluso en un derecho como el honor, que se compone de los dos aspectos, señalamos que en la actualidad, en la sociedad en la que vivimos, el aspecto social es el que prevalece de manera muy determinante frente al inmanente[805].

Esta realidad de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad en la actualidad está muy directamente relacionada con la pervivencia de los derechos que se deriva de la LO. 1/82. Es evidente que tras la muerte la persona fallecida no puede disfrutar más del aspecto inmanente del derecho, toda vez que el mismo se basa en el disfrute *personal* del sujeto titular del derecho, y éste ha fallecido.

---

como tal, lo que ya analizamos en el epígrafe 3.5 del primer capítulo de esta segunda parte), también está íntimamente ligado al derecho al nombre, por lo que su aspecto social tiene el mismo tratamiento.

[803] La gran admisión legal, doctrinal y jurisprudencial de la existencia post-mortem de este derecho en nuestro sistema jurídico provocó que fuese el derecho del aspecto espiritual de la persona que más tratamos, lo que hicimos con gran detenimiento, y allí ya desarrollamos esta idea de que el derecho moral de autor sigue existiendo tras la muerte de su titular centrado en su aspecto social.

[804] Sólo se respeta ese derecho si los terceros cumplen la voluntad del fallecido.

[805] Este aspecto es importantísimo a la hora de considerar la posibilidad de que la naturaleza jurídica de los derechos les permita subsistir tras la muerte. Sobre esta importancia del aspecto social en el derecho al honor se puede consultar el epígrafe 3.1 del primer capítulo, pero al respecto, aquí recogemos la interesante opinión de; MALUQUER DE MOTES, ob. cit. nota 178, pág. 37; «El honor significa la dignidad personal que se tiene por la consideración que los terceros transmiten. Ello pone de relieve *la enorme carga social que el concepto conlleva* y la necesidad de estar inmerso en el ámbito social para que pueda manifestarse esta consideración externa que los demás tienen de una persona. *Supone una nota de estima por parte de la sociedad y en la sociedad, lo que determina que pueda considerarse como un bien típicamente social*».

Pero si nos preguntamos qué ocurre con el aspecto social, la consideración que los demás tienen de la persona y la obligación a que los derechos a la intimidad y a la imagen se protejan (o se ejerzan) o no como éste quería, el derecho sigue vigente plenamente cuando el sujeto ha fallecido[806], y es este aspecto social de los derechos de la personalidad el que se protege a través de la regulación y de la jurisprudencia.

Hemos de analizar con detenimiento el aspecto social de los derechos de la personalidad post-mortem. Para nosotros el aspecto social del derecho (que según lo que hemos explicado justo con anterioridad se puede considerar casi lo mismo que el derecho en sí[807]) que persiste es el mismo que tenía el fallecido en vida, incluso más reforzado y con mayor necesidad de defensa, ya que a los muertos se les ha de tener mayor respeto aún, motivado por su imposibilidad de defender de manera personal las ofensas que sufran, por lo que sus derechos quedan en cierta manera más desprotegidos. Así pues, tras el fallecimiento, en relación a la naturaleza jurídica de los derechos, sigue existiendo este aspecto social de los derechos de la personalidad, que es el que se protege, perfectamente compatible con dicha naturaleza jurídica y con los caracteres de los derechos.

6.8.- El concepto de memoria.

Ya señalamos que, tras la publicación de la L.O. 1/82, había un concepto jurídico que, respecto a la situación de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, había adquirido gran trascendencia, y éste es el de la memoria[808], por lo que lo debemos conectar con esta explicación que hasta ahora hemos desarrollado.

---

[806] También podemos destacar al respecto la opinión del profesor LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. nota 517, págs. 613 y 614, que sigue esta misma idea cuando nos señala que; «*La vida social*, por ser eminentemente histórica, *comporta continuidad* (...). Por lo que **el derecho al buen nombre del fallecido persiste** y es compartido por el cónyuge, los descendientes y los familiares».

[807] Decimos esto porque ya hemos explicado antes que respecto a los derechos a la intimidad y a la imagen (del que depende el nombre), su aspecto básico de protección es el social, impedir que los terceros dañen o usen sin consentimiento del titular ese derecho, y a través de él es a través del que el mismo se disfruta por el sujeto. Y en el derecho al honor, en la actualidad, el aspecto social tiene una mucho mayor trascendencia que el personal, convirtiéndose así, en el fundamental del derecho. Por todo lo referido, podemos considerar que este aspecto social se podría considerar casi como sinónimo *del propio derecho, o al menos como el aspecto principal del mismo.*

[808] En aquel epígrafe, el 4.2.1, explicamos todos los aspectos trascendentales que afectan al concepto, como su mención en la Exposición de Motivos como elemento esencial sin el cual no se concebiría la protección post-mortem de los derechos, ya que los mismos se protegen porque se ha de

En aquel epígrafe desarrollamos un concepto propio de memoria, relacionado con la regulación actual y las concepciones doctrinales y jurisprudenciales de los derechos de la personalidad post-mortem. El mismo es el de; «El recuerdo de la personalidad de alguien fallecido, que queda para la posterioridad en la conciencia social de los que le sobreviven materializado en el aspecto social de los derechos del honor y de la concepción ideal de imagen (íntimamente relacionados con la protección de sus derechos a la imagen, a la intimidad, al nombre y el derecho moral de autor de la persona una vez fallecida)»[809].

Esta relación de la memoria con los aspectos sociales de los derechos de la personalidad[810] entronca directamente con lo desarrollado hasta ahora en esta fundamentación de nuestra postura personal, los derechos de la personalidad perviven a la muerte de su titular, centrados en su aspecto social. Éste es un concepto de memoria personalista, relacionado con el aspecto social de los derechos al honor, a la intimidad, a la imagen y al nombre, así como con el respeto del derecho de autor y del de la esfera corporal de la persona[811].

Para nosotros este concepto de memoria confirma la idea de continuación jurídica de cada uno de los derechos de la personalidad post-mortem, en su aspecto social[812]. Todos los derechos siguen teniendo una existencia post-mortem propia,

---

proteger esta memoria; o como que de la misma sólo se dice que es «la continuación de la personalidad», lo que no es explicar mucho, porque de ahí no se deriva si es lo mismo, diferente o la relación que existe entre un concepto y el otro. En aquellos epígrafes desarrollamos un concepto de memoria intentando paliar la falta de definición, relacionándolo con la regulación y con la situación de los derechos de la personalidad post-mortem, que aquí volvemos a citar.

[809] El camino a través del cual llegamos a este concepto fue bastante sencillo. Partiendo de una concepción inicial de memoria como el recuerdo que tenemos de las personas que se han ido (concepto que obtenemos del Diccionario de la Real Academia de la Lengua), jurídicamente este recuerdo se centra en el de la fama o buen nombre que cada uno dejó en la sociedad mientras vivió en ella, y que tras su muerte, inexorablemente, sigue existiendo. Esta idea del buen nombre o fama lo defiende la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia española y comparada. Este buen recuerdo se conectaba directamente con la concepción social del honor, o con una concepción "ideal" de la imagen de una persona (no con el concepto jurídico de derecho a la imagen, sino con su concepción ideal). También señalamos que para este respeto del aspecto social del honor es fundamental que se consideren subsistentes, y a sí mismo se respeten, el derecho a la imagen, a la intimidad, al nombre y al derecho moral de autor del fallecido.

[810] Lo que también observamos, por ejemplo, respecto al honor, en la STS. de 24-6-90 (RJ. 1994\5326), en su FJ. 2º (ver epígrafe 4.2.1.2, nota 450).

[811] Porque si no se respeta la voluntad del fallecido en orden a la manera en la cual se ha de producir el ejercicio de estos derechos, incluidos estos dos últimos, además de dañar directamente el derecho concreto que no se respete, se está produciendo una evidente degradación de la memoria del fallecido, de su personalidad post-mortem.

derivada, y centrada en la diferencia que cada uno conserva con los demás en sus respectivas naturalezas jurídicas[813]. Cada uno de los derechos es distinto de los otros durante la vida de su titular, y lo mismo pasa tras la muerte. Cada uno de los derechos sigue existiendo tras ella en su aspecto trascendente o social.

Pero junto con la existencia post-mortem de cada derecho, existe una idea, un concepto, el de memoria, que a la vez engloba a todos los derechos de la personalidad post-mortem de la manera de la que nuestra definición anterior desarrolló. La memoria es tras la muerte lo mismo que la idea de derechos de la personalidad en general durante la vida de su titular; en su interior recoge la concepción de todos los derechos considerados de una manera global sin que por ello deje de existir la sustantividad y existencia de cada uno de ellos por separado.

Por último, queremos recordar que ya recogimos en este estudio que el concepto memoria como tal, y como "sinónimo" post-mortem de los derechos de la personalidad en vida, tiene tanta trascendencia como este último, y se ha considerado como un concepto con valor de derecho fundamental, lo que no se puede dejar de hacer notar en relación a la protección post-mortem de los derechos[814].

6.9.- Artículo 32 del Código Civil y su relación con el aspecto social de los derechos de la personalidad.

Hemos de analizar cuál es la forma más adecuada de compaginar nuestra opinión con la redacción del artículo 32 del Código Civil; «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», que, como hemos comentado en alguna ocasión, siempre ha servido para fundamentar que los derechos de la personalidad desaparecen tras el fallecimiento de su titular[815].

---

[812] Sobre este concepto de continuación jurídica, ya expusimos algo en el epígrafe señalado, el 4.2.1.2.

[813] Diferencias que la LO. 1/82 no reflejó, pero que nosotros dejamos indicadas durante todo el primer capítulo de esta segunda parte y en el epígrafe 6.7 anterior.

[814] De hecho, y esto lo comentamos ya en el epígrafe 4.2.1.2, incluso la STC. 190/96 le dio prácticamente rango de derecho fundamental, al señalar en su FJ. 2° que; «la memoria de una persona fallecida puede limitar el derecho a la comunicación de información veraz» (ya comentamos en aquel momento el por qué de que nosotros saquemos esta conclusión de dicha afirmación; por sólo un derecho fundamental puede limitar otro derecho fundamental). También parte de la doctrina, como ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 238, o AZURMENDI, ob. cit. nota 155, pág. 172, le dan a la misma una autonomía, y un valor en sí misma, una concepción jurídica independiente.

En cuanto a nuestro tema de estudio, este artículo se debe analizar en relación a la situación post-mortem de la personalidad, para lo que no fue pensado en el momento de su elaboración. Así pues, debemos llevar a cabo, según nuestro parecer, una reinterpretación del mismo[816].

Creemos que el artículo se ha de analizar en directa conexión con los principios constitucionales citados y con la concepción de los derechos de la personalidad que existe en nuestro derecho hoy en día. Como hemos analizado, esta consideración se basa más en el aspecto social de los derechos que en el personal. Centrados en su situación post-mortem, en la misma este aspecto social se ha de considerar subsistente y, por ello, respetar y proteger con toda la intensidad, ya que sin esa protección se vulnerarían los principios constitucionales de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad que recoge el artículo 10 de nuestra Carta Magna[817]. Así pues, la personalidad que según el artículo 32 del Código Civil se extingue, «personalidad civil», se ha de considerar más relacionada con la capacidad jurídica de actuar de la persona, que es lo que desaparece con su muerte, que a los derechos de la personalidad de la misma, que han de seguir existiendo tras el óbito[818].

---

[815] Ya dejamos indicado en el epígrafe 3.1.1.3 que alguna parte de la doctrina, entre la que citamos a; BERCOVITZ, R. y RODRÍGUEZ CANO, ob. cit. nota 166, pág. 168; CREVILLÉN, ob. cit. nota 117, págs. 54 y ss; BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 170, págs. 51 y 52, centra básica (y casi únicamente) su fundamentación para explicar que los derechos de la personalidad desaparecen tras el fallecimiento de su titular en la textualidad del contenido de este artículo. Así pues, para asentar nuestra opinión contraria, la de que la muerte no ha extinguido estos derechos, y que los mismos siguen existiendo tras ella, debemos analizar cómo se conjuga la misma con la redacción de este artículo.

[816] Esta reinterpretación del artículo del Código Civil es absolutamente necesaria, si no queremos caer en el craso error de analizar un artículo del Código Civil cuyo texto surge en la primera redacción del mismo, de 1889 (y que sólo ha sufrido un cambio que no afecta al contenido actual, que fue el de la derogación de su párrafo 2° por parte de la Ley 13/83 de 24 de octubre) en relación a una regulación, la de la LO. 1/82, cuyo contexto jurídico constitucional y cuya finalidad protectora de la dignidad nada tienen que ver con él. El contenido del artículo del Código Civil se basa en la concepción decimonónica de que la persona únicamente tiene una "personalidad civil", y el contenido de la LO. 1/82, y en concreto de sus artículos 4 a 6, se fundamenta en una concepción de los derechos de la personalidad como derechos fundamentales, con un valor reforzado por su inclusión en la Carta Magna y que se ha de interpretar según los principios constitucionales de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, más allá de esa personalidad exclusivamente civil. Es evidente que se ha de proceder a la reinterpretación del artículo 32 del Código Civil que lo sitúe en consonancia con estos principios asentados en nuestro sistema jurídico por la Constitución de 1978.

[817] Toda la concepción social de los derechos de la personalidad ha sido convenientemente estudiada en estos epígrafes, y la importancia de los principios constitucionales en relación a la personalidad, en concreto en el 6.1.

En relación a estos principios, consideramos muy acertadas las palabras de ALEGRE MARTÍNEZ[819], que analizan directamente la situación del artículo 32 del Código Civil en nuestro sistema jurídico actual, y nos dice que; «En páginas anteriores y en algún otro trabajo, hemos expresado ya nuestro parecer sobre el concepto de "persona" que utiliza el Código Civil, y sobre el hecho de que el Tribunal Constitucional lo utilice como punto de referencia. A la vista del artículo 10.1, en el que se proclama como "fundamento del orden jurídico y de la paz social" la dignidad de la persona, sus derechos inviolables, y el libre desarrollo de la personalidad, no creemos jurídicamente posible seguir considerando vigente el Capitulo Primero del Título II del Código Civil, según el cual la personalidad es determinada por el nacimiento y se extingue por la muerte de la persona. Este concepto arcaico y desfasado de "persona" que ofrece el Código Civil, fue diseñado fundamentalmente para regular la seguridad del tráfico jurídico, pero, por las razones expuestas, debe considerarse no sólo superado, sino derogado en virtud del punto tercero de la Disposición derogatoria de nuestra Norma básica»[820].

Con esta línea de pensamiento la redacción actual del artículo 32 del Código Civil sería compatible con la idea de pervivencia post-mortem de los derechos de la personalidad que defendemos en el presente estudio.

6.10.- Defensa y protección jurisdiccional de los derechos.

Tras analizar todos los aspectos teóricos de la regulación de los derechos de la personalidad tras la muerte, uno de los últimos aspectos que hemos de tratar, para nosotros el definitivo, será el de cuál es la situación práctica en la que están los mismos. Partimos de la idea básica de que las intromisiones a estos derechos no se

[818] Para nosotros éste es, a grandes rasgos, el sentido que se le ha de dar a esta reinterpretación del artículo 32 del Código Civil, que se debe releer y analizar desde esta perspectiva, si no queremos que se quede desfasado en relación a la Constitución Española y a la naturaleza jurídica actual de los derechos de la personalidad.

[819] Cfr. ALEGRE MARTÍNEZ, ob. cit. nota 119, págs. 101 a 102.

[820] El autor también cita otros estudios (uno suyo y otro no) que se sitúan en la misma órbita, de considerar necesaria una reinterpretación del artículo 32 del Código Civil; ALEGRE MARTÍNEZ, M., *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996, págs. 49 y 92; y a MARTÍNEZ PUJALTE, A., *Hacia un concepto constitucional de persona*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol, nº 11-12, Valencia, 1995, pág. 152.

deben admitir[821], pero hemos de ir más allá, sistematizando esta postura personal con la realidad de qué es lo que hoy en día se defiende, se protege, en nuestros tribunales, tras la promulgación de la LO. 1/82[822].

Como ya pudimos observar en los epígrafes correspondientes, de la inmensa mayoría de las 21 resoluciones que en nuestro derecho resuelven posibles intromisiones en los derechos de la personalidad de un fallecido podemos obtener la conclusión de que éstos existen[823]. Sólo una resolución del Tribunal Constitucional y dos del Tribunal Supremo (y alguna de estas no de manera muy decidida) defienden que los derechos desaparecen, mientras que de seis del único intérprete constitucional y de doce del Alto Tribunal Civil desprendemos de una o de otra manera que los derechos siguen existiendo tras la muerte.

De estas últimas, unas resoluciones dicen directamente que a través de la forma en la que se ha llevado a cabo alguna publicación se han vulnerado derechos de la personalidad de un fallecido[824]. Otras defienden que si no se ha producido esa

---

[821] Postura previa que nosotros analizamos y defendimos en el epígrafe 2º de este capítulo, antes de estudiar cuáles eran las distintas posiciones de fondo que existían en nuestro sistema jurídico.

[822] Para nosotros éste es un aspecto clave de la situación de los derechos. Del estudio de los aspectos teóricos, como son los principios constitucionales vigentes, la regulación de la LO. 1/82 y su relación con el Código Civil, o la naturaleza jurídica de los derechos, hemos obtenido la conclusión de que los derechos de la personalidad no desaparecen tras la muerte de su titular. Del análisis de lo que realmente se defiende hoy en día en la práctica forense de nuestros Altos Tribunales hemos de obtener la confirmación o la refutación de esta primera opinión. Como no podía ser menos, hemos de tener muy presente, en el desarrollo de este apartado, todo lo previamente expuesto en los epígrafes 3.1.2 y 5.1.2, en los que ya llevamos a cabo el detallado estudio de toda la jurisprudencia española existente sobre el tema, resolución por resolución, en el que adelantamos nuestra opinión sobre qué es lo que se defiende en ella, opinión que enlazaremos con todo lo contenido en el presente epígrafe.

[823] Un muy detallado estudio de las mismas se da en los epígrafes 3.1.2 y 5.1.2. pero en el 5.1.2.3 llevamos a cabo una recopilación a modo de conclusiones de la protección que la jurisprudencia le da a los derechos de la personalidad post-mortem, y en ella se especifican cuáles son las resoluciones de las que desprendemos que los derechos perviven, las más, y de las que se observa que los mismos perecen tras la muerte, una pequeña minoría. Para un estudio detallado de ellas –aquí simplemente las dejaremos citadas-, nos remitimos a dicho epígrafe.

[824] Ya hemos defendido en muchas ocasiones, y por ello aquí lo recogemos simplemente para dejarlo citado, que si en una resolución se estima que se han vulnerado los derechos de la personalidad de un fallecido, se ha de derivar necesariamente de ello que los mismos existen, ya que si no existiesen, en ese caso, no habría vulneración de derecho alguno. En estas resoluciones, por lo general, no encontramos estudios detallados de la naturaleza jurídica de los derechos, y de cómo se conjuga con esa existencia post-mortem, cosa lógica, ya que las mismas están destinadas a resolver los casos concretos planteados ante el Tribunal, y no a estudiar la situación "doctrinal" o de fondo de los temas, a dar una opinión general válida para todos los momentos. Es por ello por lo que hemos de desprender su posicionamiento en torno al asunto central del presente estudio del sentido de sus distintos pronunciamientos.

vulneración, ello se debe a que en la colisión que se produce entre estos derechos y las libertades de información y de opinión, prevalecen estas últimas, pero que en ningún caso ello se deba a que los derechos no existan[825].

Pero lo trascendental de esta situación jurisprudencial que aquí sólo hemos dejado indicada (ya estudiada en los epígrafes señalados) son las conclusiones que de las mismas sacamos sobre el tema objeto de nuestro estudio, ciertamente interesantes a la hora de cerrar, en cierto modo, la posición personal que hemos defendido en este epígrafe.

La primera conclusión que hemos de obtener es que los derechos no desaparecen con la muerte, ya que, como hemos indicado, si se protegen es porque siguen existiendo tras el óbito[826]. Observada ya esta conclusión, que es la principal para nosotros, hemos de avanzar en el desarrollo de estas fundamentaciones, y centrar el análisis en estudiar cuál es la naturaleza jurídica con la que se da la citada subsistencia post-mortem de los derechos.

En relación a ello, para llegar a conocer esta naturaleza jurídica, lo primero que se ha de observar es que los derechos gozan, sin duda, de amparo constitucional[827]. Esta conclusión es trascendental, toda vez que de ella se deriva cuál es la naturaleza jurídica con la que los derechos perviven, y ésta es la de derechos fundamentales[828]. Estos intereses jurídicos siguen existiendo como derechos de la

[825] Veremos en el capítulo 3° de este trabajo cuáles son los criterios que se tienen en cuenta para conocer qué derecho fundamental prevalece cuando colisionan los derechos de la personalidad y las libertades citadas. De estas resoluciones que citamos hemos de desprender que si las publicaciones no se hubiesen llevado a cabo en esas condiciones, se hubiese dañado el derecho, toda vez que el mismo existe.

[826] Ya citamos que incluso las numerosas resoluciones que estiman no lesionado el derecho parten de la previa admisión de la existencia post-mortem de los mismos.

[827] Señalamos este extremo porque de doctrina que se desprende de la STC. 231/88 es que estos derechos no tienen amparo constitucional, y sólo se pueden defender a través de la vía civil. Para el tema central de nuestro estudio es muy importante analizar si esto es así o no, y del resto de resoluciones del TC. aquí estudiadas se ha de desprender de que los derechos de la personalidad de los fallecidos gozan de protección constitucional.

[828] Como acabamos de señalar, el resto de las resoluciones del Tribunal Constitucional posteriores a la 231/88, seis más concretamente, recogen sin ninguna duda al respecto que estos derechos sí que gozan del amparo constitucional De ello sacamos la conclusión de que estamos ante derechos fundamentales, ya que si no fuese así, estos derechos podrían tener una protección civil, pero en ningún caso llegarían a tener la del recurso de amparo. También observamos que los derechos tengan este valor en el hecho de que nuestros Altos Tribunales siempre analizan qué derechos prevalecen en el conflicto entre los derechos de la personalidad de una persona fallecida y las libertades de información y de expresión, que son derechos fundamentales. Si los derechos de la personalidad no lo

personalidad de personas fallecidas, y se ven afectados por la evolución de sus caracteres que ya hemos visto[829], y no solamente desde su perspectiva civil, sin valor como derecho fundamental, como alguna jurisprudencia inicial defendía[830].

Estos derechos, además de seguir existiendo como derechos de la personalidad, tienen el mismo valor que tenían en vida del titular, y se analizan con los mismos criterios, no son realidades claramente diferenciadas, ni ven sustancialmente alterada su naturaleza jurídica. Así pues, podemos considerar que lo que prevalecen son los mismos derechos de la personalidad que el sujeto tenía en vida, que han sufrido alguna modificación (desaparece su aspecto inmanente y sigue existiendo, a veces más protegido, el social)[831].

Tras todo lo analizado hasta ahora, podemos concluir que de la jurisprudencia de nuestros más Altos Tribunales se desprende la opinión que hemos estado defendiendo durante todo este epígrafe; que los derechos de la personalidad de una persona fallecida siguen existiendo, en íntima relación con la concepción de los mismos durante su vida, en los que desaparece el aspecto personal pero pervive el social de respeto de los terceros de estos derechos del fallecido[832], teniendo la legitimación para defenderlos las personas (físicas o jurídicas) recogidas en la LO. 1/82.

---

fuesen, no existiría la necesidad de estudiar qué derechos prevalecen en el citado conflicto, toda vez que siempre serían prevalentes las libertades por tener mayor rango constitucional.

[829] Evolución analizada en el apartado 7 de este epígrafe, al que nos remitimos.

[830] En concreto, básicamente, la propia STC. 231/88. No es baladí señalar que sólo fue esta resolución la que le dio una pervivencia meramente civil a los derechos, y que después toda la jurisprudencia del TC. siguió la línea contraria, considerando estos derechos post-mortem como fundamentales, ya que tras dicha primera resolución, y a pesar de este cambio de orientación jurisprudencial, gran parte de la doctrina ha seguido fielmente la postura de la STC. 231/88 relativa a que los derechos sólo perviven con protección civil.

[831] Esto se desprende del hecho de que cuando se analiza qué son los derechos de la personalidad del fallecido se acude a la definición y conceptualización de cada uno de ellos (estudiados por nosotros en el capítulo 1° de esta segunda parte), tal y como eran en vida del titular. Se habla de la misma definición, lo que significa que son los mismos, aunque con una naturaleza jurídica algo diferenciada.

[832] Porque en todas las resoluciones de lo que se habla es de que los terceros (generalmente medios de comunicación, por la trascendencia social que tiene lo publicado por ellos) no dañen los derechos de la personalidad de los fallecidos, a través de la publicación de noticias o de comentarios sobre su persona mientras vivió. Este daño se materializa en el perjuicio que sufre el recuerdo que en sociedad se tiene de la personalidad del fallecido, lo que se conecta con la pervivencia de los aspectos sociales, trascendentes, de los derechos de la personalidad (aunque se identifique principalmente con el aspecto social del derecho al honor también requiere el respeto del resto, imagen, intimidad, nombre, autor o disposición corporal) y con el concepto de memoria que hemos propuesto en el presente estudio.

6.11.- Colisión de los derechos de la personalidad de los fallecidos con las libertades de expresión y de información.

Este aspecto, el último a tratar aquí, se deriva directamente de la jurisprudencia y aquí, por las razones que a continuación expondremos, lo dejaremos solamente indicado. Hasta ahora hemos concluido que los derechos siguen existiendo y con su aspecto de derechos fundamentales, pero no podemos finalizar este posicionamiento personal sin analizar qué ocurre con los mismos, y dentro de ello, principalmente, cómo se defienden.

Estos derechos, en su situación post-mortem, tienen una protección muy similar a la que disfrutan en vida del titular, sólo se les limita su aspecto inmanente, toda vez que el sujeto ya no está vivo para poder disfrutar, por sí mismo, del derecho. El mayor o menor respeto a los derechos de la personalidad de un fallecido estará directamente relacionado con el ejercicio de otros derechos fundamentales que tienen la misma relación con los derechos que tenían en vida de su titular, las libertades de información y de expresión[833].

Así pues, en este momento post-mortem también se da una situación de posibles conflictos de estos derechos con dichas libertades, conflictos que ya estaba previsto que se produjeran en el artículo 20.4° de nuestra Constitución, y que se resolverán con los mismos criterios que utilizan nuestros tribunales para resolver los conflictos entre ambos derechos fundamentales cuando el titular de los derechos de la personalidad está vivo, una dato más para opinar que derechos de la personalidad post-mortem y en vida son la misma cosa, en la que solamente se produce una pequeña modificación en la naturaleza jurídica, motivada por dicho fallecimiento[834].

Es por eso por lo que hemos señalado que en el presente apartado sólo dejamos indicado este aspecto. Para comprender mejor esta situación y cómo se protegen los derechos de la personalidad post-mortem, abriremos el último capítulo

[833] De aquí se puede desprender una razón más para opinar que estos derechos de la personalidad post-mortem son prácticamente lo mismo que los derechos de los que es titular el sujeto en vida.

[834] La jurisprudencia, hasta hoy en día, siempre ha resuelto los conflictos entre los derechos de la personalidad post-mortem y las libertades utilizando los mismos criterios que ha asentado numerosas veces para los casos en los que el titular está vivo. Es por ello por lo que este epígrafe no se puede cerrar en este momento. Para analizar cuáles son los criterios para resolver cuándo prevalecen los derechos de la personalidad de los fallecidos y cuándo las libertades de expresión y de información, nos remitimos a los epígrafes correspondientes del capítulo 3° de este estudio, en el que analizaremos dicha cuestión citando tanto los criterios como los momentos en los que la Jurisprudencia los ha establecido y las propias resoluciones.

de esta segunda parte del presente estudio, centrado básicamente en los aspectos procesales prácticos de la protección de estos derechos, y a él nos remitimos.

6.12.- Conclusión; Los derechos de la personalidad siguen existiendo tras la muerte de su titular sufriendo una pequeña variación en su naturaleza jurídica.

Ya adelantamos nuestra opinión en el primer apartado de este epígrafe, con la intención de poder comprender la explicación que durante todo el desarrollo del mismo hemos llevado a cabo, pero no podemos por menos que recapitular esta conclusión, tras llevar a cabo la exposición de las distintas fundamentaciones de la misma, conclusión que obtenemos del concepto global de todo el presente trabajo.

Para nosotros (a raíz de la regulación de la LO. 1/82, de su relación con la Constitución de 1978 y con la naturaleza jurídica actual de los derechos y, sobre todo, de la realidad jurisprudencial de la protección que en nuestros días se les da a los mismos) los derechos de la personalidad siguen existiendo tras la muerte de su titular, sufriendo una pequeña variación en su naturaleza jurídica, toda vez que tras la muerte desaparece el *aspecto inmanente de los mismos* (el *sujeto ya fallecido no* puede disfrutar personalmente de los derechos), pero sigue vigente, y a veces con más intensidad que en vida de su titular[835], el aspecto social. Gracias a la citada vigencia de este aspecto social de los derechos de la personalidad post-mortem, los mismos han de gozar de una protección absoluta del ordenamiento jurídico tras el fallecimiento de su titular, siendo los legitimados para ello los sujetos determinados en la citada LO. 1/82.

De esta conclusión quedan ciertos aspectos concretos que faltan por analizar con detenimiento, toda vez que los mismos serán estudiados a continuación. El primero de ellos son las consideraciones sucesorias que afectan a estos derechos,

[835] Esto, que a simple vista puede parecer una contradicción (si los derechos existentes son una derivación de los que tenía el titular en vida, parece extraño que gocen de mayor protección en su aspecto social), si lo analizamos con detenimiento ha de parecer normal. Publicaciones efectuadas sobre aspectos actuales de la vida de personas vivas pueden parecer aceptables dentro de la normal existencia de una controversia pública o social sobre cualquier tema, o en la que los actos propios del afectado haya propiciado la discusión pública sobre ellos, lo que provocaría que las mismas no se considerasen ilegítimas. Pero sin embargo, las publicaciones sobre los mismos aspectos de personas fallecidas pueden ser apreciadas como una vulneración del respeto que a la memoria de las mismas se les ha de otorgar, basadas en la mayor escrupulosidad que se ha de observar en la publicación de noticias sobre personas que han fallecido que no pueden defender por su propia mano su reputación, y que por ello sufren un mayor daño que con las mismas publicaciones mientras vivían.

ciertamente interesantes si consideramos que los derechos, tras la muerte, no desaparecen[836].

Los últimos aspectos tienen todos cierta relación entre ellos, y se conectan con la protección práctica de estos derechos. Son los de los criterios que nuestra jurisprudencia ha asentado para resolver los conflictos que se dan entre estos derechos de la personalidad post-mortem[837] y las libertades de información y de expresión y, por último, cuáles son los medios que el derecho pone en sus manos para dicha defensa. Todos estos aspectos serán tratados con posterioridad[838].

[836] Este aspecto sucesorio será analizado justo a continuación, en la sección segunda de este capítulo segundo. En ella trataremos un asunto que nos parece apasionante, según la legislación actual, y es si de la misma se desprende que la transmisión que se da es solamente de los aspectos protectores de los derechos (como inicialmente parece ser lo normal), o también de aspectos relacionados con el ejercicio de esos mismos derechos.

[837] Utilizaremos para ello también la referencia de los criterios que se utilizan para resolver los conflictos que se dan cuando el titular de los derechos está vivo, que son los mismos para el caso en el que haya fallecido, debido a que los casos interesantes resueltos por nuestros tribunales son mucho más numerosas que las mortis causa.

[838] En el tercer y último capítulo de esta tesis doctoral, dedicado a todos los aspectos prácticos de protección de estos derechos, al que nos remitimos.

SECCIÓN SEGUNDA; Aspectos sucesorios de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

1.- INTRODUCCIÓN.

Tras todo lo analizado en la Sección Primera de este Capítulo Segundo, y llegados a este momento de nuestro estudio, el tratamiento de los aspectos sucesorios que de una manera u otra afectan a los derechos de la personalidad se nos presenta como imprescindible[839]. Con la redacción de los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82 de 5 de mayo, el estudio de los aspectos sucesorios de los derechos de la personalidad, a pesar de no ser el aspecto esencial de la situación de los mismos, es trascendental a la hora de poder considerar este trabajo como completo y cerrado[840].

Algunos autores descartan inicialmente la trascendencia de este aspecto sucesorio, y lo hacen mostrándose favorable a que los familiares actúan sólo defendiendo derechos propios lesionados, y en esa situación nada se transmite[841]. Otros defenderán que no existe transmisión, sino que lo que se da es la legitimación especial u ope legis de determinados sujetos. Otros autores, finalmente, establecerán que sí se da una transmisión, un componente sucesorio claro, sea dicha transmisión la de la acción para defender los derechos del fallecido o la del propio derecho. Todas estas posturas las estudiaremos en la presente sección, pero todas tienen en común que se plantean la existencia o no de este aspecto sucesorio, aunque algunos lo descarten.

---

[839] Y decimos que el aspecto sucesorio es imprescindible porque, si bien entendemos que éste no es el esencial en cuanto al objeto central del mismo, tras señalar que los derechos de la personalidad no desaparecen tras la muerte, sí que se ha de entender que no podemos considerarlo acabado sin tratar, aunque sea brevemente, el estudio de la posibilidad de la transmisión post-mortem de los mismos.

[840] El aspecto central de la discusión en torno a este tema es el material, el de qué ocurre con los derechos de la personalidad una vez fallecido su titular, y cómo se presenta en ese momento su naturaleza jurídica. A ese estudio hemos dedicado todo el primer capítulo y la primera sección del segundo, con lo que damos por finalizado su planteamiento con la recopilación que llevamos a cabo en el último epígrafe. Es por ello por lo que en el tratamiento de este aspecto sucesorio seremos más escuetos, por no ser su elemento central, y en estas páginas nos centraremos en sus puntos fundamentales, así como en los que en la actualidad presenten más dudas o situaciones debatidas.

[841] Estudiaremos las posturas de estos autores, como la de todos, aunque ya dejamos anteriormente indicado que para ello no harían falta los artículos 4 al 6 de la LO. 1/82, y que con el resto de la regulación podrían actuar defendiendo sus propios intereses.

Es más, siendo nuestra conclusión del epígrafe anterior la de que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras la muerte de su titular en cuanto a su aspecto social, debemos abrir esta sección y analizar qué es lo que se transmite y cómo, así como quienes son los sujetos protagonistas de esa transmisión[842].

Pero antes, estudiaremos brevemente, desde el punto de vista del derecho sucesorio general, la posibilidad o no de que en nuestro sistema jurídico se acepte la transmisión mortis causa de derechos o de realidades jurídicas no patrimoniales. Hemos de analizar previamente esta posibilidad en el derecho español en general[843], si después queremos afrontar el estudio de la misma en cuanto a los derechos de la personalidad en concreto, con el adecuado bagaje previo que nos da dicho tratamiento.

Tras este primer epígrafe introductorio nos centraremos en los aspectos sucesorios de los derechos de la personalidad post-mortem, analizando todas las posturas posibles antes citadas[844]. En ese momento analizaremos una problemática que en la actualidad nos parece de máximo interés y actualidad, aunque hasta el momento no ha sido muy tratada, la de si en esta transmisión abarca también la de las facultades positivas de ejercicio de los derechos o no[845].

Finalmente, una vez que hemos analizado qué es lo que se transmite, acabaremos tratando el aspecto subjetivo de la transmisión, a quién se le transmite, los motivos de dicha transmisión y qué problemas plantea la misma.

---

[842] En cuanto a los sujetos legitimados por la regulación, o los que designe el fallecido en testamento, existe en la actualidad una discusión muy limitada a ciertos aspectos concretos. Sin embargo, la cuestión de qué es lo que se transmite, si el derecho o la acción para defenderlo, si esta acción se trata solamente de facultades defensoras del derecho o también de las dispositivas, son los temas que conforman la discusión central en cuanto al aspecto sucesorio de la personalidad, y presentan en la actualidad una situación menos pacífica, y más interesante. Al análisis de la realidad o derechos transmitidos dedicaremos la parte central de esta sección, finalizándola con el tratamiento de los sujetos legitimados.

[843] A pesar de que hablemos y tratemos esencialmente del derecho español, no podremos por menos que comparar esta situación de nuestro sistema jurídico con los aspectos sucesorios del derecho italiano, que como en muchas otras materias analizadas aquí muestra un perfil algo más avanzado y desarrollado que el español en cuanto a este aspecto general de la transmisibilidad de derechos no patrimoniales.

[844] Negación de la sucesión de los derechos de la personalidad, admisión de la transmisión de la acción para defenderlos o la de los propios derechos.

[845] El principal interés de este tema es que una cuestión que en la actualidad nos parece muy clara (todos contestaríamos como primera impresión que las facultades positivas de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular no son transmisibles), si analizamos la situación actual de hecho que ha provocado la LO. 1/82, o la propia naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem, no parece tan diáfana.

2.- TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE DERECHOS NO PATRIMONIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el derecho español, a tenor de la redacción textual del artículo 667 del Código Civil; «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes, o de parte de ellos, se llama testamento», en los estudios sobre derecho sucesorio se ha partido de la idea de que el contenido de la herencia era básicamente patrimonial.

Incluso numerosos autores han considerado históricamente que el único contenido posible de la herencia, lo único que se puede transmitir en la sucesión mortis causa por medio del testamento, son derechos patrimoniales. CASTÁN[846], por ejemplo, cuando nos habla del aspecto objetivo de la herencia nos dice que es; «la masa o conjunto de bienes y relaciones ***patrimoniales*** que son objeto de la sucesión (...). Van, pues, comprendidos dentro de la herencia, en su concepto legal, el activo y el pasivo, los derechos y las obligaciones, *con la sola excepción de aquellos que sean personalísimos e intransmisibles*»[847]. Reforzando esta idea de la patrimonialidad del citado artículo, incluso el profesor DE LA CÁMARA[848] ha indicado que en el mismo; «no se destaca suficientemente el carácter patrimonial de la herencia».

Sobre esta innegable histórica opinión doctrinal prácticamente no se ha pronunciado la Jurisprudencia[849]. Si acaso en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943, en su considerando 4º se establecía cuáles podían ser los derechos que se debían considerar fuera del contenido de la herencia; «los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte (...) los de carácter público, los personalísimos...»[850].

---

[846] Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral. Derecho de sucesiones.* T. VI., Madrid, 1978, pág. 71.

[847] Por lo que excluye claramente la sucesión de los derechos no patrimoniales. De la misma opinión podemos encontrar, entre otros, a; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Herencia...*, T. I, Barcelona, 1991, pág. 221.

[848] Cfr. DE LA CÁMARA, M., *Compendio de derecho sucesorio,* Madrid, 1990, pág. 6.

[849] Es prácticamente inexistente la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que haya estudiado este contenido objetivo de la sucesión post-mortem, y la misma, además de la que aquí traemos para analizar, por ser de gran interés, la encontramos sólo en épocas muy lejanas, como las STS de 9-2-01; de 24-11-11; de 5-11-20; de 5-12-41; o la de 10-12-56. Este hecho también nos muestra cómo el aspecto patrimonial de lo que se puede transmitir tras el fallecimiento ha estado hasta ahora básicamente admitido en nuestro sistema jurídico.

[850] Sigue la resolución nombrando otro tipo de derechos, como los de; «tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser

Pero a pesar de la clara redacción del citado precepto, el artículo 659 de nuestro Código Civil recoge que; «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan con la muerte», y con ello deja una puerta abierta a la posibilidad de que derechos no patrimoniales entren dentro del concepto objetivo de la herencia, quebrando en parte el principio del artículo 667.

Interesantes al respecto son las palabras de ALBADALEJO[851], que a pesar de que estime que la herencia es un concepto *básicamente* patrimonial, nos dice que; «no debe excluirse, por lo menos sin paliativos, la disponibilidad por el difunto de las acciones en estudio (no patrimoniales)».

Así pues, este principio de la exclusiva patrimonialidad del contenido objetivo de la herencia se ha cuestionado inicialmente con alguna reserva, y parece que en la actualidad más abiertamente. Así, a mediados de siglo, ya BORREL[852] admitía que; «El testamento no es tan sólo lugar apropiado para disponer de los bienes patrimoniales del causante, sino también para ordenar disposiciones completamente ajenas al orden económico», y también OSORIO MORALES[853] nos decía que, a pesar de que el testamento está indicado esencialmente para suceder en bienes; «Es, pues, indudable que en el testamento puede el causante, no sólo disponer de sus bienes, sino, además, incluir estas declaraciones que no revisten carácter patrimonial»[854].

Esta concepción de la admisión de la posibilidad de sucesión de derechos o facultades no patrimoniales de la persona se ha ido asentando paulatinamente en nuestro derecho, conjugado con el principio de que el contenido *normal, habitual o principal* del mismo siempre ha sido la disposición de bienes. Así, esta conjugación ha dado lugar a la concepción de términos como típico y atípico para tratar el

---

preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular –ossibus inhaerens- y, por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona...».

[851] Vid. ALBADALEJO, M., *Curso de derecho civil. Derecho de sucesiones*, T. V., Barcelona, 1997, pág. 13.

[852] Cfr. BORRELL MACIÁ, A., *La persona humana; derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de oros hombres*; Barcelona, 1954 , pág. 121.

[853] En su obra, OSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 28 y 29.

[854] Posteriormente, cuando citemos brevemente qué tipo de disposiciones no patrimoniales se pueden dar en el testamento, recogeremos a cuáles se refería el profesor OSORIO MORALES ya en el año 1957, lo que sin duda es de destacar, aunque el autor lo que básicamente hizo fue recapitular las que se encontraban en el propio Código Civil vigente en la época.

contenido del testamento. Así, en palabras de CAPILLA[855]; «Cabe, de esta forma, distinguir entre un contenido típico del testamento, que consiste en la disposición patrimonial mortis causa, y un contenido atípico, consistente en cualesquiera otros actos, manifestaciones, etc., que en la forma testamentaria se contengan», añadiendo que; «El contenido atípico o anómalo puede extenderse al ámbito patrimonial y al extrapatrimonial»[856]. En esta misma línea ROCA SASTRE empieza a aclararnos un poco esta idea, cuando hace una primera enumeración (abstracta pero muy significativa), de lo que puede considerarse dentro del contenido de la herencia, como; «Bienes, derechos, acciones, obligaciones, poderes, facultades, expectativas y relaciones jurídicas del causante, que subsisten después de fallecido éste»[857].

Como vemos, en la actualidad se va asentando la idea de que los derechos no patrimoniales pueden ser objeto de sucesión, pero ahondando un poco más en esa idea, y acercándonos a la posibilidad que existe de que alguno de estos derechos no patrimoniales pueda ser un derecho de la personalidad[858], el profesor LASARTE[859] indica que; «Sin embargo, difícilmente puede operarse aquí mediante simples silogismos, pues por diferentes razones (tampoco podemos desarrollarlas) cabe también que el legislador declare transmisibles mortis causa *facultades de índole personalísima*».

También en este sentido ha evolucionado la poca jurisprudencia que ha tratado este tema. La STS. de 9-10-82 (RJ. 1982\5548)[860], en su Considerando 2º

---

[855] Vid. CAPILLA RONCERO, F., (Coordinador), *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, pág. 99.

[856] Antes el autor ha reconocido que la concepción esencial del testamento es patrimonial, pero que ello no empece para que exista la que no lo es; «Ahora bien, esta concepción sustancial en sentido estricto, que califica como testamento sólo al negocio de disposición patrimonial mortis causa, unilateral, revocable, formal, etc., no es incompatible con el hecho de que, junto al acto de disposición, una parte del contenido de la voluntad del causante expresada en forma testamentaria se enderece a actos no patrimoniales».

[857] Vid. ROCA SASTRE, L., *Derecho de sucesiones*, T. I., Barcelona, 1989, pág. 33.

[858] Que también observamos en autores que hemos visto que tratan derechos de la personalidad, como, por ejemplo; ROYO JARA, ob. cit. nota 564, pág. 121, o la de; LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. nota 517, pág. 615.

[859] Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil. Derecho de sucesiones*. T. VII., Madrid, 1998, pág. 35.

[860] Someramente los hechos se relacionan con la existencia de una declaración testamentaria en la que se reconocía la paternidad de un hijo. Se aportó como documento probatorio en un procedimiento de reconocimiento de paternidad, junto con unas cartas de la madre en las que se hablaba del hijo de ambas personas. La madre, entre otras cosas, alegó en el procedimiento que el testamentario no era el

recoge que;«El problema de la patrimonialidad del testamento, con su derivado de si cabe un acto jurídico "mortis causa" limitado en su contenido al reconocimiento de un hijo, ha sido resuelto por la generalidad de la doctrina entendiendo que si en sentido material no constituye verdadero testamento el que se contrae a disposiciones no patrimoniales, formalmente sí tiene tal condición y resulta eficaz...»[861].

Incluso esta resolución, en su Considerando 3º, va más allá, y estima válido el testamento que solamente contenga disposiciones no patrimoniales;«Ya que es obvio que debiendo otorgarse plenitud de efectos al testamento de que se trata *aun en la hipótesis de que sólo contuviera disposiciones de carácter no patrimonial...*»[862].

En la actualidad podemos entender que se admite por la mayoría de la doctrina la posibilidad de transmisión mortis causa de derechos no patrimoniales. Los derechos que entran dentro de esta posibilidad son (aparte, claro está, de la posibilidad de los derechos de la personalidad que la trataremos con profundidad en todo este epígrafe) las acciones dimanantes de calumnia e injuria[863], las acciones de filiación (art. 136.2), en algunos casos, el reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 120.1), o el nombramiento de tutor (art. 234.3)[864].

Antes de entrar con detenimiento en el estudio de cuál es la situación del aspecto sucesorio de los derechos de la personalidad, y para ejemplificar la dificultad

---

documento adecuado para este tipo de disposiciones no patrimoniales, y que por ello no se podría considerar como prueba, ante lo que el TS. determinó que sí lo era, tanto documento apropiado como prueba en dicho proceso.

[861] La diferenciación que hemos visto que la doctrina hace de contenido típico y atípico del testamento la realiza aquí la jurisprudencia respecto a su contenido material, de verdadera sustancia del testamento, y en el formal, de posibilidad de admisión de aspectos no patrimoniales.

[862] Esta posibilidad se deduce naturalmente de todos los autores que anteriormente hemos citado. Pero es ciertamente destacable que también a mitad de siglo, OSORIO MORALES, ob. cit. nota 853, pág. 29, cuando se planteaba la eficacia de un testamento sólo dedicado a disposiciones no patrimoniales, opinase claramente que; «parece lógico admitir su eficacia».

[863] Al respecto, y de manera inicial, se pueden consultar también la opinión coincidente de; LASARTE, ob. cit. nota 859, pág. 35 (sobre estas acciones penales recoge que se admitían más pacíficamente con la redacción del antiguo Código Penal), y a O'CALLAGHAN, X., *Compendio de derecho civil. Derecho de sucesiones*, T. V., Madrid, 1993, pág. 17.

[864] En relación a este tema, OSORIO MORALES, ob. cit. nota 853, pág. 28, ya en 1957, hace una interesante enumeración de estas facultades, a tenor de la regulación del Código Civil del momento, algunas ciertamente dignas de aquella época, en cuanto al nombramiento del tutor (arts. 204, 206 y ss.) y del consejo de familia (art. 294), el reconocimiento de hijos naturales (art. 131), la autorización al tutor y sus descendientes para contraer matrimonio con la persona sujeta a guarda antes de fenecida la tutela (art. 45 nº 3), la autorización a la viuda para que, no obstante contraer segundas nupcias, conserve la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio (art. 168), la fijación de pensión alimenticia al menor (art. 268) y alguna otra.

En este epígrafe estudiaremos ambas opiniones, aunque para introducir y situar el tema en relación a todos los autores ya tratados en la anterior sección sobre la naturaleza jurídica post-mortem de estos derechos, podemos adelantar inicialmente que lo normal será que quien defendía que los derechos desaparecen tras la muerte, no puede pensar que se de una transmisión de los mismos, y quienes dicen que siguen existiendo pensarán que sí se pueden transmitir de una manera u otra, ya sean los propios derechos o sólo la acción de defensa de los mismos. A continuación estudiaremos todas estas opiniones.

3.1.- Los derechos de la personalidad son intransmisibles tras la muerte de su titular.

Una de las principales características de los derechos de la personalidad según las teorías clásicas de los mismos era la de su intransmisibilidad. Desde siempre, para los autores que han estudiado históricamente la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, los mismos se han considerado esencialmente personalísimos, y de ahí se ha derivado naturalmente que, gracias a su extrapatrimonialidad, los mismos se considerasen irrenunciables o intransmisibles, tanto entre vivos como mortis causa[874].

Dada esta consideración histórica, gran parte de la doctrina, tras la regulación de la LO. 1/82, siguió considerando que a pesar de que la protección que otorgan los artículos 4 a 6, no se puede estimar que en estos derechos se de una transmisión post-mortem, sin que ello vulnere su esencia y su naturaleza jurídica.

Desde diversas posturas, pues, gran parte de la doctrina ha reaccionado a esta regulación adaptándola al carácter de intransmisibilidad de los derechos, aunque

[874] En el epígrafe 5 de la parte preliminar llevamos a cabo un estudio en el que recogimos cuáles han sido históricamente los caracteres de los derechos de la personalidad para la doctrina española. Aquí sólo citaremos brevemente cuáles eran los mismos, y para un estudio más detallado nos remitimos a aquel momento. El primero de los caracteres era su esencialidad, que provoca que sean innatos u originarios. También se han considerado como derechos inherentes a la persona, de lo que se deriva que fuesen individuales, privados y absolutos. Por último, y es lo que más nos interesa en este momento, se han considerado derechos extrapatrimoniales, lo que ha significado considerarlos también como indisponibles, de lo que se derivan los caracteres de ***intransmisibles***, irrenunciables, inexpropiables e inembargables e imprescriptibles. No obstante esta enumeración, ya dejamos indicado en el citado epígrafe que estos caracteres se pueden considerar hoy en día dentro de una relectura o reestructuración, que por supuesto afecta al de intransmisibles, tal y como veremos durante todos estos epígrafes. Aclaramos ahora que no ponemos en absoluto en duda la intransmisibilidad de los derechos en vida, ya que los mismos lo son, así como irrenunciables (ya hemos comentado que a tenor de la LO. 1/82 lo que sí se han de considerar es disponibles parcialmente). En este epígrafe estudiamos solamente su posible transmisibilidad post-mortem.

veremos que no se ha explicado en absoluto cómo se compagina con la nueva regulación. Otra corriente doctrinal que también recogeremos ahora, dentro de esa inicial concepción histórica de la intransmisibilidad, ha intentado que la misma se conjugara con la regulación de la LO., y se ha postulado en la idea de que lo que se da es una transmisión especial u ope legis[875]. Como vemos, estos dos últimos puntos de vista tienen una fundamentación similar, lo que estudiaremos en los siguientes apartados.

3.1.1.- La intransmisibilidad de los derechos es absoluta.

Tras la publicación de la LO. 1/82 nos parece difícil situarse en esta posición de la absoluta intransmisibilidad de los derechos de la personalidad, sin pronunciarse sobre cómo se compagina con la protección post-mortem que establece la regulación[876]. El hecho de que la norma hace replantear necesariamente el principio de la intransmisibilidad absoluta lo demuestra el profesor CASTÁN, que a principios de siglo se situaba en esta opinión muy claramente[877], mientras que en un trabajo posterior a dicha LO. parece decantarse más por admitir cierta transmisibilidad[878].

Pero aún tras la citada regulación encontramos una parte de la doctrina que se decanta por la intransmisibilidad. Así, a título demostrativo, HERCE[879], por ejemplo, defiende claramente que los derechos son absolutamente intransmisibles; «La no transmisibilidad mortis causa constituye una de las notas típicas e inseparables de los

[875] Ya desarrollaremos cuanto tratemos esta opinión una idea que queremos dejar ahora, al menos, indicada, y es la de que, para nosotros, si se da una legitimación legal o especial será la de la acción de protección de los derechos, y en ese momento ya se estará admitiendo una transmisión, aunque sea parcial, la de las facultades negativas o defensoras de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular.

[876] Muchos autores han defendido la intransmisibilidad absoluta de los derechos de la personalidad, pero han sentido la necesidad de compaginar esta idea con la regulación de la LO. 1/82, y explicar, *entonces*, tras esta opinión, cómo hemos de entender los preceptos que la misma contiene (como veremos a través de la defensa de los familiares por derecho propio u otras explicaciones). Lo que queremos señalar es que si se defiende que los derechos no son transmisibles, pero no se analiza el sentido que en ese caso tiene la regulación, la explicación nos parecerá, cuando menos, incompleta.

[877] Vid. CASTÁN, ob. cit. nota 100, pág. 22.

[878] En su otra obra, CASTÁN, ob. cit. nota 178, págs. 403 y ss. Esta opinión la recogeremos, comparándola con la aquí contenida, cuando estudiemos las opiniones que defienden que, en lo preceptuado por la LO. 1/82, en los derechos de la personalidad se admite una cierta transmisibilidad, al menos la de la acción protectora de los mismos.

[879] Cfr. HERCE, ob. cit. nota 114, pág. 37.

derechos de la personalidad (...). Con la muerte del sujeto se extinguen sus derechos personalísimos, no son transmisibles a los herederos o parientes», y tras esta opinión no se pronuncia cómo se ha de entender entonces la regulación de la LO. 1/82, aunque opte por recoger a continuación la opinión de algunos autores que sí estudian cómo se ha de entender la regulación desde esa posición[880].

Aparte de estas opiniones aisladas[881], lo cierto es que gran parte de la doctrina se sitúa en la opinión de que los derechos de la personalidad son intransmisibles, pero sí que intentan compaginar esta idea con la regulación de la LO. 1/82. Un ejemplo de la complejidad que esta situación comporta lo representa BUSTOS PUECHE[882], que en su obra ya tratada aquí, nos dice que si la acción defensora existe es porque *debe* haber un derecho, el del fallecido, aunque reconoce que «La explicación tiene puntos débiles, pero parece la más solvente de las que puede ofrecerse»[883]

Este autor es uno de los que podemos situar dentro de la corriente doctrinal que defiende que lo que se da es la acción de los familiares por derecho propio, por iure propio, lo que se compagina con que los derechos no se hayan transmitido[884].

---

[880] Como indicábamos, si esta opinión se deja así indicada, sin mayores aclaraciones, como hace HERCE, nos da la sensación que está introduciendo cierto aspecto contradictorio, lo que parece buscar evitar este autor citando algunas de las opiniones, como la de GITRAMA (que será estudiada aquí), de autores que han intentado explicar cómo se salva esta contradicción.

[881] No queremos dejar de señalar que, en esta línea, en el derecho italiano el maestro DE CUPIS, ob. cit. nota 339, pág. 87 siempre se ha decantado por la opinión más tradicional, la de que los derechos dejan de existir y la de que en ningún caso se puede considerar que se produzca una transmisión de los mismos.

[882] Vid. BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 170, pág. 52.

[883] El trabajo de este autor fue tratado aquí con cierta extensión en el epígrafe 3.1.1.3 de la primera sección de este capítulo, en el que ya reflejamos la sinceridad y valor del mismo. No obstante, lo citaremos nuevamente ahora porque, a través de él, apreciamos la gran dificultad de este tema, toda vez que en el mismo el autor intenta compaginar el principio de la intransmisibilidad con la defensa post-mortem de los derechos, y a pesar de que ofrece una explicación al respecto, admite que la misma parece no convencerle ni a él mismo. Quizás éste es uno de los ejemplos que más claramente nos indica que el principio de la intransmisibilidad absoluta ha de replantearse.

[884] Para este sector doctrinal la acción que otorga la LO. 1/82 es la de la defensa de su propio derecho, que se ha visto afectado por la intromisión del de su familiar. También es ésta la opinión que en un primer momento histórico se defendió en el derecho transalpino, con autores como DEGNI, ob. cit. nota 102, pág. 223; o BIGIAVI, ob. cit. nota 336, pág. 241. Cuando tratemos los autores que se han decantado por admitir la transmisión de los derechos en el sistema jurídico italiano, podremos ver cómo hoy en día se ha dado una reacción respecto a esta línea de pensamiento, produciéndose una progresiva admisión de la transmisibilidad, a salvo alguna excepción, como la del profesor GARUTTI, ob. cit. nota 336, pág. 87, que en 1985, y en relación al derecho al honor, opta por defender su intransmisibilidad y su desaparición post-mortem.

Estos autores también fueron citados en el epígrafe 3.1.3.1 de la sección anterior, en el que tratamos todas las posturas que opinaban que lo que se defienden es los derechos de los familiares, por lo que en este momento nos remitimos al contenido de dicho apartado, tanto en lo relativo a los autores que se situaban en esa misma línea como a nuestra opinión sobre ello[885].

En esta órbita podemos encuadrar otros autores que defienden posturas similares. IGARTÚA[886], tras estudiar esta situación nos dice en su tesis doctoral que; «Hay actuaciones de los sucesores del difunto relativas a los derechos de la personalidad de éste que en realidad son "ex iure propio" de aquéllos». Posteriormente también recoge que existe otro tipo de acciones, como las de calumnia o injuria, que pueden no afectar a estos familiares, y en ese caso los mismos actuarán con un "deber de protección familiar"[887].

Esa opinión de existencia de un derecho propio de los familiares se ha relacionado en ocasiones con otras defendidas por la doctrina, como la de los autores que opinan que se da la protección de los intereses del fallecido por parte de los familiares, que se situarían así como "fiduciarios" de los mismos. CREVILLÉN[888], por ejemplo, nos dice que; «...hay que reconocer a los familiares más allegados la facultad, en cuanto "fiduciarios" de defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido»[889].

En esta línea, la de admitir que se defienden ciertos intereses de los fallecidos respecto a sus derechos de la personalidad tras la muerte (aunque para estos autores

---

[885] Nos parecería una redundancia inútil y sin sentido repetir a los autores y a la jurisprudencia que citamos allí, que opinaban que lo que se defiende en este caso es el derecho de los familiares, con lo que actúan por la misma razón de la recogida por BUSTOS PUECHE, por un derecho propio, o por iure propio. Justo tras ver todas las posturas expondremos cuál es nuestra opinión sobre ésta en concreto.

[886] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 772 y 773.

[887] Esta opinión de su tesis doctoral es la misma que defiende en un escrito posterior; Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 150, pág. 1068, y en la que vemos que desarrolla una doble argumentación para compaginar la defensa post-mortem de la LO. 1/82 con el principio de intransmisibilidad.

[888] Vid. CREVILLÉN, ob. cit. nota 117, pág. 55.

[889] No queremos dejar de indicar, al menos, una reflexión que nos produce esta opinión. Podemos pensar que los familiares defiendan un derecho propio, es decir, que actúen defendiendo sus intereses por "iure propio". También se puede entender que defiendan intereses del fallecido, es decir, que actúen como "fiduciarios" de los mismos. Pero no podemos defender sin más que se dan las dos situaciones a la vez sin aclarar que en dicho caso se están pudiendo defender tanto los intereses del finado (fiduciarios) como los de sus familiares (iure propio), que evidentemente no son la misma cosa.

ello no quiere decir que los derechos sigan existiendo), y que los mismos son defendidos por los familiares como fiduciarios, a la vez que por derecho propio, podemos encontrar a CONCEPCIÓN[890], o a O'CALLAGHAN[891]. En concreto, éste último, tras admitir esta idea de la pervivencia de determinados intereses, procedente de LARENZ, defiende que; «Ciertos familiares próximos están facultados en cuanto "fiduciarios" para defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido»[892].

Antes de seguir con esta corriente doctrinal, queremos hacer algún comentario sobre estas opiniones. Del desarrollo de todo el presente estudio se puede obtener claramente la conclusión de que no estamos de acuerdo con las mismas. Ya en su momento analizamos a los autores que pensaban que lo que se defiende en este caso son los derechos de los familiares[893], pero, aunque posteriormente desarrollemos nuestra opinión[894], no queremos dejar de señalar algunas reflexiones que nos provocan estas opiniones sobre la no transmisibilidad de los derechos.

Con respecto a la opinión que estima que se defiende un derecho propio, ya comentamos que el derecho del familiar puede no ser dañado por la intromisión, y que en dicho caso no tendría sentido la regulación del artículo 6, la de limitar la acción de los familiares según la actitud del finado[895]. Ante quienes piensan que los familiares actúan como fiduciarios del fallecido, esencialmente tenemos que pensar que en dicho caso sí que se ha dado una transmisión, aunque sea la de la acción de

---

[890] Vid. CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 160, pág. 155.

[891] Cfr. O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 107, pág. 73.

[892] El principal problema de estas posturas, además del ya comentado con anterioridad de mezclar los derechos propios con los intereses del fallecido, es que no acometen la difícil tarea de identificar a qué intereses se refieren, y qué aspectos de los derechos de la personalidad del fallecido hemos de considerar que perviven tras el óbito. Si estas posturas hubiesen expuesto una explicación de qué intereses son esos, se hubiera aportado mayor claridad a la discusión conceptual respecto a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem.

[893] En el epígrafe 3.1.3.1 de la anterior sección ya desarrollamos unas opiniones críticas con los autores que desarrollaban estas ideas, y a él nos remitimos, ya que aquí solamente citaremos alguna de nuestras fundamentaciones sin desarrollarlas, ya que ya lo hicimos en aquel epígrafe.

[894] En concreto en el epígrafe quinto de esta segunda sección desarrollaremos nuestra opinión personal sobre estos aspectos sucesorios, fundamentándola detenidamente, epígrafe al que nos remitimos.

[895] Por no hablar del resto de la regulación de los artículos 4 y 5, que en todo momento hablan de que lo que se está defendiendo son "los derechos del fallecido", tal y como ya hemos analizado en ocasiones. Además, si los actores defienden la lesión de un derecho propio, no harían falta los artículos 4 a 6, ya que podrían ejercer esta defensa con el resto del articulado.

defensa del derecho[896], lo que ya analizaremos en el próximo apartado, el que estudia las posibilidades de que en estos derechos sí se de cierta transmisión[897].

Por último, existe una objeción básica que hemos de hacer a estas dos posturas (la del derecho propio y la de los fiduciarios). Ambas hablan de los *familiares* legitimados, de la prescripción del artículo 4.2, pero en todo momento olvidan que lo primero que hace la LO. en el 4.1 es facultar al fallecido para que designe a un legitimado para actuar según su voluntad.

Y es precisamente este extremo el que nos indica a nosotros que alguna transmisión existe, aunque sea la de una simple legitimación especial (ya veremos que algunos autores piensan en este sentido), pero esta primera prevención legislativa de especificar que en caso de designación testamentaria ésta siempre tendrá preferencia, elimina para nosotros la validez de las opiniones que niegan toda circunstancia sucesoria de los derechos de la personalidad post-mortem[898].

Una vez realizadas estas acotaciones, seguiremos con algunos autores que dentro de su claro posicionamiento a favor de la intransmisibilidad de los derechos de la personalidad, incluso antes de la publicación de la LO. 1/82, cuestionaban que este principio fuese absoluto, lo que sin duda es de valorar[899].

---

[896] Hemos de tener en cuenta un detalle. Si los familiares lo que hacen es defender los intereses del finado, tal y como veíamos, por ejemplo, en O'CALLAGHAN, estimamos que en dicho momento se estará produciendo la pervivencia de algo (ya nosotros opinamos qué es lo que persiste) no como opinan la mayoría de estos autores, que defienden esta opinión desde la postura de la absoluta extinción post-mortem de los derechos.

[897] Cuando tratemos a la parte de la doctrina que opina que en esta situación regulada por la LO. 1/82 sí se produce alguna transmisión, abriremos un apartado para exponer aquella corriente que defiende que lo que se da es la transmisión de la acción protectora del derecho, que es donde creeríamos que se podrían situar también estos autores que hablan de la visión de los familiares como "fiduciarios" de los intereses de los fallecidos.

[898] Así pues, a tenor de la regulación, estas explicaciones que sólo hablan de los familiares, y para nada de la designación del titular fallecido, que puede recaer en persona física o jurídica (la primera incluso extraña a la familia), cojean gravemente desde el punto de vista de que para considerarlas completas deberían haber señalado, al menos, qué ocurre con esa facultad del fallecido de señalar a los sujetos que él quiere que defiendan sus derechos.

[899] Es importantísimo para nosotros hacer notar este extremo. En el momento histórico en el que se producen estos estudios, aún no hay precepto alguno que establezca la defensa de los derechos del honor, intimidad o imagen post-mortem. Sí existían, esto es cierto y los autores lo citan en sus trabajos, prevenciones acerca al derecho moral de autor, pero en absoluto las que posteriormente recogió la LO. 1/82. Este hecho es fundamental para apreciar la dificultad que podía conllevar cuestionar el principio de intransmisibilidad absoluta de estos derechos, aún más si se aprecia que estos estudios no versan únicamente sobre el derecho moral de autor, sino sobre los derechos de la personalidad en general o incluso alguno sobre el derecho a la imagen.

Así, el paradigmático trabajo sobre el derecho a la imagen, tantas veces citado aquí de GITRAMA[900], nos dice que este principio; «no puede dejar de apostillarse con algunas reservas». Tras realizar un estudio que ya hemos tratado nosotros[901], acaba decantándose porque; «El derecho en cuestión corresponde iure propio a los más próximos parientes del fallecido»[902].

Otro de los autores que aprecia que la intransmisibilidad ha de replantearse, incluso antes de la LO. 1/82, es DE ÁNGEL[903], cuando nos dice, en el estudio de los caracteres de los derechos de la personalidad en general, que; «Son derechos intransmisibles, aunque este carácter es susceptible de algún matiz, ya que existen ciertos derechos –como el que el hombre ostenta sobre su propio cuerpo- que admiten algún grado de disponibilidad, con tal que sea parcial e inocua. Piénsese, por ejemplo, en la cesión de órganos o de sangre»[904].

Por último, y en un trabajo posterior a la publicación de la LO. 1/82, también ROGEL[905], a pesar de que se sitúa claramente a favor de la intransmisibilidad[906], nos señala que; «La regla, sin embargo, no es absoluta», y aunque defienda que es la más general, cita expresamente la excepción de los trasplantes de órganos.

Por último, no queremos dejar de citar aquí el reciente trabajo de CÁMARA ÁGUILA[907]. En él, a pesar de que parece no decantarse por ninguna de las opiniones, sí que recoge con detenimiento que, respecto al derecho moral de autor, existen distintos puntos de vista de la corriente doctrinal que defiende la extinción del derecho, y en relación a ella la intransmisibilidad de los mismos, algunas ya citadas

---

[900] Vid. GITRAMA, ob. cit. nota 101, pág. 337.

[901] Por ello aquí únicamente lo dejamos citado. En el epígrafe 4.2 de la sección anterior, en el que desarrollamos las opiniones que defienden que se da la situación de latencia de los derechos ya estudiamos con detenimiento esta opinión, y a aquél lugar nos remitimos.

[902] Como vemos, el profesor GITRAMA, en 1962, acaba decantándose por la solución que en principio le ha de parecer más acorde para no limitar muy drásticamente el principio de intransmisibilidad, con la que ya expusimos que tenemos ciertas discrepancias.

[903] Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, ob. cit. nota 159, págs. 51 y 52.

[904] En esta misma línea de dudas con respecto a la intransmisibilidad e indisponibilidad de los derechos (nosotros ya tratamos algo en el epígrafe 5 de la parte preliminar), encontramos el trabajo del profesor CLAVERÍA, ob. cit. nota 145, pág. 113.

[905] Cfr. ROGEL, ob. cit. nota 145, pág. 49.

[906] Y por eso, dentro de nuestra clasificación, lo hemos situado en este epígrafe, y no en otro.

[907] Vid. CÁMARA ÁGUILA, ob. cit. nota 154, págs. 95 a 118.

aquí, como es la de que los derechos se extingue y nacen nuevos derechos; o que se da la teoría de la representación; o la de que se da a los legitimados solamente la capacidad para actuar[908].

3.1.2.- Los derechos son intransmisibles, pero se da una legitimación especial de los familiares.

Afrontamos ahora la exposición de dos opiniones que tienen mucha relación la una con la otra, la de quienes defienden que existe una legitimación especial de los familiares y quienes opinan que se da una legitimación ope legis. Pero antes queremos incidir en que, en nuestra opinión, ambas incurren en un error que ya hemos señalado nosotros justo con anterioridad y es el que también incurren los autores que defienden la intransmisibilidad absoluta. Estas posturas sólo hablan de los familiares recogidos en el artículo 4.2, para nada del designado por el fallecido del artículo 4.1, que es precisamente el primero que podrá actuar en defensa de los derechos de éste en caso de existir designación.

Así, esta opinión, la de que se da una legitimación especial de los familiares es la de VIDAL MARTÍNEZ[909], o la de ROYO JARA[910], que en palabras de este último se plasma en que; «Y es en virtud de esa memoria, de ese derecho reflejo, por lo que se puede hablar no de una transmisión de derechos, sino más bien de una legitimación especial para el ejercicio de las acciones tendentes a proteger esa memoria del difunto».

Una característica de estas opiniones y de todas las que recogeremos en el presente capítulo es que no desarrollan más este concepto de legitimación especial, sobre todo en relación al origen de la misma, y a su naturaleza jurídica respecto al derecho de sucesiones, lo que sin duda hubiese enriquecido la opinión[911].

---

[908] Como hemos referido, la autora no deja claramente especificada su opinión, o si esta desaparición del derecho moral de autor (es una teoría hoy minoritaria en nuestro sistema jurídico) significa que no se de ninguna transmisión, pero por su cercanía temporal a nosotros y cierta extensión al menos sí la dejamos aquí citada.

[909] Vid. VIDAL MARTÍNEZ, ob. cit. nota 112, pág. 99.

[910] Cfr. ROYO JARA, ob. cit. nota 564, pág. 121.

[911] Porque en este caso, respecto a esta corriente doctrinal, solo podemos concluir con que ésta es su base, se da una legitimación especial. Pero no sabemos con qué extensión, apoyada en qué fundamentación de su naturaleza jurídica, o cómo se relaciona con la sucesión post-mortem en general, con la transmisibilidad de derechos por la herencia o por la sucesión intestada, por lo que creemos que, al menos en este aspecto, esta opinión está poco desarrollada. Parece que con esta línea

Otros autores, en su posicionamiento a favor de esta opinión de la legitimación especial se sitúan muy cercanos a los que trataremos a continuación, los que defienden la existencia de una transmisión ope legis[912]. Así, TOMÉ GARCÍA[913] nos dice que; «No se trata de una transmisión de derechos en caso de fallecimiento del titular, muy difícil de justificar en tratándose (sic) de derechos de la personalidad, sino que estamos ante un caso de especial legitimación para el ejercicio de la protección civil mencionadas en el artículo 4 a 6 de la Ley»[914].

Como hemos visto, para estos autores, el hecho de que se de una legitimación especial no vulnera el principio de intransmisibilidad, ya que nadie ha transmitido nada, y los familiares actúan para defender unos derechos o realidades que quedan subsistentes. Para nosotros, a pesar de que no siempre los autores lo hayan visto así, esta opinión de la legitimación especial (y aún la de la legitimación ope legis) se han de considerar compatibles la idea de que la muerte no extingue los derechos, ya que si no, los familiares no podrían defender nada[915].

---

de opinión se busca compaginar el principio de intransmisibilidad con la regulación de la LO. 1/82, pro no se desarrolla esta idea, con lo que a nosotros se nos sugiere una duda esencial; esa legitimación deberá ser para algo, para defender algo, y en este caso se está pudiendo dar la transmisión de las facultades defensoras de los derechos, tal y como a continuación desarrollaremos.

[912] Hemos de admitir, desde una perspectiva personal, que para nosotros ciertamente estas dos opiniones se tienen que relacionar estrechamente entre sí. Esto es así porque en este caso estamos ante una legitimación especial otorgada por la Ley (es decir, designación "ope legis") y, así mismo, se puede determinar que el hecho de que la transmisión se de por la exclusiva designación de algún precepto concreto de una regulación que no tiene relación con el sistema sucesorio de nuestro Código Civil, la hace de carácter especial.

[913] Vid. TOMÉ GARCÍA, ob. cit. nota 159, pág. 211.

[914] En esta misma línea de entrelazar la legitimación ope legis con la legitimación especial encontramos, respecto al derecho a la intimidad, a; PARRA LUCÁN, ob. cit. nota 146, pág. 220, o, en relación al derecho de disposición del cadáver, a; GORDILLO CAÑAS, ob. cit. nota 145, pág. 35. No olvidemos que, tal y como ya comentamos, también es una de las corrientes citadas por; CÁMARA ÁGUILA, ob. cit. nota 154, pág. 105.

[915] Y es que nosotros pensamos que si se legitima a alguien (mediante una legitimación especial u ope legis) deberá ser para la defensa de alguna realidad que tras la muerte quede subsistente. Algunos autores, siguiendo las líneas que hemos visto de GITRAMA y de otros, nos dicen que lo que se defienden son determinados vestigios que siguen existiendo, o los intereses del fallecido, que en modo alguno se han de considerar derechos, o una realidad que no se define, pero que se denomina "derechos de la personalidad pretéritos" o "memoria". Todas estas posturas ya fueron recogidas dentro de su correspondiente clasificación durante toda la anterior sección de este capítulo. Pero lo que sí que nos parece incompatible es la defensa de esta idea de legitimación especial desde la postura de que los derechos de la personalidad se extinguen tras la muerte, y que nada les sobrevive, toda vez que en ese momento no habría nada que defender, y no se puede legitimar a alguien para que defienda algo que no existe.

3.1.3.- Los derechos son intransmisibles, pero se da una legitimación de los familiares ope legis.

Tras la publicación de la LO. 1/82 existe otra corriente doctrinal que directamente recurre a esta regulación para tratar de explicar qué ocurre con estos derechos desde el punto de vista sucesorio. Siguen defendiendo que los derechos son intransmisibles, y que lo que se produce es solamente una legitimación porque la Ley así lo establece. Es una solución directa y aparentemente sencilla, que evita entrar en discusiones sobre la transmisión en sí[916].

En esta situación vemos tanto a LACRUZ[917] como a otros autores que implícitamente demuestran que opinan que lo único que existe es la legitimación de la Ley, porque tras defender que los derechos son intransmisibles, nos dicen que los familiares actúan precisamente gracias a esa regulación de la LO. 1/82[918]. En cuanto a LACRUZ, expresamente sí que señala que; «estamos aquí ante un caso de atribución *ope legis*, más que de transmisión *iure successionis*».

AZURMENDI[919], en su trabajo sobre el derecho a la imagen también parece decantarse por la importancia de la designación legal, toda vez que tras apreciar la dificultad que entraña este tema, y tras aportar dos opiniones respecto a la fundamentación de la protección post-mortem de los derechos de la personalidad[920], centra todo el interés del por qué de la posibilidad de los familiares de defender los

---

[916] Nosotros intentaremos entrar en esa discusión justo a continuación. Algo que no se le puede decir a esta postura es que no sea cierta. Evidentemente se produce una legitimación por parte de la Ley. Pero creemos que dejar ahí el análisis de la misma es afirmar lo obvio sin entrar a estudiar verdaderamente su fundamentación. Por ello en esta postura echamos de menos algo más de elaboración, o al menos que se hubiese estudiado cómo se compagina o no la misma con la posibilidad de que se transmita algún aspecto del derecho, y sí se da una legitimación ope legis cómo los hemos de encuadrar dentro de la concepción general de la sucesión en nuestro derecho civil.

[917] Vid. LACRUZ, ob. cit. nota 201, pág. 101.

[918] Estos autores no dicen expresamente que lo único que se da es una legitimación ope legis, sino que, desde la intransmisibilidad, sólo citan la regulación como motivo de la capacidad de los familiares de la defensa de los derechos. Así, este hecho lo podemos observar en los trabajos de; DÍEZ PICAZO, ob. cit. nota 116, pág. 360, o en el de; MONTÓN GARCÍA, ob. cit. nota 178, pág. 886, o también en; DE COSSÍO, ob. cit. nota 560, págs. 95 y ss..

[919] Vid. AZURMENDI ADARRAGA, ob. cit. nota 155, págs. 171 a 174.

[920] En su trabajo habla tanto del respeto a los sentimiento de la familia como al valor de la memoria en sí misma. Este trabajo ya fue estudiado con detenimiento en el epígrafe 3.1.1.1, y a él nos remitimos para un mejor entendimiento del razonamiento que a la autora le lleva a defender esta postura.

derechos del fallecido en la legitimación que les otorgan los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82, dejando claramente excluida la posibilidad de la transmisión iure successionis.

Por último, CABEZUELO ARENAS[921], tras llevar a cabo un intenso estudio del por qué de la defensa post-mortem de los derechos, acaba dándole la mayor trascendencia a la citada regulación, por lo que creemos que debe ser aquí citada[922].

Finalmente hemos de señalar que el Auto del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1998, que resolvía un tema muy conocido en nuestro país por su constante repercusión en los medios de comunicación[923], recogió en su Fundamento Jurídico 4º, que en los casos de la legitimación de los familiares de los fallecidos respecto a la defensa de los derechos de la personalidad (y de otros supuestos, como las acciones de filiación); «No se produce en estos casos un llamamiento de los continuadores de la acción emprendida, o sucesores procesales, a título "iure successionis", sino "ope legis", en tanto que el legislador así lo ha dispuesto expresamente»[924].

Por último, hemos de señalar que en esta opinión ocurre lo mismo que en la anterior, la de la legitimación especial, y es que para nosotros se ha de considerar como absolutamente compatible con la pervivencia post-mortem de los derechos de la personalidad. No obstante ello, seguimos reiterando que hay una concreta prevención de la LO. que no se ha tenido en cuenta, porque es evidente que se da una legitimación ope legis de los familiares, pero estas posturas no resuelven la duda que

---

[921] Cfr. CABEZUELO ARENAS, ob. cit. nota 213, págs. 379 y ss.

[922] No queremos dejar de citar a la doctrina española sin señalar que; ESPÍN, ob. cit. nota 268, pág. 121, respecto a las facultades del derecho moral de autor parece entregar toda la importancia al aspecto de designación legal, aunque anteriormente, y hablando de los derechos de la personalidad en general, ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 227, parece decantarse porque existe una sucesión, al menos, de la acción, por lo que lo recogeremos en los siguientes apartados.

[923] El caso es el del tetrapléjico gallego Ramón Sampedro, que solicitó reiteradamente ante nuestros Tribunales que le concediesen la posibilidad de que le fuese aplicada la eutanasia activa, petición que siempre le fue denegada. Tras su muerte, que se produjo porque en un intrincado sistema de correos y llaves consiguió que se le diera la posibilidad de beber un vaso de agua con una sustancia que le causaría su muerte, su heredera solicitó personarse en el procedimiento que se llevaba en el TC., que estudiaba el último recurso que había plantado, sobre la solicitud de admisión de la práctica de la eutanasia activa, posibilidad que denegó este Tribunal mediante este auto, por considerar esta acción como personalísima de carácter excepcional, y por no estar admitida esta sucesión procesal en ninguna ley concreta (lo que expresamente sí reconocía a los derechos de la personalidad la LO. 1/82).

[924] Cierto es que un auto sólo no Jurisprudencia, pero toda vez que ésta es la única ocasión en la que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente sobre el tema en cuestión, consideramos interesante recoger este pronunciamiento, en el que el TC. también se decanta por la sucesión ope legis, para explicar esta legitimación activa.

necesariamente surge respecto a la designación de los legitimados por parte del fallecido. Intentaremos analizarla y estudiarla en relación con el sistema sucesorio español en el estudio de las posturas que sí que hablan de cierta transmisión, sea la de los derechos o la de la acción y en la exposición de nuestra opinión personal sobre este aspecto sucesorio[925].

3.2.- Los derechos de la personalidad admiten la transmisión tras la muerte de su titular.

Frente a la corriente doctrinal que opina que los derechos de la personalidad siempre se han considerado como intransmisibles y que esa consideración no se puede modificar[926], otra parte de la doctrina reacciona ante la regulación de la LO. 1/82 y ante las circunstancias de hecho que provoca[927] y hace evolucionar claramente esta concepción.

Surge así una corriente doctrinal que se postula a favor de la admisión de la existencia de cierta transmisión en cuanto a los derechos de la personalidad post-mortem. Algunos autores defienden que lo que se da es una transmisión de la acción para defender los derechos del fallecido. Esta postura ha de ser defendida desde la perspectiva de la quiebra del principio de intransmisibilidad, porque en ella se da la sucesión de las facultades protectoras de los derechos, es decir, de una parte de ellas, como es la capacidad de accionar para evitar la intromisión de un tercero en los mismos[928].

---

[925] Hemos reiterado con alguna insistencia esta situación porque, tal y como analizaremos a continuación, esta capacidad de designación del fallecido se presenta como muy importante a la hora de encuadrar la sucesión post-mortem de los derechos de la personalidad en el sistema sucesorio español, y es precisamente la dejada de lado por este sector doctrinal.

[926] Aunque se adapte algo con la idea de la existencia de una legitimación especial u ope legis.

[927] No podemos considerar que la reacción de esta parte de la doctrina se deba únicamente a la regulación contenida en la LO. 1/82. Este articulado viene a confirmar una situación que ya se preveía en la doctrina española, tal y como hemos visto en el epígrafe 2 de la sección anterior, y era la de que los derechos no podían quedar desprotegidos tras la muerte de su titular, y que por lo tanto algo debía ocurrir en relación a la situación de los mismos. Si no se habla de transmisión de los derechos, al menos sí de sus facultades de defensa, y esto es lo que veremos en el presente epígrafe.

[928] Al respecto hemos de hacer dos comentarios. El primero es que esta concepción conecta muy directamente con la opinión recogida en los epígrafes 3.1.2 y 3.1.3 anteriores, en los que se contenían estudios que se mostraban partidarios admitir una legitimación especial u ope legis. Ambas posturas son absolutamente compatibles con la de los autores que estudiaremos en el primer apartado del presente epígrafe, ya que si existe legitimación se habrá transmitido la acción. Podemos considerar que la misma opinión se expresa desde dos perspectivas distintas, la de la intransmisibilidad y la de la

Otros autores hacen evolucionar aún más la concepción existente hasta el momento y opinan que lo que se da en estos casos es una transmisión de los mismos derechos del fallecido. Ciertamente es una opinión muy minoritaria en nuestro derecho, pero que conlleva un gran interés, debido a la actual configuración de la LO. 1/82, por lo aquí analizaremos dicha postura con interés[929]. Esta postura nos conectará directamente con el siguiente apartado de esta sección, que ya hemos comentado que para nosotros, en la actualidad tiene un gran interés, como es el de la posibilidad de transmisión de facultades dispositivas de los derechos[930]. Pasemos a exponer las opiniones aquí adelantadas, teniendo en cuenta que siempre estamos hablando de transmisibilidad *post-mortem* de los derechos de la personalidad, nunca de su transmisibilidad en vida[931].

3.2.1.- Se transmite únicamente la acción para defender el derecho.

Esencialmente tras la regulación de la LO. 1/82 parte de la doctrina se ha decantado claramente por opinar que en los casos recogidos en los artículos 4 a 6 de la misma se da la transmisión de la acción de defensa de los derechos de la

---

transmisibilidad. Nosotros, tal y como acabamos de defender, estimamos que esta última es la acertada. La segunda consideración que queríamos hacer respecto a esta opinión es la de que la misma se ha de defender desde la idea de que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras la muerte de su titular, y por ello se transmite la acción para defenderlos (ya que si no hubieran pervivido no habría que transmitir acción alguna para defender lo que no existe), aunque desgraciadamente muchos autores se sitúan en la posición de que se transmite la acción para defender los derechos del fallecido (no los propios) y a la vez opinan que los mismos se extinguen, lo que ya hemos comentado en reiteradas ocasiones que para nosotros representa una clara contradicción.

[929] Como vemos, es una posición revolucionaria en nuestro derecho, y que inicialmente puede producir un cierto rechazo, pero invitamos a reflexionar sobre ella con cierto detenimiento, teniendo en cuenta el camino que en la misma ya se ha realizado en algún derecho comparado y sobre todo, la actual regulación de la LO. 1/82 en cuanto a su aplicación práctica.

[930] Ya comentamos en la introducción a la presente sección que abriremos un apartado que puede parecer algo extraño por lo novedoso, pero que se conecta directamente con esta situación de hecho que se da hoy en día y con este sector de la doctrina que opina que los derechos se transmiten, y es el citado de la posibilidad de la transmisión de facultades dispositivas de los mismos.

[931] Además de que es el tema central del presente estudio, es muy importante que tengamos en cuenta este hecho, ya que en ningún momento cuestionamos, como reflejamos en el epígrafe quinto de la parte preliminar dedicado a los caracteres de los derechos, que los mismos son intransmisibles en vida, a pesar de que gocen de cierta disponibilidad. El aspecto que aquí analizamos es el de su transmisibilidad post-mortem.

personalidad de la persona fallecida a los sujetos citados por los mismos[932]. Quien así opina admite la transmisibilidad de unas de las facultades esenciales de los derechos de la personalidad, como es la de su defensa frente a las agresiones o intromisiones ilícitas de los terceros[933], toda vez que la acción que se transmite tiene esa finalidad.

Así pues, con esta prevención legal, lo que se produce es una quiebra del principio de intransmisibilidad absoluta de estos derechos, toda vez que el hecho de que se puedan defender los derechos del fallecido por parte de tercero, nos hace sacar esta conclusión, amén de otras reflexiones. Por un lado, el derecho sigue existiendo tras la muerte, y por otro, su protección frente a las vulneraciones de los terceros está en manos de los sujetos determinados por la Ley. Toda vez que el primero de estos legitimados es el designado por el fallecido, se da en dicha situación un poder de disposición post-mortem del titular de los derechos, que transmite las facultades negativas o defensoras de los mismos a quien considera oportuno. En este hecho se da la constatación de la admisión de la transmisibilidad post-mortem de, al menos, una de las facultades de los derechos, las defensoras (recordemos que los derechos constan básicamente de dos tipos de facultades, las defensoras y las dispositivas)[934].

---

[932] Los sujetos serán tratados y analizados en el epígrafe 6 de esta sección. Comentamos que esta postura surge *esencialmente* tras la promulgación de la LO. 1/82 porque, tal y como podremos ver, también hay autores que lo citan con anterioridad, aunque en ese momento concreto no existiese regulación alguna en la que apoyar sus manifestaciones, lo que le da mayor valor a sus opiniones.

[933] Cuando en el capítulo primero de esta segunda parte estudiábamos la naturaleza jurídica de cada uno de los derechos de la personalidad en la actualidad, expusimos que la principal característica de alguno de ellos (en esencia intimidad, imagen, nombre, o derecho moral de autor) era la social, la del goce del respeto de los derechos por parte de los terceros, y la forma práctica de lograrlo es la acción de defensa de los mismos contra las intromisiones ilegítimas que sufran, que es lo que se transmite para este sector doctrinal.

[934] Los autores críticos con este posicionamiento pueden argumentar que en él no se produce una transmisión absoluta, pero frente a esta opinión no hemos de olvidar varios hechos. Uno es que a pesar de ello ya se ha roto el principio de intransmisibilidad. Otro, que hemos de considerar muy importante, es que las facultades protectoras de estos derechos son esenciales dentro de la configuración de su naturaleza jurídica como derechos que tienen una gran virtualidad social y que, esencialmente, y sobre todo tras la muerte de su titular, han de ser defendidos de posibles intromisiones, tal y como vimos en el epígrafe 2 de la anterior sección. Como señalamos justo en la nota anterior, las facultades protectoras son casi más importantes más en su efectividad práctica que las dispositivas, lo que hace que con esta idea de la transmisión de la acción de defensa se admita la transmisión post-mortem de una gran parte de su contenido como derechos. No obstante todo ello, también veremos en los próximos epígrafes cómo en el derecho español, y mucho más en el comparado, existen autores que llevan más allá la transmisión de facultades de los derechos, ampliándolas incluso a las dispositivas.

Comentábamos que las principales tomas de posición respecto a esta opinión se produjeron tras la LO. 1/82[935], aunque tenemos que admitir que en su defensa de esta postura algunos autores son más explícitos que otros. Una parte de la doctrina defiende con una gran claridad que se produce una transmisión de la acción. ESTRADA ALONSO[936] es un ejemplo muy claro de ello, cuando, estudiando la legitimación de los familiares para defender el honor del fallecido, nos dice que; «Como ya se ha indicado anteriormente, una cosa es el derecho al honor propiamente dicho, y otra cosa es la posibilidad de defenderse contra una determinada intromisión. En los artículos que se analizan lo único que se atribuye a favor de los familiares o personas unidas al titular del derecho, es el ejercicio de las acciones de protección del derecho, nunca el derecho mismo. Sólo la acción y no el derecho es transmisible mortis causa»[937].

También encontramos posicionado en esta opinión, con tanta claridad, entre otros autores[938], a HERRERO TEJEDOR[939], que nos señala claramente que; «La legitimación a terceras personas parece referirse más a la acción que al derecho mismo, pues solo ella es transmisible mortis causa».

---

[935] Aunque podamos también observar algunas excepciones a este principio general. Así, ya a mitad de siglo, PÉREZ SERRANO, ob. cit. nota 504, págs. 24 y 25, recoge el primer precedente de una transmisión de la acción en su tratamiento del derecho moral de autor, y LACRUZ, ob. cit. nota 507, pág. 179, en 1974 recoge la posibilidad de que los herederos o los parientes sean quienes reciban la transmisión de la acción de defender estos derechos.

[936] En su obra; ESTRADA ALONSO, ob. cit. nota 178, págs. 98 y 99, lo que sigue sosteniendo en su obra posterior, ESTRADA ALONSO, ob. cit. nota 556, pág. 366.

[937] Como vemos, la admisión de la transmisibilidad de la acción es evidente. Hemos opinado que para nosotros, en dichos casos, se produce una verdadera transmisión, la de una parte del derecho (la defensora), aunque observamos ya en este primer autor que no toda la doctrina opina igual, ya que antes de estas rotundas frases, el autor nos señala que esta legitimación y transmisión de la acción; «tampoco contradice el carácter extrapatrimonial e *intransmisible*» del derecho al honor. Para nosotros esto es una contradicción, ya que si antes se ha señalado que la acción de defensa del derecho sí es transmisible, ya se ha admitido la transmisibilidad, al menos, algún aspecto del derecho, el protector (que como ya dejamos reflejado en la actualidad se ha de considerar esencial en nuestro derecho), aunque no se haga con el derecho en toda su extensión. ESTRADA señala que; *«es sólo la acción la que se transmite, no el derecho»*. Al transmitir la acción se transmite *una parte* del derecho, la de sus facultades protectoras, aunque otra para él, las facultades dispositivas, quede sin transmitirse. Por eso para nosotros el derecho y su posibilidad de defensa no son realidades tan divergentes como para este autor y para parte de la doctrina. Si se transmite la defensa se transmite parte del derecho.

[938] Entre los que también citamos a; LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. nota 527, págs. 615 y ss.; YSAS, ob. cit. nota 110, págs. 794 y 802; BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 336; o a ALEGRE MARTÍNEZ, ob. cit. nota 119, pág. 109.

[939] Vid. HERRERO TEJEDOR, ob. cit. nota 178, pág. 259.

Con más vacilaciones admiten esta posición CASTÁN[940] y GITRAMA[941], que lo hacen implícitamente a través de la cita de la regulación, admitiendo que se produce la transmisión de la acción de defensa de los derechos, pero sin citar expresamente que la misma suponga dicha quiebra del principio de no transmisibilidad[942].

Una postura muy interesante a este respecto es la de ESPÍN[943]. En un principio parece decantarse porque lo que se da es únicamente la transmisión de la acción de protección de los derechos, toda vez que tras señalar que los mismos se han de considerar protegidos también tras la muerte nos dice que ello; «conlleva la necesidad lógica de permitir su defensa por los parientes, tras la muerte de una persona, estén o no involucrados por la ofensa»[944]. Pero posteriormente, cuando estudia en profundidad la cuestión, refleja claramente la complejidad de la misma, y señala que el problema de la posibilidad de que lo que se produzca sea la transmisibilidad de los derechos en su totalidad es patente, para lo que analiza con detenimiento el derecho comparado[945], y aunque se decanta sólo por la transmisión de la acción, deja señaladas las muchas dudas que esta discusión provoca, y que analizaremos en los dos próximos epígrafes.

---

[940] Cfr. CASTÁN, ob. cit. nota 178, pág. 368.

[941] Vid. GITRAMA, ob. cit. nota 178, págs. 2398 y ss.

[942] Ello sin contar trabajos como el de; FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Explotación publicitaria de los bienes de la personalidad*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs. 313 y ss, en el que expone que es transmisible la acción del aspecto patrimonial de la imagen que asimila al right of publicity. Esta separación de aspectos hace que no recojamos más que incidentalmente esta postura, ya que señalamos con anterioridad que para nosotros esta clara división que se da en el derecho anglosajón no se produce en el español.

[943] Cfr. ESPÍN, ob. cit. nota 113, págs. 226 y ss.

[944] Esta opinión de ESPÍN fue ya tratada y analizada en el lugar de este estudio donde tratamos la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem en la sección anterior, y en concreto en los autores que abiertamente decidían que se habían de considerar subsistentes, en el epígrafe 5.1.1.1, al que nos remitimos.

[945] La importancia del derecho comparado, y en concreto la del italiano en la consideración de que la transmisibilidad también le puede afectar a los derechos globalmente, y no sólo a la acción de protección de los mismos, la veremos en los próximos epígrafes. En cuanto a los autores que defienden la opinión aquí expresada, que sólo se transmite la acción, en el derecho italiano podemos encontrar básicamente a; AULETA, ob. cit. nota 118, págs. 213 y ss., que se situaba en una posición minoritaria de la doctrina italiana, ya que veremos que a favor de la transmisión del derecho se han pronunciado un número más significativo de autores transalpinos.

Por último, no queremos dejar de señalar que esta postura se puede y se debe conectar expresamente con quienes opinaban en nuestro sistema jurídico que se produce una legitimación especial u ope legis[946]. Si se produce la transmisión de la acción, entre otras razones, es por la propia legitimación que le otorga la Ley, así estaríamos ante una situación que admite las dos posturas, la de que se transmite la acción de defensa de los derechos y la de la transmisión ope legis[947].

Pero no podemos en absoluto olvidar que también se transmite la acción de defensa de los derechos por la designación testamentaria del titular de los mismos (que está posibilitada por su reconocimiento legal, pero en la que únicamente entra en juego la voluntad del fallecido). No obstante, toda vez que hemos visto cómo en derecho español se admite la plena eficacia de las disposiciones testamentarias y de la sucesión post-mortem de aspectos no patrimoniales, no podemos considerar que esta transmisión de la acción sea tan "especial", salvo por el hecho (tampoco desdeñable en absoluto), de que se produce gracias a una regulación parcial, la de los derechos de la personalidad, y no a la general del Código Civil, y que por ello nos encontramos ante una transmisión post-mortem atípica[948].

3.2.2.- Se transmiten los derechos de la personalidad.

Entramos a analizar ahora algunas posturas que en el derecho español se han manifestado a favor de la transmisión post-mortem de algún derecho de la personalidad, aunque como veremos los autores aquí citados se decantan por admitirlo esencialmente en el caso del derecho moral de autor, y parecen mucho más reacios a hacerlo en el del resto de los derechos de la personalidad.

---

[946] Aunque no sean lo mismo, ya señalamos en los anteriores epígrafes que ambas posturas tienen mucha relación entre sí.

[947] Porque para nosotros es lo mismo opinar que se transmite la acción de defensa de los derechos o que se da una legitimación especial u ope legis, porque esa legitimación es única y exclusivamente la del ejercicio de esa acción protectora. Así pues, consideramos que se ha de tener en cuenta que estas opiniones (la de que se transmite la acción frente a las que opinan que sólo se da una transmisión especial u ope legis) no están enfrentadas entre sí, aunque formalmente se deban estudiar clasificándolas en lugares diferentes.

[948] Como ya expusimos en el epígrafe 2 de la presente sección, hoy en día la mayoría de la doctrina admite la posibilidad de transmisión mortis causa de derechos no patrimoniales, lo que se ha dado en denominar, contenido atípico del testamento (o de la herencia), en contraposición al contenido típico de las disposiciones patrimoniales. Sobre ello, ver, por ejemplo, la opinión de ROCA SASTRE, ob. cit. nota 857, pág. 33.

Existe algún precedente anterior, pero hemos de considerar que los estudios que analizamos son posteriores a la LO. 1/82, y sobre todo a los sucesivos textos de la Ley de Propiedad Intelectual[949]. Esta relación entre una regulación y otra no parece ser en absoluto necesaria para analizar la pervivencia el derecho moral de autor, pero entendemos que el sentido de la regulación de la situación post-mortem de los derechos del honor, intimidad o imagen puede haber supuesto un importante influjo a la concepción del derecho moral de autor post-mortem y viceversa[950].

Así, ESPÍN[951] deriva directamente del articulado de la Ley de Propiedad Intelectual que se produce una supervivencia del derecho moral de autor[952]; «Como derecho de la personalidad, se añade en la misma obra, debería cesar al fallecimiento de su titular, pero se considera que subsiste en tanto que protege la memoria del difunto, la personalidad intelectual sobrevive a la personal física»[953].

En su detallado estudio sobre el derecho moral de autor, GONZÁLEZ LÓPEZ[954] señala, respecto a su situación post-mortem que; «En efecto, en los citados artículos se regula la transmisión, al fallecimiento del autor, de tres de las facultades personales que se le conceden a éste (art. 14.1, 3 y 4), de lo que se deduce que el derecho moral, aun cuando es inalienable o intransmisible inter vivos, persiste tras la muerte del autor, pues como se ha indicado, algunas de las facultades que integran su

[949] Este precedente del que hablamos lo debemos situar esencialmente en el trabajo de; BORRELL MACIÁ, ob. cit. nota 852, pág. 210, que en 1954 recoge que los herederos reciben el poder de disposición del cadáver del fallecido que tenía su titular, aunque aclare que no se produce una transmisión. Se ha de entender esta opinión a la luz del momento en el que se efectúa (en el que sí que existía regulación, aunque no similar a la actual sobre el destino del cadáver), y considerarlo el primer precedente remoto de la admisión de la transmisión de algún aspecto de un derecho no patrimonial.

[950] El hecho de que los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82 admitan la posibilidad de defensa post-mortem de estos derechos, y que ello provoque este replanteamiento sobre qué es lo que se transmite (estudio que llevamos a cabo en estos epígrafes), es sin duda importante para la progresiva admisión de la transmisión de los derechos de la personalidad en general, y en concreto del derecho moral de autor, por el influjo que esta regulación le pueda dar a la misma.

[951] Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 162, pág. 20.

[952] Recordemos brevemente aquí que ya nosotros defendimos que, a la luz del articulado de la citada Ley, ésta es la única conclusión posible. En el epígrafe 3.6 del capítulo primero de esta segunda parte estudiamos el derecho moral de autor, y citamos que el artículo 15 de la Ley legitima al designado por el fallecido o a sus herederos en caso de no haber designación, a ejercer algunas de las facultades del derecho moral de autor del fallecido tras su óbito. Nos remitimos a todo lo allí estudiado al respecto de los detalles de esta regulación.

[953] Las mismas conclusiones, y más desarrolladas en cuanto a qué facultades subsisten las mantiene en su obra posterior, de 1997; ESPÍN, ob. cit. nota 572, págs. 159 y ss.

[954] Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 529, pág. 132.

contenido subsisten por tiempo indefinido». Posteriormente estudia con detenimiento este aspecto de la perpetuidad del derecho.

Ya hemos citado con anterioridad que también el profesor LACRUZ[955] opina exactamente lo mismo respecto al derecho moral de autor, cuando nos señala que; «Hay derechos no sólo personalísimos, sino inherentes a la persona del causante, que, sin embargo, perviven tras su fallecimiento a fin de proteger la personalidad pretérita del mismo (el derecho moral de autor)».

Vemos que la transmisibilidad el derecho moral de autor ha sido admitida pacíficamente por parte de la doctrina[956]. En este momento es en el que nos encontramos con un momento crucial en nuestro estudio. Al respecto de esta situación, y su posible ampliación al resto de los derechos de la personalidad, como hemos señalado, la mayor parte de la doctrina se muestra contraria a la misma. Pero encontramos un estudio del profesor CLAVERÍA[957] dedicado a la disposición corporal de los derechos de la personalidad en el que nos indica que; «Cabe 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[958] (...). Cabe también disponer en testamento a 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 un pariente, o a una fundación, etc. Esto es, caben muchas posibilidades y modalidades que pueden formar parte del contenido del testamento»[959].

---

[955] LACRUZ, ob. cit. nota 865, pág. 32.

[956] Esta situación la hemos de considerar como prácticamente pacífica en nuestro derecho, gracias, precisamente, a la regulación de los artículos 14 a 16 de la Ley de Propiedad Intelectual. Hemos de considerar que toda esta doctrina considera al derecho moral de autor como un derecho de la personalidad, y que por lo tanto ya se admite que alguno de ellos se transmita tras la muerte del titular.

[957] Vid. CLAVERÍA GONZÁLBEZ, L., *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*, ADC. III, 1994, pág. 67. En este trabajo el autor estudia todas las circunstancias de hecho que se pueden dar a raíz de la LO. 1/82, en torno a la disponibilidad de los derechos, y también trata, como veremos, la disponibilidad o transmisión post-mortem.

[958] Durante todo el trabajo el autor ha llevado a cabo un intenso estudio sobre todas las condiciones a las que se refiere, como la naturaleza jurídica de la disposición, la forma de disposición, los sujetos, el objeto, la causa..., lo que ya tratamos en la parte preliminar –ver nota 207-, por lo que no serán desarrollados ahora.

[959] Esta opinión nos parece muy interesante también por el trabajo en el que está realizada. Como hemos citado, en él el autor estudia la posibilidad de disposición de los derechos de la personalidad que otorga la LO. 1/82, y analiza sus condiciones. Con la finalidad de que se respeten los principios

En esta situación estamos ante un momento interesantísimo de nuestro estudio. CLAVERÍA admite que si se puede disponer de los derechos de la personalidad en vida[960], nada impide que esa disposición se admita mediante testamento dentro de los límites que el artículo 4 le da al testador. Nosotros, inicialmente, y en una opinión que desarrollaremos posteriormente, estimamos que esta postura nos parece la más correcta[961]. Pero, si esto es así, cabe hacernos automáticamente una pregunta; ¿Cabría la disponibilidad post-mortem de estas facultades por los familiares legitimados para su defensa por la LO. 1/82 si nada ha recogido el fallecido en su testamento?.

Hasta ahora hemos visto muy claramente que la Ley concede a los familiares la acción para defender el derecho. Así pues, las facultades negativas o defensoras se transmiten por la prescripción de la LO. (en la que como sabemos primero se remite a la voluntad del fallecido y después a su propia enumeración). Así pues, una parte del derecho sí que se transmite, y hemos de considerarla una parte muy importante, como ya reflejamos con anterioridad, toda vez que la defensa de estos derechos frente a las intromisiones de los terceros se considera esencial en su naturaleza jurídica.

Pero ante el silencio de la regulación sobre la posibilidad de que no sólo se transmitan estas facultades, sino también las dispositivas, es decir, que el derecho se ejerza post-mortem por parte del designado, o en su defecto, de los familiares, no sabemos en la postura en la que nos hemos de situar, ni desde el punto de vista ideal ni desde el práctico[962]. Sobre esta posibilidad, por lo tanto, nos debemos cuestionar

---

esenciales de la existencia de estos derechos. En este estudio se admite la posibilidad de disposición post-mortem por parte del fallecido de las facultades dispositivas de sus derechos.

[960] Ya hemos indicado que puede ser a cambio de precio o no. La propia LO. 1/82 supone la posibilidad del precio cuando obliga a indemnizar la revocación del consentimiento, y por ello no niega el carácter de personalísimos a estos derechos. Al respecto, nos remitimos a lo desarrollado en los epígrafes de los caracteres de los derechos, cuando estudiamos el consentimiento, y dedicado al estudio de la regulación.

[961] Adelantamos ahora que tras el siguiente epígrafe abrimos un apartado de recapitulación y opinión personal, en el que expondremos todo nuestro posicionamiento sobre este aspecto sucesorio de los derechos de la personalidad post-mortem, en el que estudiamos todas las posturas hasta aquí tratadas.

[962] Creemos que no sólo se ha de analizar cómo debería ser la situación, y si se ha de entender, en cuanto a la teoría de los derechos, si estas facultades dispositivas se transmiten o no, es decir, el aspecto ideal de la cuestión según la naturaleza jurídica de los derechos. También nos debemos preguntar el aspecto real o práctico, en qué situación deja la Ley, tal y como está configurada en la actualidad, esta posibilidad.

inmediatamente si existe la posibilidad de la transmisión de facultades positivas de los derechos, lo que haremos en el siguiente epígrafe autónomamente[963] (a esta pregunta, como hemos visto, CLAVERÍA ha respondido afirmativamente).

Antes citaremos brevemente la situación que se da en el derecho italiano respecto a si los derechos de la personalidad se transmiten o no. Cuanto tratamos las opiniones que se decantaban por admitir la existencia de los derechos de la personalidad post-mortem, en el epígrafe 5.2.1 de la anterior sección, en cuanto al derecho transalpino, ya indicamos que tras la regulación de la Ley de autor de 1942[964], la admisión de esta postura en el mismo era bastante generalizada.

Allí recogimos muchos autores que opinaban que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras el fallecimiento de su titular en manos de sus familiares. Por ello, hemos de concluir necesariamente que todos estos autores se decantan porque existe la transmisión del derecho[965]. En este momento nos remitimos a aquél lugar y al próximo epígrafe, el dedicado a analizar si se puede considerar que se da una transmisión de las facultades dispositivas de los derechos, en el que analizaremos con detenimiento cada una de las posturas, gracias a su importancia para dicho tema, y en este epígrafe dejamos solamente citado que todos estos autores se sitúan en la postura de que lo que se transmite a los familiares es el derecho en su totalidad. Como hemos analizado, es una postura que en el derecho italiano está mucho más asentada que en el nuestro, y que ya ha recorrido el camino

[963] Ésta es una cuestión y un estudio que se deriva muy directamente del presente epígrafe, y que se conecta con él, pues responde a la cuestión de si se transmite el derecho o no, pero consideramos que su gran interés actual provoca que a su tratamiento le debamos dedicar un epígrafe autónomo.

[964] Brevemente recordaremos que los artículos 93 a 98 de la citada regulación recogen la necesidad de solicitar autorización a los familiares de los fallecidos para publicar imágenes o aspectos de su intimidad tras su muerte, y que esto hacía que en el derecho italiano se opinase, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina (gran parte de ambas), que los derechos de la personalidad no desaparecían con la muerte, y que seguían existiendo en manos de los citados familiares.

[965] Entre ellos citamos a FERRARA, GIAMPICCOLO, VERCELLONE, RESGIGNO, y sobre todo, los trabajos de ZACCARÍA, SAVINI y ZENO, que se postulan claramente a favor a la consideración de que lo que se transmite post-mortem no es sólo la acción de defensa del derecho, sino el derecho en su totalidad. Estos autores ya fueron tratados en el citado epígrafe, y toda vez que sus posiciones serán mucho más significativas en el siguiente epígrafe, cuando analicemos la posibilidad que existe de que se transmitan las facultades positivas de los derechos, los trataremos con todo detenimiento y con un estudio pormenorizado de sus postulados y la cita de sus de obras en el siguiente epígrafe, al que nos remitimos, por lo que aquí sólo hemos querido recordar su existencia en este posicionamiento.

de discusión doctrinal y toma en consideración (tanto para admitirla como para negarla), que aún no se ha dado en nuestro sistema jurídico.

4.- ALCANCE DE LA TRANSMISIÓN. POSIBILIDAD DE TRANSMISIÓN DE FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

La problemática que acabamos de adelantar y que trataremos ahora es, para nosotros, hoy en día, el aspecto más interesante de la situación sucesoria de los derechos de la personalidad. Nos parece claro y fuera de toda duda que con la regulación de la LO. 1/82 se ha producido la transmisión de la acción de defensa de los derechos de la personalidad[966]. Esta transmisión, posibilitada por la citada regulación tiene dos fuentes. Primeramente, la designación testamentaria del titular, y en caso de no existir, la legitimación ope legis (aunque la razón de la existencia de ambas es el texto de la LO. 1/82).

Esto en cuanto a las facultades defensoras o negativas de los derechos. Pero, ¿se puede considerar que los designados testamentariamente o los familiares podrían tener facultades de ejercicio de los derechos de la personalidad del fallecido?. Como vemos, se podría dar esta situación por dos cauces, porque así lo establezca el fallecido[967] o porque exista un familiar o varios familiares designados por la Ley que decidan ejercitar alguno de los derechos[968]. Estas son las grandes interrogantes que

[966] Adelantamos una opinión que expondremos y fundamentaremos en el próximo apartado, con la finalidad de sistematizar mejor el desarrollo de la argumentación que nos lleva a plantear este apartado. Pero evidentemente mantenemos esta opinión desde la única óptica que nos parece posible, la defendida en el epígrafe 6 de la sección anterior, la de que los derechos de la personalidad no desaparecen totalmente tras el fallecimiento de su titular, y siguen existiendo fundamentalmente en su aspecto social o trascendente, que es el que defienden los designados por el fallecido y en su efecto los familiares gracias a la legitimación como titulares de esta acción que se les ha transmitido mortis causa.

[967] Dentro de la designación testamentaria que prevé el artículo 4 de la LO. 1/82, el fallecido podría no sólo determinar que una concreta persona, física o jurídica, defienda sus derechos, sino que a partir de dicho momento los ejerza y explote tal y con las condiciones y límites que el finado pueda determinar en el mismo testamento, o como el designado considere más oportuno para la mejor conservación y respeto de estos derechos, una vez que él mismo haya muerto, y acorde a las futuras circunstancias que se den, imprevisibles para el finado. Incluso le podría encargar que fuera esa persona quien controlara que si el fallecido ha prestado su consentimiento para que se produjeran ciertas intromisiones en sus derechos, siempre en determinadas circunstancias, éstas no cambien, y lo que en su momento fue una intromisión consentida pueda seguir considerándose como tal si no cambian éstas.

[968] Imaginemos que existe un solo familiar de los determinados en el artículo 4.2, o que habiendo varios, de común acuerdo y por unanimidad, se pongan de acuerdo para "explotar" el derecho de la

provocan esta situación. ¿Serían ilícitos estos acuerdos sin tener en cuenta si tienen o no el consentimiento previo del fallecido y si dañan o no sus derechos de la personalidad?. ¿Se podrían considerar acorde a la actual redacción de la LO. 1/82 y su clara admisión del consentimiento del afectado para considerar como no ilícitas ciertas intromisiones?.

La principal reacción de la doctrina, desde un punto de vista histórico y actual ante estas cuestiones es la negación de la posibilidad del ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de los familiares. Partiendo de la condición de personalísimos de estos derechos, la gran mayoría de la doctrina española niega tajantemente esta posibilidad.

La niegan los autores que estiman que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de su titular, y que se defienden derechos de los familiares, u otro tipo de realidades[969]. También lo niegan los autores que se situaban en una situación intermedia[970]. Así mismo, así opinan los autores que, a pesar de defender que los derechos de la personalidad no se extinguen con la muerte, opinan, como observamos en el anterior epígrafe que lo único que se transmite es la acción de defensa de los derechos[971].

Todos estos autores se han situado explícita o implícitamente en esta postura, aunque pocos lo han tratado expresamente, ya que no es una discusión que se haya dado hasta ahora con gran atención en nuestro derecho[972]. Así, tras preguntarse

---

personalidad de su familiar fallecido, ejercerlo en determinadas ocasiones y prestar consentimiento para determinada publicación (en la línea de la regulación italiana de derecho de autor, previo pago o no de determinada cantidad). Esta sería la forma en la que se podría dar un caso práctico de ejercicio del derecho de la personalidad de un fallecido por parte de sus familiares, en un principio dentro de los cauces prácticos de la propia LO. 1/82.

[969] Evidentemente en este momento no reiteraremos los nombres y trabajos de toda la cantidad de autores que se sitúan en esta postura, tratados en el epígrafe 3 de la anterior sección, y que, si opinan que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte, y si opinan que ni siquiera se transmiten acciones protectoras de los derechos, aunque no lo digan expresamente (probablemente porque consideran que es una problemática ni siquiera digna ni de plantearse), niegan tajantemente, aunque sea de forma implícita, la posibilidad de transmisión post-mortem de su ejercicio.

[970] Tratados en el epígrafe 4 de la anterior sección. Recordemos que estos autores argumentaban que lo que seguía existiendo eran "vestigios" o realidades nuevas, pocas veces desarrolladas y explicadas, como derechos de la personalidad pretérita o la memoria.

[971] Aunque no lo digan expresamente, si lo único que admiten estos autores es la transmisión de facultades protectoras o defensoras de sus derechos, implícitamente dejan fuera de esta posibilidad a las facultades dispositivas de los derechos.

IGARTÚA[973], entre los pocos autores que lo plantean expresamente con cierto detenimiento, si se puede considerar o no esta transmisión de facultades positivas, se sitúa claramente en esta línea, cuando concluye señalando que; «La respuesta es negativa. Por definición, las prerrogativas positivas no integran el contenido de protección que compete a los defensores de la personalidad del fallecido»[974].

De la misma manera opina YSAS[975] en su extenso estudio, cuando reflexiona indicando que; «La intromisión en la memoria del fallecido, no podrá ser consentida por nadie, ni parientes, ni herederos ni legitimados para el ejercicio de las acciones defensivas, porque se trata de actuar sólo la parte negativa, la defensa. Y no se puede renunciar lo que no se tiene»[976].

Muy pocos autores españoles se han mostrados partidarios de admitir sin matices que las facultades positivas de los derechos de la personalidad son susceptibles de transmisión post-mortem. En un principio debemos considerar muy especialmente la situación del derecho de autor. Cuando desarrollamos su tratamiento, ya vimos (y lo hemos recordado justo con anterioridad) que determinadas facultades del autor se traspasan a quien haya designado el fallecido o a sus herederos[977]. Así pues, ya recogimos, y aquí sólo dejamos citado que autores como LACRUZ[978], ESPÍN[979], o GONZÁLEZ LÓPEZ[980] señalan que el derecho

---

[972] Como ya hemos indicado, ésta es una discusión que sí se ha dado en el derecho italiano, pero prácticamente nada en el español, en el que la situación de la no transmisibilidad ha sido, hasta ahora, muy predominante.

[973] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, pág. 812.

[974] Como vemos, la postura es muy clara y se apoya en los caracteres clásicos de estos derechos, cuanto avala que esto es así "por definición". Posteriormente, y en este mismo trabajo, en su página 814, el autor hace una reflexión sobre la situación actual a la que nos aboca la redacción de la LO. 1/82. Por sistemática aquí lo dejamos sólo indicado, y lo recogeremos justo a continuación un poco más adelante.

[975] Vid. YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 802.

[976] De la misma opinión es; BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 336.

[977] Ya lo hemos citado en el epígrafe anterior, y allí recordamos en el epígrafe 3.6 del capítulo primero de esta segunda parte estudiamos con detenimiento el derecho moral de autor y citamos que el artículo 15 de la Ley legitima al designado por el fallecido o a sus herederos en defecto de designación a ejercer algunas de las facultades del derecho moral de autor del fallecido tras su óbito.

[978] LACRUZ, ob. cit. nota 865, pág. 32.

[979] Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 162, pág. 20.

[980] Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, ob. cit. nota 529, pág. 132.

moral de autor se transmite en alguna de sus facultades tras la muerte del titular. Hemos de recordar que todos estos autores estiman que este derecho es un derecho de la personalidad.

Pero este tipo de opiniones no se han elaborado en cuanto al resto de los derechos de la personalidad. Únicamente tenemos en este caso la opinión de CLAVERÍA[981], que aunque ya fue recogida con anterioridad, reiteramos por su gran interés para este tema en concreto; «*Cabe 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 (...). Cabe también *disponer* en testamento a 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 un pariente, o a una fundación, etc. Esto es, caben muchas posibilidades y modalidades que pueden formar parte del contenido del testamento».

El profesor CLAVERÍA ha tratado uno de los casos que se pueden dar. Puede existir una designación testamentaria que abarque también determinados aspectos dispositivos de los derechos. A pesar de que esta posibilidad pueda parecer algo revolucionaria, estimo que según la literalidad de los preceptos de la LO. 1/82, dicha posibilidad existe, y es acorde a la Ley. Pero también lo es en orden a los principios que la inspiran y que se desarrollan en todo su articulado. Si una persona puede disponer de SU derecho durante su vida mediante el consentimiento, no existe razón para que esa posibilidad se limite absolutamente para el momento en el que ha fallecido. Si existe la disponibilidad del derecho, la misma se puede extender perfectamente al momento post-mortem, lo que concuerda con la opinión que hemos defendido aquí de que los derechos siguen existiendo[982].

---

[981] Vid. CLAVERÍA GONZÁLBEZ, L., ob. cit. nota 950 (mirar), pág. 67.

[982] Pongámonos en la situación del consentimiento otorgado por el titular y que queda plenamente vigente en el momento de su muerte, y que consta mediante testamento que el titular desea que siga así tras su fallecimiento. No sería acorde a Derecho, y limitaría tanto las facultades del titular de los derechos sobre los mismos, como los derechos adquiridos de los terceros que hayan llegado al acuerdo con el fallecido, si existiendo el mismo en plena vigencia y con la constancia de la voluntad del fallecido de que siga así, llegado un fallecimiento, el consentimiento otorgado se tuviese que considerar ilícito, y por lo tanto dejar en suspenso la vigencia del acuerdo. Imaginemos una cesión de reportajes sobre una persona conocida por entregas, en las que cuenta su vida artística y personal, en el que se puede disponer del derecho a la imagen, y a la intimidad como mínimo (se podría disponer, entre otros, del derecho moral de autor, o del uso del nombre para publicitar el reportaje, etc.). Llegado el fallecimiento de la persona que llegó al acuerdo, se ha de considerar que la empresa puede seguir con sus publicaciones si la serie no ha llegado a su conclusión. Si se quisiese revocar el consentimiento, se tendría que indemnizar a la empresa necesariamente, por imperativo de la Ley, por

Así pues, se ha de admitir que mediante testamento, y en la línea del consentimiento en la intromisión (artículo 3.2 de la LO. 1/82) y de la designación del artículo 4.1, el titular del derecho transmita a la persona designada la facultad de disponer de sus derechos tras su muerte, en determinadas condiciones preestablecidas, o acorde a las circunstancias que se den, según su leal saber y entender con la finalidad de proteger sus derechos de la personalidad, y que sí mantenga intacto, y en lo posible potenciado, su prestigio social –aspecto trascendente del derecho al honor post-mortem-. Consideramos que en estos casos podría haberse previsto una legitimación legal al Ministerio Fiscal para que, en caso de daño evidente en el derecho de la personalidad de una persona fallecida (el caso típico será el de alguien conocido, ya que en el caso de personas anónimas no se daría con tanta normalidad), actúe en defensa del derecho, evitando la intromisión y el daño ocasionado al derecho por la inacción de unos familiares poco cuidadosos, o "excesivamente generosos" con la disposición del derecho de la personalidad del familiar fallecido[983].

El segundo supuesto es más delicado, y quizás por ello es más interesante. Es el del caso en el que el fallecido no haya dejado nada indicado, sobre cómo gestionar sus derechos de la personalidad tras su muerte. En este caso los familiares quedan como defensores de las intromisiones, pero en el caso de existir un solo familiar, o de actuar los que existan de los citados por el artículo 4.2 por unanimidad, podrán ejercer los derechos del fallecido, según lo preceptuado en la regulación[984].

---

parte de la persona designada o de los familiares, de quien quisiese llevar a cabo dicha revocación, lo que supone el reconocimiento de que se estarían dañando los intereses de la citada empresa, que ha recibido la disposición de los derechos de la persona fallecida. En este caso, que se habría de considerar lícito, se estarían ejerciendo ciertas facultades dispositivas del derecho de la personalidad del fallecido

Pero también es muy posible que el fallecido deje libertad al designado (o los designados) para llevar a cabo las disposiciones que las circunstancias determinen, siempre respetando su voluntad y los derechos, toda vez que el fallecido no puede prevenirlas ex ante, y en esta circunstancia también se daría la transmisión de facultades dispositivas, aún con mayor evidencia, de los derechos del fallecido.

[983] Puede ser una solución controvertida, ya que se tendrá que interpretar por los medios que existan si el fallecido habría consentido la intromisión o no. Esta circunstancia se salvaría con una detallada concreción o previsión en el documento testamentario, pero ante la más que previsible falta de la misma, la resolución de un tercero extraño a los implicados, la autoridad judicial, según las pruebas que se puedan aportar, parece ser la mejor salida en orden a buscar la protección del derecho, siempre desde el principio del escrupuloso respeto a la voluntad del fallecido.

[984] Imaginemos que es un solo familiar el que existe (es lo mismo que si hay varios y actúan con unanimidad). Si este familiar es el encargado de defender el derecho de la personalidad de su familiar muerto, y la LO. no ha previsto ningún mecanismo para el caso de dejación de sus funciones, basta con que no actúe reclamando el respeto al derecho del finado para que se pueda producir una

Ya IGARTÚA, aún cuando como hemos visto defiende que no se pueden transmitir estas facultades positivas, preveía esta posibilidad, cuando en su obra recoge que[985]; «Quien desee utilizar la imagen de un personaje célebre tras su muerte con fines comerciales me temo que deberá dirigirse a los designados por la Ley 1/82 como defensores "post-mortem" de la personalidad del sujeto, es decir, al nombrado por el difunto o a los familiares señalados en el artículo 4.2 de esa Ley»[986].

Pero no debemos pensar que éste es un caso únicamente de laboratorio, ideado por nosotros, o de existencia únicamente en profundos estudios doctrinales, y de difícil plasmación práctica. En la actualidad hemos asistido al lanzamiento por parte de una marca de automóviles de un vehículo llamado "XSARA **PICASSO**", en la que el nombre del genial pintor español se escribe con su firma artística[987]. En este caso, toda vez que se identifica claramente el nombre artístico del eterno pintor, se está produciendo un uso del nombre de un artista fallecido en 1973[988], a través del cual se aprovecha su prestigio social[989] para darle renombre a una marca comercial

---

intromisión en el mismo. Pero es más, también puede ocurrir que sea esa persona la que conceda a un tercero el consentimiento para utilizar el derecho del fallecido (con no actuar en su defensa le basta), y así estaría disponiendo de facultades positivas de este derecho.

[985] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 814 y ss.

[986] El profesor IGARTUA se refiere a la regulación de la imagen con fines comerciales separando sus aspectos personal y patrimonial, lo que nosotros no hacemos, pero no reflexiona sobre el hecho de que dicho consentimiento puede afectar a los aspectos personales de los derechos de la imagen, e incluso de la intimidad. Siendo coherente con su toma de postura anterior, estima que ésta no puede ser la mejor solución (aunque reiteramos que su planteamiento está llevando a cabo una separación que no ha realizado la LO., ya que estima que esto ha de ocurrir solamente con los consentimientos que conlleven una prestación económica, en los que se ceda el aspecto patrimonial del derecho -que el autor separa del personal-). Estimamos que esta separación es inadecuada, ya que también puede ocurrir esta cesión cuando se produce el consentimiento sin contraprestación, y en ese caso, el aspecto que se verá afectado será claramente el personal. El autor, pág. 869 y ss. de su obra, sigue exponiendo claramente que aunque antes haya defendido que las facultades dispositivas no se transmitan, la LO. de hecho le da a los familiares esta posibilidad de ser quienes posibiliten el ejercicio post-mortem de facultades que antes permanecían al fallecido, donde entra el juego de las voluntades de los familiares en caso de que sean varios.

[987] Se ha producido a través de numerosos anuncios en televisión o en prensa, como por ejemplo, por dejar citada una referencia concreta, entre muchas otras, anuncio en EL PAÍS del domingo 23 de enero de 2000, página 13, a toda página, o numerosos anuncios de televisión.

[988] La protección de estos derechos dura durante la vida de sus familiares (y en este caso Picasso tiene familiares vivos), u 80 años en el caso de la defensa del Ministerio Fiscal, por lo que estamos ante un claro caso de derecho protegido aún por la regulación.

[989] Lo que se produce directamente es el uso del derecho del nombre, pero a través de él también se está disponiendo del prestigio social del genial pintor –aspecto social del derecho al honor que sigue existiendo post-mortem-, así como de la imagen "ideal" del mismo en la sociedad. Por ello, a través de

de vehículos, lo que supondría una evidente intromisión recogida en el artículo 7.6 de la LO. 1/82, tanto en vida de su titular como tras su fallecimiento[990]. Para ello, se debe haber producido necesariamente la autorización de los herederos del citado artista[991], autorización con la que estarán disponiendo efectivamente del derecho de la personalidad de su familiar. La conclusión final es clara, se da el ejercicio de facultades positivas de los derechos de la personalidad del fallecido, y la actual regulación, suponemos que inconscientemente, lo permite[992].

Una vez observado que éste no es un problema baladí y sin importancia en nuestro sistema jurídico ni en la realidad social, antes de acabar aportando nuestra opinión al respecto pondremos brevísimamente nuestra atención en el derecho italiano. Como vimos, su Ley de autor preceptúa que para la publicación de la imagen o del epistolario íntimo de su familiar fallecido se ha de solicitar la autorización de los familiares. Así, por reconocimiento legal se le están dando expresamente facultades positivas a los familiares, con lo que la doctrina italiana ha desarrollado con mayor detenimiento que la española el estudio de esta realidad.

Así, respecto a autores que estudien los derechos de la personalidad en general, desde una perspectiva global, tanto VERCELONE[993], BESSONE[994] como ZENO[995], han defendido en diferentes decenios, desde hace mucho tiempo que se

---

este uso directo del derecho al nombre, creemos que estamos ante un caso en el que evidentemente se ha dispuesto de varios derechos de la personalidad de una persona fallecida.

[990] Aunque ya señalamos que la enumeración del artículo 7 de la LO. 1/82 no se ha de considerar como de números clausus, en este momento sí que nos encontramos ante una intromisión expresamente prevista en la LO.; «La utilización del **nombre**, de la voz o de la imagen de una *persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*», ante la que los familiares podrían interponer una acción judicial de reconocimiento de la intromisión a tenor del artículo 4.2.

[991] Nos hemos puesto en contacto con la citada empresa, que sin admitir expresamente el consentimiento o contrato sí que admiten que las personas *responsables habrán previsto esa circunstancia*, y llevado a cabo todas las acciones encaminadas a cumplir la regulación vigente.

[992] Posteriormente llevaremos a cabo la exposición de nuestro parecer, justo al final de este epígrafe, pero creemos que la LO., con su actual configuración permite sin lugar a dudas esta disposición. En el momento indicado, expondremos cómo creemos que se debería haber previsto esta posibilidad en la regulación.

[993] Vid., en 1965, a VERCELONE, ob. cit. nota 118, pág. 1087.

[994] Cfr., en 1983, a BESSONE, ob. cit. nota 712, pág. 207.

[995] Vid. a ZENO, en diferentes momentos de la última década, ob. cit. nota 708, pág. 442; y ob. cit. nota 709, pág. 93.

admite la transmisibilidad post-mortem de facultades dispositivas de los derechos de la personalidad.

Pero el trabajo más paradigmático de la aceptación de la transmisión post-mortem de facultades de disposición de los derechos de la personalidad, es, sin duda, el de ZACCARÍA[996], que analiza con gran detenimiento la sucesión de lo más diversos derechos extrapatrimoniales, y tras defender que los de la personalidad no desaparecen con la muerte, nos dice que, con la citada legislación, los sujetos citados en la misma serán los legitimados; «para ejercitar tras la muerte del titular originario, la facultad de consentir la divulgación del retrato lesivo del honor, de la reputación o del decoro del retratado». Sigue el autor ampliando esta situación a todos los derechos de la personalidad y estimando que se ha de respetar en todo momento la voluntad del fallecido, y que en caso de disenso será el Juez el que decida, ya que la legitimación se configura como un poder – deber.

Respecto a la doctrina italiana que ha estudiado esta situación desde la perspectiva de algún derecho de la personalidad en concreto, ya desde mitad de siglo se considera que las facultades dispositivas se pueden transmitir post-mortem, tanto en el derecho a la imagen[997] como en el derecho a la intimidad[998], opinión que sigue exponiéndose en momento más cercanos[999]. Consideramos que esta doctrina italiana ha de tenerse muy en cuenta, y servir de interesante referencia a la hora de replantearse la discusión en el derecho español, toda vez que gracias a la regulación, en el derecho italiano ya se ha producido la discusión de esta posibilidad de disponer post-mortem de los derechos de la personalidad, no sólo de su acción protectora que

[996] Todo el trabajo del profesor ZACCARÍA, ob. cit. nota 701, es interesantísimo en orden a su detenido estudio de todos los derechos no patrimoniales que se pueden suceder post-mortem, y que por lo tanto admiten su transmisión, pero en concreto el tratamiento de las facultades dispositivas de los derechos de la personalidad se da en las págs. 219 y ss.

[997] En cuanto al derecho a la imagen, en 1942 ya encontramos el estudio de FERRARA, ob. cit. nota 690, págs. 229 y ss.

[998] Sobre el derecho a la intimidad, en 1958, Vid. GIAMPICCOLO, ob. cit. nota 331, pág. 459.

[999] En la actualidad es muy interesante el trabajo de; SAVINI, ob. cit. nota 706, págs. 108 a 113, que estima que lo que se perpetúa es *«el mismo»* derecho que el del fallecido, y que no hace falta el concurso de todos los herederos, sino solamente de alguno de ellos para este consentimiento. Otros autores que defienden en tiempos cercanos esta transmisión, pero quizás más ligados al "Right of Publicity", son; SCOGNAMIGLIO, C., *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e del'immagine delle persone celebri*, DinfInf, 1988; o también, ORESTANO, A., *Immagine, persona e relazione di mercato*, RiCDP., 1991, págs. 913 y ss.

ya se ha dado en el derecho español, y creemos que en esta línea podría evolucionar la situación doctrinal española.

Concluiremos el presente epígrafe exponiendo nuestra opinión al respecto de la transmisión de facultades positivas de los derechos, en la que, aún teniendo en cuenta que es una posibilidad que no admite la gran mayoría de la doctrina española, consideramos que se ha de tener en cuenta la realidad social[1000], y se ha de adaptar esta opinión general a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem que hemos expuesto aquí (la de su permanencia). Para ello hemos de diferenciar entre dos situaciones.

La primera es el caso en el que el fallecido ha dispuesto en testamento que alguna persona no sólo defienda sus derechos, sino que también los ejerza de determinada manera, o incluso que puedan disponer de ellos en un futuro acorde a su leal entender y saber, siempre protegiendo los derechos[1001]. Toda vez que uno de los principios básicos de la regulación es la admisión del consentimiento de la intromisión, y por lo tanto la disponibilidad parcial de los derechos, y otro es el del respeto a la voluntad del fallecido en orden al destino de la protección de sus derechos post-mortem, se debería admitir esta posibilidad, y el designado tendría plena capacidad de disponer de los derechos del fallecido siempre en los términos recogidos por éste en su testamento, con una mayor o menor libertad.

Para ello se debería facultar legalmente a los familiares, en el caso de designación externa a los mismos, o al resto en caso de designación de uno de ellos, o al ministerio fiscal en caso de no existir esos familiares[1002] para controlar que esta

[1000] Hemos de tener en cuenta el caso de la utilización del nombre de PICASSO. Ésta es una realidad social emergente ante la que se ha de reaccionar. Incluso desde la perspectiva de quienes defiendan que en ningún caso se puede admitir la transmisión de facultades dispositivas, se debe reaccionar y establecer medidas para evitarlo.

[1001] Al respecto de lo que vamos a exponer a continuación, queremos aclarar que ninguno de estos aspectos han sido tratados en la LO. 1/82, con lo que existe un auténtico vacío legal al respecto. Algunas de las situaciones que recogemos podrían ser resueltas gracias a una determinada interpretación jurisprudencial de los preceptos legales, pero otros, y así lo comentaremos, requerirían una reforma legal.

[1002] Opinamos que se habría de pensar en los familiares porque nos parecen los más adecuados por la especial relación que guardaban con el fallecido. Pero en caso de existir, la regulación debería tener la prevención de que en caso de que sólo exista un familiar, o en el que los existentes dejen de ejercer sus funciones, el Ministerio Fiscal pudiese estar legitimado para defender los derechos de la personalidad del difunto (aunque admitimos que el recurso al Ministerio Público en estos casos podría no ser del todo operativo y efectivo).

disposición se lleve a cabo en la forma determinada por el fallecido, con pleno respeto a los derechos de la personalidad del mismo, y en caso contrario recabar el amparo judicial para que esto sea así[1003], siempre respetando la voluntad del fallecido y sus derechos[1004].

Consideramos que a esta apreciación se podría llegar sin necesidad de una modificación legal, gracias a la interpretación jurisprudencial en tal sentido de la posibilidad del consentimiento en la intromisión conjugada con la legitimación legal del designado por el fallecido en primer lugar, y de los familiares en su defecto para la defensa de los derechos del finado[1005].

El segundo caso es el de que el fallecido nada hubiese indicado. En el mismo debería regularse la necesidad de solicitar la autorización judicial para que cualquier familiar pudiese llevar a cabo el ejercicio de un derecho de la personalidad de un fallecido[1006], procedimiento al que se debería llamar a todos los familiares para que expresasen lo que a su derecho conviniese, y la citada autorización sólo se podría admitir en caso de que conste, muy claramente probado por cualquier medio admitido en Derecho, que ésa era la voluntad del fallecido. En caso de duda debería negarse la autorización, con una interpretación restrictiva, ya que no constaría que el fallecido así lo quisiese, y para nosotros el principio fundamental en este tema es el del respeto a su voluntad, ya que estamos hablando de sus derechos[1007], que siguen

---

[1003] En caso de haber algún familiar disconforme o un enfrentamiento entre ambos, siempre se podría recurrir a la autoridad judicial, y sería ésta la encargada de resolver el litigio.

[1004] El hipotético caso que se podría dar en el que se produjese una manifestación de voluntad del fallecido de no proteger sus derechos, será estudiado en uno de los siguientes epígrafes, 6.1.1, al que nos remitimos.

[1005] En caso de no interpretarse así la regulación, una persona no podría dejar indicado a un tercero por disposición testamentaria que publique sus memorias, ya que aunque dicho acto esté amparado por la Ley de Propiedad Intelectual, si afectase a algún derecho de la personalidad se podría pensar que es ilícito, por estar disponiendo del mismo tras la muerte de su titular. Creemos que si ésta, u otra que provoque la disponibilidad parcial de sus derechos, es la clara voluntad del fallecido, se debe respetar ***aunque los familiares se opusiesen a ello***, ya que a nuestro entender, aquí tratamos del derecho del fallecido (si afectase al suyo sería otra cuestión).

[1006] Consideramos que se ha de admitir esta posibilidad por varias razones. La primera es que se conjuga con la naturaleza jurídica que hemos expuesto aquí; los derechos de la personalidad siguen existiendo post-mortem, y nada ha de impedir su ejercicio si se hace acorde a la voluntad (implícita o explícita) del fallecido, aunque nada se haya señalado expresamente en el testamento, respetando escrupulosamente esos mismos derechos. La segunda es que de hecho se permite en la regulación actual, como vimos en el caso PICASSO, y lo que se ha de hacer es reaccionar ante esta situación, y controlar que la admisión del ejercicio de las facultades dispositivas se de con los límites adecuados, acorde a la LO. 1/82, no evitar toda posibilidad de ello.

existiendo[1008], y ante la posibilidad de una publicación, o acción que podría ser a los ojos del fallecido una intromisión, será más aconsejable negar dicho permiso.

5.- POSICIONAMIENTO PERSONAL.

Recapitularemos ahora muy brevemente cuál es nuestra opinión personal sobre el aspecto sucesorio de los derechos de la personalidad post-mortem, que ya hemos dejado indicada parcialmente en cada uno de los apartados que hemos tratado. La primera conclusión que al respecto obtenemos es que gracias a la regulación de la LO. 1/82 en nuestro derecho se da, sin ninguna duda, para nosotros, la transmisión de la acción de protección de los derechos de la personalidad de una persona fallecida. Hemos de significar aquí, como ya hemos indicado, que dentro de la configuración actual de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad en vida y tras su muerte, la facultad defensora de las intromisiones que los mismos sufran se configura como muy importante, casi como la trascendental y con un mayor valor incluso que las facultades dispositivas, ya que a través de esta defensa es como el titular de los derechos puede realmente disfrutar de ellos[1009].

Hemos de señalar que aquí se da una transmisión post-mortem de la acción de protección de los derechos, que siguen existiendo en su aspecto social, tal y como desarrollamos en el epígrafe 6 de la anterior sección, gracias a la regulación de la LO. 1/82. Pero no se puede considerar esta sucesión como una excepción absolutamente especial al régimen sucesorio general de nuestro sistema jurídico, toda vez que hemos visto cómo en el derecho español se admite con naturalidad que se produzca la transmisión post-mortem de derechos no patrimoniales. Eso sí,

---

[1007] En el caso que hemos expuesto, nos permitimos dudar que Picasso estuviese de acuerdo con que su nombre se utilizase para la denominación de un modelo de coche, aunque se podría analizar si de sus actos se derivaría cuál era su voluntad.

[1008] Se podría facultar al resto de los familiares, e incluso al Ministerio Público, para que en caso de que se llevase a cabo esta disposición sin la solicitud de dicha autorización, lo pusiesen en conocimiento de la autoridad judicial, y se controlase por la misma esta circunstancia.

[1009] Sólo si yo puedo limitar las intromisiones que los demás lleven a cabo en derechos que tienen una gran significación en la vida social podré disfrutar "personalmente" de ellos. Sin contar que hoy en día, ver capítulo primero de esta segunda parte, la concepción jurídica del derecho a la intimidad y el de la imagen se base en evitar que los terceros entren en un ámbito de mi vida que quiero mantener reservado a ellos (derecho a la intimidad), o que lo usen (derecho a la imagen). No obstante esta breve reseña, estas opiniones las hemos desarrollado, defendido y fundamentado durante el estudio de la naturaleza jurídica de cada uno de los derechos por separado, tanto en vida como post-mortem, y en el tratamiento de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad analizados desde un punto de vista global, a lo que nos remitimos.

admitimos que esta sucesión se sale de los cauces históricamente admitidos como clásicos de la transmisión de derechos patrimoniales, por lo que entra dentro del contenido atípico del testamento[1010].

Esto respecto a la transmisión de la acción de defensa de los derechos. Respecto a la posible transmisión del derecho, o de sus facultades positivas (las negativas se transmiten, ya que son las de la acción), la LO. 1/82 no indica nada, pero deja una situación de hecho gracias a la cual, al ser una persona designada por el fallecido la que ha de defender los derechos, o en su defecto ser un familiar o unos pocos, estas personas (sea o no una pluralidad, en este caso actuando con unanimidad) pueden decidir disponer de los derechos de la personalidad del fallecido, y salvo oposición de nuestro familiar si no existe disposición testamentaria[1011], la misma disposición se podría llevar a cabo libremente.

Esta situación de hecho es absolutamente negativa y puede provocar graves e inadmisibles daños en los derechos de la personalidad de personas fallecidas. Así pues, sería aconsejable una reforma legal en la línea que hemos dejado indicada justo al final del anterior apartado, donde expusimos nuestro parecer.

En caso de clara constancia de la voluntad del fallecido la misma se ha de cumplir escrupulosamente, y hacer todo lo posible por que ello sea así[1012] (generalmente se deberá confirmar la misma por la determinación testamentaria, pero es posible que ésta no exista, y en dicho momento se tendría que recurrir a algún medio indubitado de prueba, única manera de admitir la falta de declaración testamentaria[1013]). Esta voluntad se puede dar en el sentido de defender sus derechos

[1010] Ya vimos en el apartado 2 de esta sección que en la actualidad se admite por la mayoría de la doctrina la existencia de un contenido típico y atípico de la herencia, o de la sucesión, por lo esta sucesión de la acción de la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem no se debe considerar com tan especial o excepcional. Al respecto, Vid., por ejemplo, la opinión de; ROCA SASTRE, o de CAPILLA en dicho epígrafe.

[1011] Parece que, gracias a la regulación, si el defensor es el designado por el fallecido, podría en teoría actuar a su antojo en esa defensa. En el próximo epígrafe estudiaremos todos los legitimados por la regulación y la relación existente entre ellos.

[1012] En esta situación se admitiría la existencia de un acuerdo firmado por el fallecido con un tercero con anterioridad a su fallecimiento, aún vigente en el momento de la muerte, que seguiría teniendo plena eficacia desde esta admisión de la disponibilidad. Ya citamos anteriormente que la forma de conjugar este principio con el respeto a los derechos del fallecido es la de legitimar a los familiares o al Ministerio Público para que si llegase el caso del incumplimiento por parte del tercero de la voluntad del fallecido, se pueda recabar el auxilio judicial para evitarlo.

en todo momento y circunstancia, sin admitir ninguna intromisión, o en el de admitir en algunas circunstancias la posibilidad de disposición parcial de alguno de sus derechos de la personalidad[1014], y en la citada disposición se pueden predeterminar muy concretamente las circunstancias en las que se use de esta posibilidad por parte del familiar, o darle discreccionalidad al mismo para que las lleve a cabo atendiendo a las futuras situaciones que se den, respetando siempre los derechos del fallecido[1015].

El otro caso que citábamos es el de la situación en la que el fallecido nada hubiese dejado indicado, y en la misma se debe ser muy restrictivo en el caso de que un familiar, o el designado para la defensa de los derechos quisiese ejercer facultades dispositivas de los mismos, y someter dicha posibilidad siempre a una previa autorización judicial y que la misma dependa de que conste fehacientemente que la voluntad del fallecido hubiese sido claramente la de la disposición, y en caso contrario, negar tal autorización[1016]. A dicho procedimiento se debería citar a todos los familiares citados por la LO. 1/82, para que expusiesen su postura frente a la posible voluntad del fallecido en este sentido, y a la conveniencia o no de la autorización, decidiendo finalmente la autoridad judicial qué decisión tomar[1017].

[1013] Sobre la forma en la que se ha de manifestar la voluntad del fallecido, la LO. es clara, es la testamentaria, aunque trataremos este aspecto en el siguiente epígrafe, donde estudiemos la designación, momento al que nos remitimos.

[1014] Estamos convencidos de que en la situación jurídica actual se puede disponer sin ningún problema del derecho moral de autor, del derecho al nombre, a la imagen y hasta la intimidad, pero dudamos más esta posibilidad en el caso del derecho al honor, que no se conjugaría con el principio constitucional de la necesidad de un absoluto respeto de la dignidad de la persona.

[1015] Creemos que sí se podría decidir la disponibilidad parcial del derecho, ya que a través del consentimiento que se recoge en la Ley, los derechos se consideran hoy en día disponibles y se ha de respetar la voluntad del fallecido. Pero toda vez que hablamos de derechos absolutamente irrenunciables (ver epígrafe de los caracteres de los derechos en al parte preliminar del presente estudio), se debería tener por no puesta, y no observarla por ser contraria a Derecho, la estipulación testamentaria en la que el fallecido hubiese indicado a la persona designada que dejase desamparado el derecho, y no lo defendiese nunca frente a cualquier intromisión, lo que sería igual que renunciar a la protección del derecho, lo que no admite nuestro sistema jurídico. En el próximo epígrafe, cuando tratemos de la disposición del fallecido, trataremos esta posibilidad, y expondremos posturas de la doctrina al respecto.

[1016] Toda vez que justamente en el anterior apartado fue cuando expusimos y fundamentamos nuestra opinión con detenimiento, a dicho lugar nos remitimos, y aquí la dejamos únicamente indicada.

[1017] Así, casos como el de PICASSO se evitarían, o al menos tendrían un control judicial sobre ellos.

6.- ASPECTOS SUBJETIVOS DE LA TRANSMISIÓN. LEGITIMADOS POR ELLA.

A continuación estudiamos el aspecto subjetivo de la sucesión de los derechos de la personalidad post-mortem. Desde el punto de vista práctico es una materia que tiene una gran importancia, toda vez que determina quién puede accionar defendiendo los derechos de los sujetos ya fallecidos, aunque desde el punto de vista de la discusión doctrinal teórica no presenta grandes puntos conflictivos, sólo algunos muy puntuales, que expondremos y analizaremos en el presente epígrafe[1018].

Nos vamos a centrar en los aspectos subjetivos de la sucesión de los derechos regulados en la LO. 1/82, que por otro parte son los más significativos[1019], y por ello antes dejamos citado que con respecto al principal derecho de la personalidad de la esfera espiritual que queda fuera de esta regulación, el derecho moral de autor, ya tratamos en el epígrafe 3.6.4.1 del primer capítulo de esta segunda parte los sujetos legitimados para defenderlo tras la muerte de su titular (y para ejercitarlo en determinadas de sus facultades), regulados en la Ley de Propiedad Intelectual, y a aquel momento nos remitimos. Por último, también hemos de señalar que nos centraremos en el estudio de la situación del derecho español, que es la que nos interesa respecto a la legitimación para actuar, citando sólo muy brevemente algún aspecto concreto del derecho comparado[1020].

[1018] El hecho de que los temas conflictivos en relación a esta legitimación subjetiva para la defensa de los derechos no sean demasiado numerosos provocará que el tratamiento y la extensión de este epígrafe no sea muy amplia, y que se puedan analizar con solvencia sus diferentes extremos constatando que no existen grandes zonas oscuras, sino únicamente muy concretos puntos de discusión.

[1019] Defendemos esta postura, junto a la práctica unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia porque en dicha Ley Orgánica se regula todo lo relativo a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la imagen y, muy en consonancia con ella, el derecho al nombre (con el que vimos que se relaciona directamente con el derecho al título nobiliario –ya reflejamos en el apartado 3.5 que no toda la doctrina lo considera derecho de la personalidad-). En las clasificaciones que aquí hemos manejado de los derechos de la personalidad (epígrafe 2 del primer capítulo), sólo quedarían fuera de esta enumeración, respecto a la esfera espiritual, el derecho moral de autor, y respecto a la corporal el de disposición del cadáver. Aquí ya estudiamos con detenimiento el derecho moral de autor, y también recogimos en el extenso epígrafe 4 del citado capítulo que, al igual que en el citado derecho moral de autor, en el mismo agotábamos todo el tratamiento del derecho a la disposición del cadáver desde el punto de vista post-mortem, por lo que ahora nos remitimos a ambos epígrafes en lo relativo a los sujetos legitimados para ejercer esos dos derechos tras el fallecimiento de su titular.

[1020] Al ser éste un epígrafe eminentemente práctico no hemos de centrar en cuáles son los sujetos legitimados en nuestro derecho para aclarar cuáles son los sujetos que admiten hoy en día nuestros tribunales como actores en los procesos en los que se defienden derechos de la personalidad de personas fallecidas, citando el derecho comparado sólo como una lateral referencia comparativa, pero no con tanto detenimiento como los diferentes aspectos del derecho material, toda vez que el hecho de

6.1.- Sujetos legitimados para actuar.

Respecto a los sujetos legitimados para actuar, hemos de ceñirnos básicamente a la LO. 1/82, y en concreto a su artículo 4, en el que establece la legitimación de estos sujetos y el orden de preferencia de los mismos. A pesar de que ya lo hemos tratado[1021] los citamos ahora, por ser éste el momento en el que estudiaremos concretamente el tema de la legitimación subjetiva. Así, el orden que la regulación establece para la defensa de los derechos de la personalidad de los fallecidos es el siguiente;

1°.- El primer legitimado para actuar, si existe es «el designado por el fallecido en testamento», designación que «puede recaer en persona jurídica».

2°.- En segundo lugar, si no existe designación o el designado murió, estarán legitimados «el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento».

3°.- En caso de falta de todos los citados, el Ministerio Fiscal.

Como vemos, la enumeración es muy clara, y respecto a ella no hay muchas dudas en la doctrina. Así, podemos considerar unánime la aceptación de que éstos son los sujetos designados[1022], no podía ser de otra manera, aunque sobre lo que entran dudas y se centra la discusión doctrinal es sobre el papel de alguno de ellos, o la extensión de la designación. Lo estudiaremos en los siguientes apartados[1023].

Antes de estudiar la situación de cada uno de los legitimados, hemos de citar que ante la duda que puede surgir en el caso de que se de una pluralidad de ellos (se ve claramente en los legitimados por ser familiares, o en el caso de que el fallecido hubiese designado a más de una persona), el legislador no deja lugar a la duda cuando en el artículo 5 establece que;

---

que en uno u otro sistema jurídico se legitime a diferentes sujetos o a los mismos no afecta en nada la actual situación real de nuestro derecho, que es lo que aquí queremos analizar.

[1021] En el epígrafe 1.2 de la sección primera del presente capítulo se expuso y estudió concretamente la regulación de la LO. 1/82, y allí reflejamos los sujetos que podían actuar en la defensa de los derechos post-mortem, y el resto de los aspectos significativos de la misma.

[1022] En esta postura podemos encontrar, entre otros, a; ROYO JARA, ob. cit. nota 564, págs. 126 y 127; TOMÉ GARCÍA, ob. cit. nota 159, pág. 211; ESTRADA ALONSO, ob. cit. nota 178, pág. 99; YSAS, ob. cit. nota 110, págs. 794 y ss., o a; MONTÓN, ob. cit. nota 178, pág. 886.

[1023] No puede existir ninguna duda sobre los legitimados, o que en primer lugar se encuentre el designado por el fallecido, porque la regulación es muy clara al respecto. Sí que puede haber discusión sobre la forma de designación, la actuación de los sujetos, o los límites que tienen en su actuar, y estas discusiones doctrinales motivan nuestro estudio en los siguientes epígrafes.

> 5°. 1°.- Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, ***cualquiera de ellos podrán ejercer las acciones previstas*** para la protección de los derechos del fallecido.
>
> 2°.- La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

Así pues, queda claramente determinado que estamos ante una legitimación plural, en la que todos los legitimados podrán actuar defendiendo los derechos de la personalidad del fallecido. También la doctrina es pacífica en la admisión de esta pluralidad, o solidaridad en la legitimación, como cita algún autor[1024], lo que significa que cualquier familiar se puede presentar ante el Juzgado y solicitar la protección de los derechos[1025]. lo que sin duda confirma que la voluntad del legislador era la de proteger los derechos de la personalidad del fallecido de la manera más completa posible[1026].

6.1.1.- Designado por el fallecido.

El primer legitimado para defender los derechos del fallecido es la persona que éste haya designado. Esto deja de manifiesto, una vez más, que lo primero que resalta la Ley es que se ha de respetar en todo momento la voluntad de la persona fallecida cuando ésta conste, lo que quiere decir mucho, y se ha de tener muy en cuenta a la hora de estudiar el resto de los aspectos[1027]. Un aspecto claramente

---

[1024] Vid. GITRAMA, ob. cit. nota 178, pág. 239; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 853 y ss; ROYO JARA, ob. cit. nota 564, pág. 128; YSAS, ob. cit. nota 110, págs. 799 y 800; BELLÓN, ob. cit. nota 387, págs. 344 y 347; o a AZURMENDI, ob. cit. nota 155, pág. 173.

[1025] Los derechos de la personalidad regulados por la LO. 1/82 pueden ser defendidos por cualquiera de los legitimados, pero también se ha de admitir que cualquiera de ellos se pueda personar ante los Tribunales en las acciones ya iniciadas por cualquiera de los demás, y estimar lo que a su derecho convenga.

[1026] Es evidente que con esta prevención de la pluralidad en el actuar de los legitimados se le da gran virtualidad y una mayor fuerza a la protección de los derechos de la personalidad post-mortem, ya que se evita la desprotección que puede suponer que uno de los legitimados sea negligente en su responsabilidad de protección, ya que el resto de los designados por el finado o de los familiares podrán actuar en cualquier momento independientemente de la cercanía que tengan con el fallecido. Recordemos que no en todo el derecho comparado este hecho es así, porque en el italiano, por ejemplo, y a raíz del artículo 93.2 de la Ley de autor italiana de 1942, lo que se da es un estricto orden de preferencia (Vid. epígrafe 5.2.1 de la anterior sección). Esta intención de promover la protección de los derechos que demuestra la regulación española es esencial, y nosotros la hemos tenido en cuenta en todos nuestros posicionamientos personales, tanto los de la naturaleza jurídica post-mortem de los derechos ya expuestos, como los de la transmisión mortis causa de los mismos que señalaremos aquí.

asentado por la LO. 1/82 es que el sujeto legitimado por el fallecido puede ser perfectamente una Persona Jurídica, lo que también conlleva importantes consecuencias para nosotros[1028].

El primer aspecto que podemos considerar problemático sobre esta designación es el de su forma. La LO. deja muy claramente señalado que ha de ser la testamentaria. Pero algún autor se ha planteado si debemos seguir dicha prevención de manera inflexible. Mientras que ESTRADA[1029], por ejemplo, se muestra partidario de ello, IGARTÚA[1030] estima que en caso de que exista una previa declaración expresa de designación, a pesar de que no se repita en el testamento, la misma se ha de considerar válida, y por tanto, dicha persona, situarse en un lugar preferente frente a los familiares[1031]. Desde el punto de vista teórico, doctrinal, coincido plenamente con el profesor IGARTÚA; en casos prácticos como el que plantea se debería admitir la legitimación de este sujeto, pero creo que desde el punto de vista práctico de la efectividad de acceso a nuestros tribunales, la clarísima y expresa determinación legal conllevará que nuestros Tribunales exijan designación

[1027] Nosotros hemos creído que este primer principio que asienta la Ley es fundamental en todos los órdenes. En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad post-mortem ya indicamos en el apartado 6.2 de la anterior sección, en la que expusimos nuestra opinión personal, que para nosotros esto es así porque de lo que se trata es de defender los derechos del fallecido, ni más ni menos que eso. Y respecto al aspecto sucesorio, también conlleva ciertas consecuencias, ya explicadas en esta sección, como la de que se ha de admitir que el fallecido no sólo disponga la persona encargada de la defensa (y en ocasiones como ya citamos de la disposición de los derechos), sino que también podría establecer las condiciones de la citada protección.

[1028] Lo que ya expusimos en el epígrafe 6.4 de la anterior sección, y se centra esencialmente en el hecho de que gracias a esto no se puede alegar que lo que defiendan los familiares son sus propios derechos, sino que han de ser los derechos del fallecido, ya que la posible protección de los derechos de los familiares no tendría sentido alguno si el legitimado para defenderlos es una persona jurídica nombrada por el sujeto fallecido.

[1029] Vid. ESTRADA, ob. cit. nota 113, pág. 230.

[1030] Cfr. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 850 y 851.

[1031] El profesor IGARTÚA nos expone un caso práctico interesantísimo, en el que estoy con él en que idealmente se debería considerar válida la designación extratestamentaria (aunque por desgracia la LO. es ciertamente tajante), y es el caso "Hiehans", en el que existía una Fundación creada por el interesado que entre sus estatutos tenía la protección (y disposición diría yo) de los derechos de la personalidad del mismo, pero dicha prevención no fue tenida en cuenta en el testamento. En este caso quedaría acreditado que la voluntad del fallecido era la de entregar la defensa de los derechos a la fundación, y ésta debería tener preferencia a los familiares, lo que con la dicción literal de la regulación parece difícil. Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, pág. 850.

testamentaria para admitir la legitimación activa de quien no sea familiar del finado[1032].

El principal grupo de aspectos conflictivos de la designación testamentaria es el de la extensión de la misma, tanto la subjetiva como la objetiva, sobre lo que nada establece la regulación. En cuanto a la extensión subjetiva, nos podemos preguntar si en la disposición testamentaria el fallecido puede apartar a alguno de sus familiares o a todos de la legitimación para actuar en la defensa de sus derechos. Los casos son muy diferentes. Estimamos que a alguno de sus familiares sí que los puede apartar de esta protección, y creemos que sin duda alguna (ya que el principio imperante es el respeto a la voluntad del fallecido y a que el fundamento de la designación es, entre otros, la confianza entre los sujetos[1033]), el fallecido, si quedan otros familiares, puede eliminar a alguno de ellos de la legitimación para actuar.

En cuanto a apartar a todos los familiares, creemos que si no designase a un tercero para su defensa, estaríamos ante un caso de prohibición de la defensa, lo que trataremos justo a continuación, pero adelantamos que no sería admisible[1034]. Si determinase otra persona, física o jurídica, que defendiese sus derechos una vez fallecido, sería admisible la limitación de sus familiares, toda vez que los derechos no quedarían desamparados, aunque sí menos protegidos[1035].

Otro supuesto contradictorio es la admisión o no de la renuncia de la persona válidamente designada en testamento. Estimamos que siempre que el fallecido no haya estipulado el apartamiento de todos sus familiares de la defensa de los derechos, toda vez que el cargo de defensor ha de ser considerado como voluntario[1036], se

---

[1032] Conclusión a la que finalmente también llega el profesor; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, pág. 851; «Reconozco, sin embargo, que la dicción literal de la Ley 1/82 parece difícil de obviar».

[1033] Esta fundamentación objetiva de la protección de los derechos post-mortem la estudiaremos en el apartado 6.4 del presente epígrafe.

[1034] De esta misma opinión, la de admitir el apartamiento de alguno de sus familiares, pero no el de todos, son; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 841 y ss., y; BELLÓN, ob. cit. nota 387, págs. 341 y ss.

[1035] Porque en caso de desaparición de esa persona designada, ya sólo quedaría el Ministerio Fiscal para la protección de los derechos de la personalidad del fallecido, con lo que los mismos estarían defendidos por menos personas, pero toda vez que no se produce una falta, sino una menor protección, y en aras de potenciar el máximo respeto a la voluntad del fallecido, creemos que dicha disposición se tendría que considerar válida.

[1036] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 841 y ss.; y BELLÓN, ob. cit. nota 387, págs. 341 y ss. El encargo se ha de considerar de manera voluntaria para el designado, toda vez que si el fallecido lo ha elegido será precisamente por su cercanía y predisposición para defender sus derechos. Por otro

debería estar a lo dispuesto por el artículo 4.2 sobre el fallecimiento del designado, y admitir dicha renuncia, pasando la legitimación a los familiares[1037].

En cuanto a la extensión objetiva de la designación del fallecido, ya dejamos indicado en los dos apartados anteriores que, a pesar de que la LO. 1/82 sólo habla de acciones defensoras de los derechos, deja una situación de hecho en la que se pueden ejercer facultades dispositivas. Sobre ello ya reflexionamos extensamente, y nos remitimos a lo expuesto en los dos apartados anteriores[1038].

El otro aspecto de la extensión objetiva es el de si se puede considerar como válida la prevención testamentaria en la que el fallecido disponga que nadie le defienda su derecho, es decir, en la que prohibiese esta defensa. La misma se debería considerar simplemente como una renuncia a la protección, lo que chocaría con la concepción de irrenunciables de los derechos, y por lo tanto se debería entender como no puesta, ya que vulneraría uno de los principios fundamentales de la regulación, y en dicho caso actuar como si nada se hubiese reflejado, legitimando a los familiares[1039].

Por último, en cuanto a la posibilidad de que los familiares insten la remoción judicial del cargo de defensor de la memoria del designado por el fallecido, la misma se ha de entender como absolutamente posible, siempre y cuando se acredite que los

---

lado, si se considerase como una obligación o una carga incómoda, poco o mal estarán protegidos en dicho caso los derechos de la personalidad del fallecido.

[1037] En caso de que se conjugase la renuncia del designado con el apartamiento testamentario de todos los familiares, lo que se debería tener por no válido tendría que ser esta última prevención, y se tendría en cuenta sólo como la renuncia del designado, y a partir de ahí, a los familiares como legitimados para ejercer las acciones que la regulación establece.

[1038] De lo que antes recordamos que en los apartados cuarto y quinto estimamos que en ciertos casos, y con determinadas prevenciones, se debería considerar posible también trasmitir ciertas facultades dispositivas de los derechos de la personalidad para el momento posterior al fallecimiento de su titular.

[1039] Esta opinión nuestra concuerda absolutamente con la postura que hemos venido manifestando en el transcurso de todo nuestro estudio, la de que los derechos de la personalidad no desaparecen con la muerte de su titular. Para los autores que opinan que éstos sí que desaparecen, se debería entender como válida esta determinación testamentaria, la de que, vulnerando los principios de la Ley, nadie defienda los derechos del fallecido, ya que si han desaparecido, en dicho caso nada se considera lesionado, y por lo tanto se puede establecer que nadie proteja lo que no se puede lesionar. Para nosotros esta opinión chocaría de manera frontal con tres aspectos; la teoría general de los derechos de la personalidad; la regulación de la LO. 1/82; y con la concepción casi unánime de la doctrina de que los derechos no se pueden dañar tras la muerte, que ya expusimos en el epígrafe 2 de la anterior sección, y por ello es el único caso en el que postulamos evitar la puntual observancia del cumplimiento de la voluntad del fallecido, toda vez que existen esos tres poderosos motivos que nos mueven en este sentido.

derechos de la personalidad del fallecido quedan desprotegidos por dejación, violando la confianza que en el designado puso el mismo. En estas circunstancias, los familiares deben poder accionar[1040], aunque de la regulación se pueda desprender lo contrario, ya que recoge que los familiares actuarán solamente; «no existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada»[1041], y creemos que dicho texto se debería interpretar extensivamente en este caso en el que la inacción del legitimado pueda dejar desprotegidos los derechos.

6.1.2.- Familiares del fallecido.

En defecto de designación testamentaria el artículo 4.2 de la LO. 1/82 lleva a cabo una enumeración exhaustiva en la que cita a los familiares que pueden defender los derechos de la personalidad del fallecido. La enumeración es clara[1042], aunque existan diferentes enfoques respecto a alguno de los sujetos nombrados.

En cuanto a la designación del cónyuge, parte de la doctrina se ha preguntado qué extensión tiene la misma. Eliminada la posibilidad de admitir la legitimación de personas divorciadas, que en dicho momento post-mortem no tienen la condición de cónyuge[1043], creemos, junto a YSAS[1044] que la legitimación; «debe interpretarse de

---

[1040] De la misma opinión son; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 848 y 849; y BELLÓN, ob. cit. nota 387, págs. 344 y 345.

[1041] Creemos que se reguló tal y como recogimos porque, en todo momento, el legislador supuso que el designado actuaría en defensa de los derechos del fallecido, ya que éste tendría buen cuidado con la elección. Pero por multitud de razones esto no podría ser así (la principal sería la falta de conciencia y de respeto por el fallecido del designado, o incluso podría ocurrir por falta de disponibilidad del designado para actuar). Ante dicha situación se habría de reaccionar cumpliendo los principios de la regulación y permitiendo a los familiares solicitar la protección de los derechos, a la vez que la remoción del cargo del designado, lo que debería resolver la autoridad judicial. Con este control jurisdiccional se cumpliría con el principio de potenciar la protección de los derechos de la personalidad post-mortem, que es el principal leitmotif de la regulación, así como el de evitar abusos de los familiares, registrando siempre como único legitimado al designado, en caso de que cumpla adecuadamente con sus funciones.

[1042] El artículo señala a; «cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento».

[1043] Porque estos familiares se han de considerar citados por su relación con el fallecido en el momento de la muerte, y en el mismo, el excónyuge divorciado no tiene relación de parentesco alguna, sin contar con que si se produce el divorcio es, entre otras cosas, evidentemente, por una quiebra en la relación de confianza que es la esencia del matrimonio.

[1044] Vid. YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 798.

forma amplia»[1045]. Así, estimamos que en aras de ampliar la protección de los derechos del fallecido se debe admitir la legitimación del cónyuge separado[1046], del supérstite de buena fe en el matrimonio putativo, y del conviviente more uxorio con el fallecido[1047], toda vez que con ello, y ya que la legitimación es plural, no se perjudicarían los derechos del fallecido ni de los familiares[1048].

También ha habido voces que se han levantado en contra de la disposición del artículo 4.2, que habla de que están legitimados los familiares; «que viviesen al tiempo de su fallecimiento». Con esto claramente queda excluido de la legitimación el hijo póstumo. Creemos que esta prevención sólo puede buscar dos finalidades, o limitar el tiempo para la defensa de los derechos, lo que no entendemos ya que el hijo póstumo nacerá necesariamente poco después de la muerte de su padre; o vincular la defensa a los familiares que directamente sufrieron, por estar en vida, el daño al derecho del familiar, lo que tampoco tiene mucho sentido porque el hijo póstumo se podrá ver igualmente afectado por el daño al derecho de su padre muerto, lo que innegablemente le debería legitimar para la defensa del derecho[1049]. Por todo lo referido, creemos que no tiene ningún sentido negarle la legitimación al hijo

[1045] Opinión que también encontramos en; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, pág. 854; y en BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 343.

[1046] Aunque se pueda alegar que la separación puede ser traumática, siempre que lo que haga el cónyuge separado sea actuar para defender los derechos del fallecido, y que se permita acceder al procedimiento a cualquier familiar, como se ha de desprender de la regulación, no encontramos motivos para limitar la legitimación del cónyuge separado.

[1047] Si de lo que tratamos aquí es de la especial relación de confianza que existe entre los sujetos, hemos de interpretar esta regulación de 1982 en la línea normativa iniciada hace algunos años con diversas normas, como la Ley de Arrendamientos Urbanos, por ejemplo, confirmada por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en las que en ciertas circunstancias se otorgan a los convivientes more uxorio los mismos derechos que a los unidos por matrimonio. En este caso en el que únicamente se otorgan facultades en orden a hacer respetar los derechos del excónyuge, ahora fallecido, se deberá interpretar la regulación de la LO. 1/82 en este mismo sentido.

[1048] Si la legitimación es plural, las posibilidades de los familiares de presentarse en el procedimiento siguen intactas, y por lo tanto esta legitimación al cónyuge separado o al conviviente no les perjudicaría en nada. Todo lo contrario, protege aún mejor los derechos del fallecido, ya que en caso de dejación de las obligaciones del resto de los familiares, habrán más sujetos que podrán defenderlos.

[1049] Ya hemos expuesto en el epígrafe 6 de la sección anterior, y dentro de todo este estudio que, para nosotros, lo que se ha dañado, y por lo tanto lo que se defiende, no son los derechos de los familiares, sino los del fallecido. Y en esta postura debería legitimarse para la defensa de los mismos, sin ninguna clase de dudas, al hijo póstumo.

póstumo, aunque la LO. es tan clara al respecto que no creemos que se pueda interpretar de otra manera[1050].

Por último, hemos de señalar que la regulación no estima la posibilidad de legitimar a los sobrinos, a pesar de que, tal y como ha dejado reflejado ESPÍN[1051], en el caso de fallecimiento de personas solteras y sin descendencia que no tengan la prevención de la designación testamentaria, ello hubiese potenciado la protección[1052].

6.1.2.1.- Legitimación de los familiares del fallecido o de sus herederos; diferentes lecturas y consecuencias.

La regulación del artículo 9.4 de la LO. 1/82 recoge determinadas previsiones en torno a quién ha de corresponderle el importe de la indemnización que se obtenga por la lesión de un derecho de la personalidad del fallecido, y ha provocado interesantes reflexiones en la doctrina. Lo recogemos textualmente, para poder desarrollar su estudio adecuadamente;

> 9º. 4º.- El importe por la indemnización del daño moral, en el caso del artículo 4º, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2, y en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6º, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Así pues, estamos ante dos situaciones diferentes. La primera es que el fallecido haya iniciado la acción antes de fallecer, y la misma, tras el óbito, sea

---

[1050] Vid. BELLON, ob. cit. nota 389 pág. 343, que recoge que se ha de entender aplicable a esta prevención el artículo 29 del Código Civil, y extenderle al hijo póstumo, como nasciturus, todos los derechos que tendría como hijo ya nacido. Pero creemos que no estamos, como en el caso anterior, ante la interpretación de qué se ha de entender por cónyuge, sino ante una clara opción legal de la eliminación de la posibilidad de legitimación del hijo póstumo, y que aunque, con parte de la doctrina, y con BELLÓN, estimemos que no es en absoluto acertada, nos hemos de ceñir a la clara y expresa prescripción legal, y eso es lo que harán nuestros tribunales, al igual que en el tema de la necesidad de forma testamentaria de la designación, y hemos de considerar que el hijo póstumo no podrá actuar en defensa de los derechos de su padre.

[1051] Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 231.

[1052] No obstante, al legitimar, como analizamos justo a continuación, al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de interesado, el sobrino podrá dirigirse a él, como persona interesada, a solicitar la protección, pero esta situación siempre tendrá un aspecto negativo, el de no depender la protección de los derechos de la personalidad del fallecido única y exclusivamente del interés y de la acción del familiar interesado en ella, sino de la opinión y actuación del Ministerio Fiscal.

continuada. En este caso, la indemnización corresponderá a los herederos, ya que el párrafo octavo de la Exposición de Motivos considera que en dicho caso existe; «Una expectativa de derecho a la indemnización».

Según LÓPEZ JACOISTE[1053], esto es así porque en dicho momento se ha de entender que la indemnización; «ha de situarse en el cauce del fenómeno sucesorio, con todas las consecuencias que de ello se derivan». La gran mayoría de la doctrina piensa de manera idéntica[1054], pero a la vez se subraya el hecho de que la Ley, con ello, provoca una gran contradicción. La misma se centra en que los legitimados serán el designado testamentario o los familiares, pero los beneficiados de dicha acción sólo lo podrán ser los herederos si fuesen los designados o coincidiesen con los familiares. Así pues, en numerosos casos puede ser una persona la legitimada para actuar y otra distinta la beneficiada con esa actuación, lo que puede provocar un duro conflicto de intereses, y se habrá de confiar en que los familiares actúen por un esencial principio de buena fe, en beneficio de los herederos[1055].

El segundo caso es el de que la acción se comience directamente por los familiares. En el mismo, la indemnización le corresponderá a ellos, toda vez que se puede interpretar que, al no haber comenzado antes la acción, los herederos no han tenido expectativa de nada. En dicha circunstancia, los beneficiados serán los familiares; «en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados», lo que deberá ser determinado en la resolución judicial[1056].

[1053] Vid. LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. nota 517, pág. 614.

[1054] Así, en esta opinión, podemos encontrar a; GITRAMA, ob. cit. nota 178, pág. 241; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 765 a 768; DE COSSÍO, ob. cit. nota 560, pág. 105, o a; CABEZUELO, ob. cit. nota 213, págs. 381 y ss.

[1055] Es muy posible que esto pueda ocurrir así, toda vez que ya indicamos que los familiares también se pueden sentir dolidos por la lesión de los derechos de la personalidad del familiar fallecido, aunque no se vean beneficiados por la reparación material de este daño, pero para el caso de que esto no sucediese, la regulación debería haber previsto, en este caso y sin grandes problemas, la legitimación conjunta de los herederos para actuar en defensa de los derechos, con lo que éstos estarían mejor defendidos.

[1056] No existen grandes dudas sobre esta legitimación, toda vez que la regulación lo determina muy claramente. Pero para nosotros esta expresión de que les corresponderá en la proporción en la que estén afectados es una muestra más del confusionismo que provoca la regulación de la Ley (ver sobre ello lo expuesto en el epígrafe 1.2 de la sección anterior). Durante toda su extensión se ha hablado de la lesión de los derechos de los fallecidos, y según hemos comentado, el espíritu de la regulación (a pesar de que la Exposición de Motivos diga lo contrario), y las más diversas circunstancias (ver epígrafe sexto de la sección anterior), nos hacen pensar que de lo que hemos de hablar es de lesión de los derechos del fallecido, no de los familiares. Por ello pueden haber casos en los que se lesione directamente el derecho del finado, pero en los que no se pueda determinar hasta qué punto ello afectó a los familiares, y en dicho caso esta determinación judicial será tremendamente difícil. Estimamos

6.1.3.- Ministerio Fiscal.

El último legitimado para actuar en la defensa de los derechos del fallecido, en caso de no existir ni designado ni familiares es el Ministerio Fiscal[1057]. Esta referencia, a nuestro entender, y tal y como recoge algún autor[1058], constituye un adecuado cierre al sistema, por las razones que expondremos a continuación.

La fundamentación que le debemos encontrar a esta legitimación es, en principio, doble. Por un lado, el hecho de que el Ministerio Fiscal actúe solamente en los momentos en los que no existe ningún sujeto de los legitimados[1059] nos muestra que una de las motivaciones de su legitimación es la de prever una solución ante la posible desprotección los derechos de la personalidad de los fallecidos en esta situación de falta de existencia del resto de los legitimados[1060].

Por otro lado, el segundo fundamento de la legitimación del Ministerio Público es la naturaleza jurídica pública de estos derechos de la personalidad, lo que

---

que en dicho caso la indemnización debería corresponder a los familiares, especialmente cónyuge y descendientes directos proporcionalmente, sin tener que verificar esa afectación. Gracias a esta incorrecta visión de la regulación y a todas sus incongruencias se han dado y fundamentado las opiniones que se postulan porque aquí se defienden los derechos de los familiares, línea de pensamiento que ya hemos rebatido aquí suficientemente, por ejemplo, en el epígrafe 3.1.3.1 de la anterior sección, al que nos remitimos.

[1057] En concreto, la regulación establece textualmente que; 4. 3º: «A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al *Ministerio Fiscal*, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada...». Sobre lo establecido por el artículo posteriormente, el aspecto temporal de la legitimación, hablaremos en el próximo apartado.

[1058] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, pág. 864.

[1059] Nosotros hemos opinado (apartados cuatro y cinco) que hubiese sido interesante que también pudiese actuar en caso de negligencia de los familiares, o en su defecto, de la persona designada, o de ambos, en último extremo. Sobre ello debemos decir que la regulación es extremadamente clara, y sólo le da la posibilidad de actuar; «A falta de todos ellos», y como de lo que hablamos aquí es de legitimación, ningún Tribunal permitirá la misma del Ministerio Público acreditándose que existen familiares de los citados en el artículo 4.2. Dicho esto desde el punto de vista práctico, en el teórico sí que creemos que se debería haber previsto una expresión residual en la regulación en la que se le permitiese al Ministerio Fiscal actuar en dicho caso de desidia familiar, para evitar la falta de protección del derecho. Ante esta situación siempre tendríamos la salvaguarda de que sería la Autoridad Judicial la que decida si se produce intromisión o no, en un procedimiento en el que necesariamente se tendría que citar a los familiares. Repetimos que este deseo no es factible con la actual regulación, remitiéndonos a su desarrollo a los citados capítulos.

[1060] Esta idea, que defienden también, YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 800, y; BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 347, se mueve en la línea que ya explicamos que es casi unánime en nuestra doctrina, de considerar con la mayor firmeza que la lesión de los derechos de la personalidad de una persona que ya ha fallecido es totalmente ilícita, y que por lo tanto se ha de proteger con todas las circunstancias. Así, en caso de que no queden legitimados, se cierra el sistema con el llamamiento al Ministerio Fiscal.

motiva que el Estado no pueda quedar totalmente al margen de su lesión y se vea involucrado activamente en su defensa. En otras palabras, se ha de pensar que la memoria, el recuerdo y las obras (no necesariamente artísticas) que de cada persona quedan en la sociedad (aspecto social de los derechos de la personalidad, del que ya hemos fundamentado que sigue existiendo, y que es lo que se defiende) es en cierta medida patrimonio de todos, y por lo tanto, también su respeto se ha de considerar responsabilidad general, de la sociedad. Por ello se faculta al funcionario público encargado de hacer cumplir la legalidad para su defensa "en nombre" o "en representación" del cuerpo social[1061].

Los casos en los que puede actuar el Ministerio Fiscal no son tema baladí. En primer lugar, el mismo puede actuar de oficio. Nos parece totalmente acertado, toda vez que ya que su principal misión en términos generales es hacer cumplir la Ley, si el Ministerio Público observa que la misma se incumple contra un sujeto que no se puede defender por haber fallecido, y no existir ningún sujeto legitimado para su defensa, a tenor de las dos fundamentaciones que observamos antes, ha de actuar. Pero es más, creemos que precisamente en aras de ese cumplimiento de la regulación vigente, también se le debería haber legitimado para actuar en los casos en los que un familiar o el designado por el fallecido no protegiese los derechos del mismo, dispusiese de ellos de manera que se pudiesen lesionar, o simplemente fuese negligente en su cuidado, con lo que se reforzaría la protección del derecho, que es el principal motivo que mueve a la regulación[1062].

El segundo momento para actuar por parte del Ministerio Fiscal es tras solicitud de parte interesada. Sobre quién se considera parte interesada se ha disentido algo, situándose unos autores en una situación más restrictiva y siendo otros más permisivos[1063]. Ante esta dicotomía nos decantamos por ser abiertos en la

---

[1061] Estas ideas también las encontramos recogidas en; ESTRADA, ob. cit. nota 178, pág. 99; YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 800, y; BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 347.

[1062] En el fondo, como ya hemos citado, simplemente estaríamos sometiendo al criterio de la autoridad judicial la determinación de si esa lesión se produce o no. Ya señalamos en el epígrafe 6.1.1 que en caso de que el legitimado por el fallecido para defender los derechos no lo hiciese, los familiares deberían posibilitar su remoción del cargo, posibilidad que no otorga la regulación. En este supuesto estamos en la misma línea. En caso de que alguno de los legitimados, o todos, lo hagan (no defiendan los derechos o los ejerzan dañándolos), al Ministerio Fiscal, que tiene la obligación general de hacer cumplir la Ley, y configurarse como válvula de seguridad del sistema de protección de los derechos de la personalidad post-mortem, se le debería haber legitimado si estimase que se están dañando los derechos, y en ese caso que fuese la autoridad judicial la que determine si eso es así o no. Esta prevención legal hubiese sido muy interesante para proteger aún más los derechos.

posibilidad de la instancia al Ministerio Público. Evidentemente podrá considerarse como tal a cualquier familiar (es ésta una magnífica prevención para evitar, por ejemplo, la falta de legitimación del hijo póstumo, o la de los sobrinos, o el resto de los familiares, como ya comentamos), y también a sus herederos[1064], pero creemos que incluso se le ha de permitir a las personas ligadas al fallecido de una manera más o menos intensa (pueden ser socios, o amigos muy cercanos), y creemos que no se debe eliminar a nadie de esta situación, ya que los lazos morales son a veces difíciles de probar, más aún en casos de fallecidos[1065]. Recordemos que, después, será el Fiscal quien decida si se ha de actuar o no, ya que a nuestro entender, no nos parece que esa solicitud de la persona interesada sea vinculante para el mismo[1066].

Por último, queremos señalar que en cuanto a la capacidad de actuar del Ministerio Fiscal, la misma es únicamente la de la defensa de los derechos de la personalidad del fallecido, sin que en ningún caso se pueda entender que le asistan posibilidades de decisión sobre el uso de los mismos o no[1067]. Algún autor ha

[1063] En la situación más restrictiva, que sólo reconoce como legitimados al resto de los familiares no citados en el artículo 4.2, o incluso sólo a alguno de ellos, encontramos a; ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 232; YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 800, y; BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 347. Siendo más permisivo en cuanto a los sujetos que pueden actuar como interesados; ROYO, ob. cit. nota 564, pág. 132, que admite a cualquier persona, señalando que el interesado; «...pueda tener en el plano moral *cualquier* tipo de justificación para la defensa de los intereses del finado».

[1064] Ya citamos en el epígrafe 6.1.2.1 que se da la difícil situación de que en algunos casos los herederos puedan ser beneficiados con la indemnización otorgada, pero no legitimados para solicitarla. Se ha de considerar que los herederos pueden solicitar la intervención del Ministerio Fiscal aún habiendo familiares, en el caso de que éstos hiciesen dejación de sus facultades, no sólo porque se están lesionando los derechos del fallecido, sino también porque se les está perjudicando los suyos, situación ante la que la Ley no se pronuncia.

[1065] Será muy difícil trazar la línea de delimitación entre lo que hemos de considerar como interés por ser socio, o amigo, o compañero, de lo que no lo es porque esa unión no tan cercana. Acotar jurídicamente lo que es amistad o no es tarea harto difícil, diríamos que imposible, por lo que se ha de entender que interesado es todo aquél que acredite relación con el finado (algo se habrá de acreditar, es evidente que no podemos entender por tal a quien lo conocía sólo de oídas, por ejemplo).

[1066] Esta es una de las circunstancias por la que podemos admitir, sin problemas, a cualquiera como persona interesada, ya que de la textualidad de la Ley no parece que la solicitud sea vinculante. Esto, sin embargo, puede provocar que se de una falla en la defensa de los derechos de la personalidad del fallecido. Pensemos que una persona fallece y sólo tiene sobrinos o un hijo póstumo. A éstos sólo les queda la salida de la solicitud de actuación al Ministerio Fiscal, pero han de quedar en la incertidumbre e inseguridad ya expuesta de depender del parecer de éste sobre si se han dañado o no los derechos del familiar fallecido.

[1067] Ya dejamos indicado en el epígrafe cuarto de esta sección que la actual regulación dejaba una situación de hecho en la que se debería solicitar a los familiares el permiso para usar la imagen u otros derechos de la personalidad del fallecido, con lo que se daba una situación fáctica en la que éstos disponían de los mismos, y allí expusimos nuestro planteamiento sobre este tema. El Ministerio Fiscal

manifestado que sólo debe actuar en situaciones extraordinarias, o excepcionales[1068]. Estimamos que este principio no se debe llevar al extremo, ya que la obligación del Ministerio Fiscal será simplemente la de reaccionar cuando aprecie la lesión de algún derecho de la personalidad de una persona fallecida, y no exista otro legitimado, sin que tenga que esperar a que se de situación excepcional alguna (circunstancia por otro lado, evidentemente opinable), sino que deberá actuar desde el mismo momento en el que crea violada la Ley, ya que una de las razones de su legitimación es el cumplimiento de la misma y, como ya hemos repetido, será el Juez el que decida si se ha vulnerado el derecho o no[1069].

Este recurso al Ministerio Fiscal nos parece muy interesante para buscar el estricto cumplimiento de la legalidad y, a pesar de que en ocasiones pueda parecer poco operativo[1070], ya citamos que creemos que se le deberían haber otorgado más atribuciones, como las de comprobar que los legitimados (designado por el fallecido o familiares) ejerciesen adecuadamente las funciones de defensa y custodia del derecho, e incluso las de disposición del mismo que existiesen, con lo que se hubiese cerrado más adecuadamente el sistema[1071].

---

no se puede arrogar en ningún momento esta posibilidad, y únicamente deberá reaccionar para proteger los derechos cuando los considere lesionados por esa publicación o disposición, en caso de no existir otros legitimados.

[1068] Vid., por ejemplo, a; ROYO, ob. cit. nota 564, pág. 131, o a; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 864 y ss.

[1069] Contra esta amplia capacidad y legitimación del Ministerio Fiscal para actuar en la defensa de los derechos de la personalidad de una persona fallecida no se puede argumentar que se limitan las libertades de información y expresión, como hemos observado en parte de la doctrina, y sobre todo en los titulares de los medios de comunicación que son los que a veces más vulneran estos derechos, toda vez que si los mismos no han sido dañados, el ejercicio de las libertades se protegerá por parte de la autoridad judicial, considerando las publicaciones de que se traten como lícitas, dentro de los casos en los que estas libertades son prevalentes en su conflicto con los derechos de la personalidad de los fallecidos (estos casos los citaremos justo en el siguiente capítulo).

[1070] Podría parecer difícil que el Ministerio Público pueda estar al tanto de todas las circunstancias en las que se puede dar la lesión de un derecho de la personalidad de un fallecido, pero debería ser así, y reaccionar cada vez que pueda ser dañado un derecho, toda vez que su principal misión es respetar el cumplimiento de la regulación vigente. Sin embargo, por desgracia, no creemos que en la práctica este llamamiento al Ministerio Fiscal sea efectivo, aunque se debería hacer un esfuerzo porque sí lo fuese, evitando de la evidente falta de medios de nuestra actual Administración de Justicia.

[1071] Vid. epígrafes cuarto y quinto de esta sección, en los que se hablaba de estas opiniones personales, en las que exponíamos la necesidad de dotar al Ministerio Fiscal de mayores responsabilidades respecto a esta regulación.

6.2.- Aspecto temporal de la legitimación.

El número de años que dura la protección de los derechos de la personalidad de una persona fallecida es de los aspectos menos discutidos de la regulación, gracias a la meridiana claridad de la misma[1072]. El tiempo en el que se pueda defender los derechos del fallecido, a tenor de la regulación del artículo 4, se deberá estudiar según quiénes son los legitimados para la defensa. Si éstos son personas físicas (que pueden ser tanto el designado por el fallecido como sus familiares), estarán legitimados hasta que las mismas fallezcan, durante toda su vida, y recordemos que también están legitimados los hijos del fallecido, con lo que el plazo podría ser largo tras el fallecimiento[1073].

En caso de que el legitimado sea una persona jurídica, por designación del fallecido, o el Ministerio Fiscal porque no exista ningún legitimado más, el plazo para la defensa de los derechos es el de ochenta años. Así pues, la protección siempre se extenderá, al menos, por este periodo, ya que a pesar de que antes puedan fallecer los legitimados, siempre quedará el llamamiento residual final al Ministerio Público[1074].

Pasado este periodo señalado, los derechos de la personalidad quedan desprotegidos. Esto ha de ser así porque, toda vez que si los protegemos por el recuerdo que en la Sociedad queda de los fallecidos, pasado este tiempo, más o menos una generación, hemos de suponer que el mismo se difumina en las consideraciones históricas que se han de tener de los sujetos que existieron pero que las actuales generaciones no conocimos, toda vez que ya no existirán contemporáneos del mismo entre nosotros, y por lo tanto, el fundamento de la protección desaparece. Consideramos que el plazo, aunque sea evidentemente

[1072] Se puede haber discutido el "deber ser" de la regulación, cuál debería ser el número de años, pero no el "ser", cuántos son realmente, toda vez que en este aspecto la regulación es absolutamente clara. Este hecho se puede observar en la práctica unanimidad de las opiniones respecto a los años en los que se da la protección que se puede observar en; ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 232; ESTRADA, ob. cit. nota 178, pág. 100; YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 799; DE COSSÍO, ob. cit. nota 560, pág. 102; MONTÓN, ob. cit. nota 178, pág. 886, y; BELLÓN, ob. cit. nota 387, págs. 349 y ss., en el que lleva a cabo un extenso e interesante estudio sobre la caducidad, de lo que trataremos justo a continuación.

[1073] Este plazo se desprende del hecho de que se legitime a estas personas y no se les ponga un plazo tope o máximo de protección, con lo que será todo el de su vida física.

[1074] Decimos que *al menos* este periodo porque en caso de que exista un hijo no póstumo, a pesar de haber pasado esos ochenta años, la protección seguirá existiendo hasta el fallecimiento del mismo.

opinable, es ajustado[1075], pero no es menos cierto que esta protección ha de cesar en algún momento, toda vez que si uno de los fundamentos de la misma es la virtualidad del aspecto social de los derechos de la personalidad de los fallecidos (que es lo que aquí hemos señalado que motiva su protección post-mortem), éste deja de tener efecto alguno tras el transcurso de un periodo de tiempo significativo[1076].

Este plazo no coincide, sin embargo, con el de la protección del derecho moral de autor, toda vez que sus respectivas fundamentaciones son distintas. La obra es un bien histórico cultural, patrimonio no de los familiares sólo, sino de la humanidad, y en orden a que sea respetada y preservada tal y como el genio de su autor la concibió, su protección es perpetua, lo que no choca, por tener fundamentos diferentes, con la limitada protección del resto de los derechos de la personalidad post-mortem, al menos de los regulados en la LO. 1/82[1077].

En cuanto a la caducidad de la acción, el artículo 9.5 de la LO. establece que, una vez conocida la intromisión, los legitimados tienen un plazo de 4 años para interponer la acción. Como citamos es un plazo de caducidad, por lo que no presenta mayor dificultad[1078], empieza a contar desde que se conoce la intromisión, y lo que sí

[1075] Creemos que el plazo es acertado, toda vez que ochenta años puede suponer la esperanza de vida media de los familiares que tuviesen una temprana edad cuando muriese el fallecido (que estarán legitimados hasta su muerte). En caso de no existir éstos es adecuado que se limite la protección de un tercero como el Ministerio Público o como la persona jurídica legitimada por esos mismos años. No obstante, situar este límite temporal cinco o diez años arriba o abajo es algo muy opinable, y si bien en el aspecto práctico puede ser muy relevante, en el teórico no es especialmente trascendental.

[1076] Es evidente que aunque consideremos que los derechos de la personalidad se han de proteger tras la muerte de su titular, esta protección no se puede considerar eterna, y en algún momento ha de cesar. Si no fuese así, veríamos ante nuestros Tribunales demandas por utilización de la imagen de Curro Jiménez, por ejemplo, por la serie histórica en la que se reproducía su vida, en caso de haber familiares vivos; o por daño en el honor de, por ejemplo, Fernando VII°, por los juicios históricos a los que su forma de actuar, política y personal, ha sido sometida (aquello de "andemos todos juntos, y yo el primero, por la senda de la Constitución" tres años antes de traer a España los absolutistas cien mil hijos de San Luis). Tras este periodo, simplemente, los derechos de la personalidad de las personas fallecidas quedan sin protección, y cualquier acción que anteriormente se podría considerar como intromisión, posteriormente no será tenida por tal.

[1077] Sí que es diferente la protección que se le otorga al derecho patrimonial de autor tras la muerte, que según el artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual dura setenta años tras la muerte de su autor. No estaría de más hacer coordinar todos estos plazos, aunque ya señalamos que el tema de unos plazos u otros es cuestión que se presta más a opiniones subjetivas y todas pueden tener una base y fundamentación adecuada.

[1078] Los autores citados con anterioridad en la nota 1072 coinciden en la unanimidad de considerar este plazo como de caducidad, con lo que su admisión es incuestionada, y a aquella cita nos remitimos para observar este hecho.

que nos interesa mucho es señalar cómo la regulación habla de *los legitimados*, toda vez que pueden ser unos u otros, tal y como hemos visto aquí.

6.3.- Fundamentación de la legitimación.

Entramos a estudiar aquí la fundamentación última, la razón que motiva que esta legitimación para la defensa de los derechos de la personalidad post-mortem sea tal y como la hemos expuesto. En cuanto a nuestra opinión personal, hemos de considerar que la misma estará necesariamente en sintonía con toda la fundamentación expuesta hasta este momento de nuestro estudio.

Para estudiar el fundamento de las distintas legitimaciones, gran parte de la doctrina se centra en la legitimación familiar, dejando algo apartada la del resto de los recogidos en la regulación[1079]. Así, una parte de la doctrina opina que la legitimación de los familiares se basa en la solidaridad moral que les une con el fallecido, que provoca que la Ley les considere como los más adecuados para la acción defensora de los derechos[1080]. Esta solidaridad se puede considerar muy cercana al principio de confianza que cita ESTRADA[1081]. Otra opinión es la de que lo que se da es un deber de protección de los familiares respecto a los derechos de los difuntos[1082]. Por último, una última línea argumental es que se legitima a los familiares por el daño y dolor que ellos también sufren con la lesión de los derechos del fallecido[1083]. Como vemos, todas estas opiniones se centran en la figura de los

---

[1079] Este aspecto de los estudios doctrinales ya lo hemos dejado citado con anterioridad en varias ocasiones, y se produce con cierta frecuencia. Si nos centramos en los familiares dejamos a un lado a los primeros legitimados por la regulación, esto es, el o los designados por el fallecido, e incluso al último, el Ministerio Fiscal, con lo que creemos que queda claramente incompleto el estudio.

[1080] Así, dentro de esta concepción de solidaridad moral que une a fallecido y a los familiares, se sitúan; GITRAMA, ob. cit. nota 178, pág. Pág. 239; DE COSSÍO, ob. cit. nota 560, pág. 100; y HERCE, ob. cit. nota 14, pág. 38.

[1081] Vid. ESTRADA, ob. cit. nota 178, pág. 98.

[1082] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, pág. 853, y ante la duda sobre si ésta es la única fundamentación en la que se apoya el profesor IGARTÚA, en su obra posterior; ob. cit. nota 150, pág. 1068, se afirma en que lo que esencialmente existe es este deber de protección entre unos familiares, y otros. Queremos señalar que el autor lo cita como deber *recíproco* de protección, pero este carácter de reciprocidad sólo se dará en vida de ambos, ya que tras la muerte, evidentemente, el fallecido no podrá responder a ese deber de proteger el derecho del familiar vivo.

[1083] Como observamos en las posturas de; ROYO JARA, ob. cit. nota 564, pág. 128; CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 160, pág. 155, o; AZURMENDI, ob. cit. nota 155, pág. 171, que también cita a la memoria como fundamentación. Así mismo se centra en esta afectación de los

familiares, y todas son muy similares entre sí, citando que se les legitima por la especial relación que siempre se les ha de suponer con el fallecido.

Otro sector doctrinal sigue más fielmente la regulación, y se apoyan que la base de la legitimación es la memoria, aunque ciertamente no explican el concepto de la misma, ni cómo se conjuga con todos los sujetos legitimados[1084]. Esta concepción de la memoria, estudiada desde el concepto de la misma que hemos expuesto aquí, centrado en los derechos del fallecido[1085], lo podemos conectar con el último sector doctrinal del que recogemos su línea argumental, con la que estamos de acuerdo, tal y como expondremos justo a continuación, que se centra en que el fundamento de toda esta legitimación es la defensa de los derechos del fallecido principalmente, derechos que se han de defender, por lo que reacciona la regulación[1086].

Nosotros creemos, en sintonía con todo lo que hemos argumentado hasta aquí, que la primera motivación, el primer fundamento de toda la legitimación es la protección de los derechos del fallecido tras su fallecimiento (el aspecto social de cada uno de ellos), que siguen existiendo[1087]. Esto lo observamos, muy claramente, en el hecho de que el primer legitimado será el que disponga la voluntad del fallecido, porque lo que se defienden son sus derechos. Después se deberá analizar la legitimación de los familiares, que sólo entra en juego en caso de falta de designación del fallecido, aspecto que nosotros consideramos como fundamental, y por lo que tienen un papel secundario. Así pues, el primer fundamento de las distintas legitimaciones se ha de centrar en que se da porque los derechos del fallecido siguen existiendo y son dignos de protección, a pesar de que su titular haya fallecido.

En segundo lugar, y solamente en caso de que no exista la designación del fallecido es cuando entran en juego la legitimación legal de los familiares. En este caso, subsidiariamente, sí que consideramos que la motivación de la legitimación es

---

familiares el Auto del Tribunal Constitucional de 11-11-98, en su Fundamento Jurídico cuarto, en el que cita que se legitima a los familiares porque las lesiones; «se proyectan sobre el grupo familiar».

[1084] Vid. ESPÍN, ob. cit. nota 113, pág. 226; MONTÓN, ob. cit. nota 178, pág. 866.

[1085] Vid. epígrafe 4.2.1.2 de la sección anterior.

[1086] Esta opinión es la que encontramos en; CLAVERÍA, ob. cit. nota 950, págs. 67 y 68; ALEGRE MARTÍNEZ, ob. cit. nota 19, págs. 99 y ss., o a CABEZUDO, ob. cit. nota 213, págs. 378 y ss.

[1087] Nos remitimos a todos los fundamentos contenidos en el epígrafe sexto de la sección anterior.

lo que denominaríamos como; "comunidad moral de sentimientos" que normalmente existe entre los familiares[1088], muy en la línea de la generalidad de los argumentos doctrinales antes señalados[1089].

Por último, ya hemos reflexionado sobre la legitimación del Ministerio Publico, y citamos que se da tanto por su misión general observancia de respeto de la regulación, como por la necesidad de protección de un derecho que sigue existiendo y que no tiene sujeto que lo defienda, como por el carácter público del mismo. Por último, hemos de recordar que también citamos que se debería de haber admitido la legitimación de los herederos en los casos en los que son beneficiados por la indemnización, precisamente fundamentado en este hecho[1090].

6.4.- Naturaleza Jurídica de la legitimación.

El último tema que trataremos respecto a la legitimación de actuar es cuál es la naturaleza jurídica de la misma. Es evidente que en nuestro derecho no existe una figura autónoma que determine claramente ante qué supuesto estamos en esta legitimación para la defensa post-mortem de los derechos de la personalidad, por lo que hemos de buscar figuras cercanas a la misma que expliquen su naturaleza.

Desistiendo de la figura del legatario por el fundamental componente económico que el mismo tiene y que no se da en la defensa de estos aspectos personalísimos de los derechos de la personalidad[1091], sí que ha existido cierta

[1088] Puede haber familiares que no tengan esta especial relación con el fallecido, pero el legislador no puede estar previendo toda la casuística posible, con lo que recoge la posibilidad más general. El hecho de que la enumeración no sea un orden estricto hace que si uno de los familiares no tenía esta relación, y por ello no actuase, el resto se pueda personar en la defensa de los derechos del fallecido. Por otro lado, también puede haber personas ajenas a la familia que tengan con el fallecido tanta relación o más que los familiares, la imposibilidad de prever todos los supuestos, y para ese caso está la designación testamentaria o, en su defecto, el recurso a solicitar la defensa ante el Ministerio Fiscal, aunque ya citamos en el apartado 6.1.3 de esta sección que este recurso adolece de algunas imperfecciones, como el de depender de la apreciación y voluntad del propio Ministerio Público.

[1089] Y en este caso de la legitimación de los familiares sí que nos situamos muy cercanos a todos los autores que acabamos de recoger, y que fundamentaban esta legitimación básica y exclusivamente en la relación que se da entre fallecidos y familiares. Pero insistimos en que ésta nos es la primera fundamentación que motiva esta legitimación, sino que se da sólo en caso de falta de la primera y principal, la defensa de los derechos de la personalidad del fallecido.

[1090] Por un simple aspecto lógico, además de procesal, si el heredero es beneficiado con el pago de la indemnización en los casos recogidos en el artículo 9.4 de la regulación, debería estar legitimado para actuar, ya que en dicho caso el mismo depende de la buena conciencia o de la simple bondad de los familiares.

discusión sobre si la figura puede ser similar a la de un mandatario post-mortem. Algunos autores, han defendido que estamos ante un mandato post-mortem[1092], pero creemos, con otra parte de la doctrina[1093], que debido a que, entre otras cosas, el mandato se acaba con la muerte del mandante, y que además no existe sujeto alguno ante el que rendir cuentas, ya que el mismo legitimado es el que ha de organizar y controlar la defensa de los derechos post-mortem, no podemos estar ante un mandato.

Aparte de algunas posturas que han denominado al cargo como de curador post-mortem[1094], o de fiduciario especial[1095], estimamos, con otra parte de la doctrina[1096], que estamos ante la figura del albacea, como encargado de ejecutar la voluntad del fallecido. Ya hemos citado que el primer legitimado es el designado por el fallecido, y que incluso éste podría establecer condiciones para la defensa o la no defensa de los derechos[1097], y en dicho caso es evidente que estaríamos ante un albacea, por la declaración expresa del fallecido de situarlo ante una amplia defensa de varios de sus intereses. Pero incluso ante la legitimación legal de los familiares se ha de interpretar que los mismos actúan sólo ejerciendo la voluntad tácita del fallecido, y en su forma de llevar la responsabilidad deberían actuar y abstenerse en los casos en los que lo hiciese el propio fallecido con lo que también estaríamos ante el supuesto de un albacea[1098].

[1091] Ya hemos visto con anterioridad que lo que aquí se defiende son intereses eminentemente personales del fallecido, no los patrimoniales. De la misma opinión de negarle a la figura del legitimado su consideración como legatario es; IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 841 y 842.

[1092] Vid. ESTRADA ALONSO, ob. cit. nota 178, pág. 100, quien también cita a GITRAMA y a VIDAL MARTÍNEZ.

[1093] La que citaremos justo a continuación que defiende que estamos ante la figura del albacea.

[1094] Vid. LÓPEZ JACOISTE, ob. cit. nota 517, pág. 615.

[1095] Vid. BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 341.

[1096] Vid. IGARTÚA, ob. cit. nota 108, págs. 843 y 844; YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 797; y BELLÓN, ob. cit. nota 387, pág. 341.

[1097] En el epígrafe cuarto de la presente sección hemos defendido que ésta es la interpretación que se ha de hacer de la actual regulación, aunque el legislador debería haberlo previsto expresamente en la misma, y ahora no se tendría que estar dudando sobre ello. No negamos que pueda ser una interpretación que se considere algo extensiva, pero la consideramos acertada, toda vez que hablamos de que sobre todo, se ha de respetar la voluntad del fallecido.

[1098] Esto se aprecia en que, gracias al artículo 6 de la regulación, y tal y como ya hemos analizado, los familiares no podrán ejercer la defensa de derecho alguno si el fallecido pudo hacerlo y no lo hizo,

Creemos que la figura del albacea es la que concuerda mejor con el cargo de los legitimados según la LO. 1/82, toda vez que nuestra concepción del encargo hecho por el fallecido, ya explicada en numerosas ocasiones, coincide con lo contenido en el artículo 901 del Código Civil sobre él; «Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las Leyes», y para nosotros, en este caso, el designado por el fallecido (o el legitimado por la Ley) deberá defender los derechos del finado tal y como lo hubiera hecho él (más acreditable si lo hubiese dejado indicado en su testamento).

Éste era precisamente uno de los aspectos negativos que YSAS[1099] le confiere a la consideración del cargo como albacea. Según esta autora sólo se confieren facultades defensoras, y el albacea tiene muchas más, como ejecutor de la voluntad del difunto en toda su extensión. Pero nosotros precisamente defendimos en el epígrafe cuarto y quinto de esta sección que el cargo se ha de extender a todos los supuestos que establezca el fallecido (expresa o tácitamente, si se pueden acreditar), aunque alguno de ellos afecte a facultades dispositivas, que tendrán los legitimados o los familiares siempre en consonancia con la voluntad del fallecido[1100].

---

toda vez que en dicho caso se interpreta que a los ojos del mismo, la acción no fue una intromisión. Ésta es una confirmación más de que de lo que hablamos es de cumplir la voluntad del fallecido.

[1099] Vid. YSAS, ob. cit. nota 110, pág. 797.

[1100] Ya reflejamos allí que el cumplimiento de la voluntad del fallecido debería ser absolutamente respetado, y para ello proponemos la legitimación del resto de los familiares o del ministerio fiscal de comunicar a la autoridad judicial su falta de cumplimiento. Defendimos claramente en aquellos epígrafes que en todo momento se ha de respetar la voluntad del fallecido, aunque establezca facultades dispositivas (pusimos el caso de un contrato que al momento del fallecimiento sigue vigente, si se puede acreditar que el fallecido quería que se continuase en ciertas condiciones, o incluso que se ampliase, se debería interpretar que los familiares tienen facultades para ello, aunque la regulación y la mayor parte de la doctrina no lo consideran), y dejamos aquí citados todos estos aspectos para fundamentar que, para nosotros, la figura de este defensor es similar a la del albacea.

CAPÍTULO TERCERO;

Formas de protección de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular.

1.- PLANTEAMIENTO.

Una vez desarrollado el tratamiento de los aspectos materiales de la situación de los derechos de la personalidad tras la muerte[1], y sobre todo tras aportar como opinión personal la tesis de que los mismos siguen existiendo con una variación en su naturaleza jurídica, ya que lo que pervive es esencialmente su aspecto social con la misma (o incluso más) virtualidad que la que tenían en vida, para dar por concluido nuestro estudio es absolutamente necesario, aunque no pertenezca estrictamente al campo civil, abrir un capítulo que trate los aspectos procesales de defensa práctica de estos derechos[2].

Así pues en el presente capítulo trataremos brevemente los principales aspectos que afectan a la protección de los derechos de la personalidad post-mortem. Lo primero que deberemos tratar es el hecho de que los derechos de la personalidad se sitúan constantemente en una frontera de conflicto con las libertades de expresión y de información consagradas en nuestro texto constitucional. Es ésta una realidad absolutamente incuestionable, y por ello nuestra primera atención será la de deslindar la zona de conflicto que se da entre ambas libertades y los derechos de la personalidad post-mortem y desvelar qué criterios existen hoy en día para resolver estos conflictos, así como todas las circunstancias paralelas a los mismos[3].

---

[1] Estos aspectos son los que han ocupado todos los dos capítulos anteriores de esta segunda parte de nuestra tesis doctoral. Inicialmente se trató de llevar a cabo una primera reflexión de cómo se podría considerar que quedan cada uno de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular, siempre partiendo de la conceptualización que en nuestro derecho existe sobre cada uno de ellos (estudios que creemos que hasta la actualidad no se han llevado a cabo en nuestro derecho). Posteriormente estudiamos los distintos posicionamientos que se dan sobre la concreta cuestión material del tema principal de este estudio, es decir, que los derechos desaparecen, que siguen existiendo de una manera u otra o la postura intermedia, junto a nuestra decidida toma de postura a favor de la pervivencia de los derechos. Por último, situamos dentro de este estudio material también el tratamiento de los aspectos sucesorios, que acabamos de finalizar.

[2] A pesar de que seamos conscientes de que nos hemos de limitar en nuestro estudio al Derecho Civil, no se podría considerar este estudio completo ni acabado si terminamos defendiendo que los derechos de la personalidad perviven en su aspecto social post-mortem y que su defensa se otorga a determinados legitimados según los parámetros indicados en la sección segunda del anterior capítulo, y ahí acabamos este análisis. Aunque no llevemos a cabo otra tesis doctoral ni profundicemos en absoluto con gran rigor en el tema, tras esta afirmación hemos de recoger al menos el estado de la cuestión actual de cómo se protegen estos derechos que hemos defendido que sigue existiendo (dentro del ámbito del derecho procesal civil), a lo que dedicamos el presente capítulo que cierra el contenido del presente estudio (capítulo necesariamente escueto, por el hecho que acabamos de explicar).

[3] Deberemos iniciar dicho estudio diferenciando entre ambas libertades (por desgracia en numerosas ocasiones se da una confusión entre las mismas), para seguir con el análisis de los criterios de resolución de los conflictos que en la actualidad encontramos en nuestros tribunales y acabaremos

Acabaremos el presente capítulo analizando, en un materia quizás más puramente procesal, los sistemas de protección establecidos en nuestro sistema jurídico para proteger los derechos de la personalidad post-mortem, y dentro de ellos las diversas medidas que se dan, cautelares, contemporáneas o resarcitorias[4].

Pero antes de iniciar el desarrollo de este capítulo hemos de llevar a cabo dos puntualizaciones. La primera es que, debido a que este capítulo tiene como principal finalidad la de cerrar este estudio con la necesaria reflexión sobre las cuestiones de protección del derecho, no tiene en absoluto pretensiones de exhaustividad en el tratamiento de los problemas (lo que podría dar lugar a otra tesis doctoral[5]), y en él sólo recogeremos el *estado actual* de las cuestiones arriba reflejadas, recogiendo tanto en el caso de la jurisprudencia como de la doctrina algún ejemplo de la elaboración de cada una de las posturas existentes, dejando solamente referenciadas el resto de resoluciones y de trabajos que se sitúan en la misma línea[6], y nos ceñiremos únicamente al derecho español[7].

La segunda puntualización es la de que nuestro estudio se centra en la situación de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular. Pero toda vez que la jurisprudencia sobre esta concreto momento post-mortem es limitada y numerosísimas la relativa a titulares de derechos en vida, estudiaremos todas las resoluciones judiciales (también sobre personas vivas) aunque adaptemos las distintas consideraciones concretamente al momento posterior al óbito[8].

---

citando cuáles son las intromisiones más frecuentes, o los casos en los que nuestros tribunales han acordado que la misma existía o no.

[4] Dentro de estas medidas resarcitorias dedicaremos especial atención al debate que hoy en día centra gran parte de la atención, tanto doctrinal, como mediática y social, como es el de la indemnización que se concede a la persona dañada en sus derechos, y sobre todo (una vez prácticamente resuelto, al menos en la práctica, el cuestionamiento de su adecuación), la cuestión de la cuantificación de la misma. En las distintas argumentaciones de esta situación sí que entran en juego aspectos civiles.

[5] Que de hecho ya se ha producido concretada en la protección civil del derecho al honor, que ha sido citada aquí y que estudiaremos con detenimiento en el presente capítulo, concretamente la de; BELLÓN MOLINA, F, *El derecho al honor y su tutela procesal civil*, Tesis Doctoral inédita, defendida en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1996.

[6] Por ello, en el texto principal recogeremos únicamente una formulación de cada una de las cuestiones que aquí tratemos, y dejaremos para las referencias de las notas a pie de página el resto de posicionamientos en la misma línea.

[7] Toda vez que lo que queremos es únicamente dejar reflejada la situación en nuestro derecho, sin abrir más debate, salvo en alguna cuestión muy puntual, no procederá ni tendría gran interés, detenernos en aportar la situación que sobre estas cuestiones se da en el derecho comparado.

2.- CONFLICTOS ENTRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD POST-MORTEM Y LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y DE OPINIÓN.

Como ya expusimos durante todo el primer capítulo, los titulares de los derechos de la personalidad (tanto en vida como tras la muerte de su titular) los ven lesionados cuando no se les deja disfrutar de ellos en su esfera más personal e individual y (especialmente) cuando los terceros públicamente ponen en duda, de las más diversas maneras, su honorabilidad, o usan sus derechos a la intimidad o a la imagen o al nombre sin su consentimiento, con lo que se daña su aspecto social. Así pues, es la divulgación pública de determinado tipo de circunstancias la que esencialmente puede dañar estos derechos, y esa divulgación, en una sociedad moderna como la nuestra, se produce esencialmente en el ejercicio de las libertades de información y de expresión.

El hecho de que los derechos de la personalidad colisionan esencialmente con estas libertades ya lo prevé el mismo texto constitucional. En su artículo 18 garantiza los derechos de la personalidad que desarrolla la LO. 1/82, y en el 20 se habla, tanto de libertad de expresión como de información, y en su apartado cuarto recoge;

> «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, *especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen* y a la protección de la juventud y de la infancia».

Así pues, tanto la inmensa litigiosidad existente[9], como los más diversos estudios doctrinales existentes sobre el tema[10] nos hacen comprobar que este

---

[8] Como se puede observar durante todo el presente capítulo en cuanto a las resoluciones citadas, y comparándolas con las citadas en los epígrafes 3.1.2 y 5.1.2 del anterior capítulo, mientras que las sentencias que nuestros más altos tribunales que resuelven temas de personas fallecidas son relativamente escasas (únicamente se dan hasta la actualidad 21, 7 en el Tribunal Constitucional y 14 en el Supremo), las relativas al conflicto de las libertades y los derechos de la personalidad de personas vivas son numerosísimas (las recogidas en este trabajo, aún numerosas, no son en absoluto todas, lo que sería prácticamente inabarcable y no aportaría nada nuevo, sino solamente una parte de ellas), situándose ésta como una de las cuestiones jurídicas que provoca gran litigiosidad hoy en día. Por ello nosotros citaremos resoluciones relativas a todo tipo de situaciones –inter vivos o con fallecidos- para adaptarlas concretamente a la protección de los derechos de la personalidad tras el fallecimiento de su titular.

[9] Que se puede observar en el hecho de que la significativa cantidad de resoluciones que vamos a citar en el presente capítulo son solamente parte de las existentes sobre este conflicto.

[10] Son numerosísimos, y lo podemos ver en la gran cantidad de ellos que citaremos en el presente capítulo, que al igual que en el caso de la jurisprudencia, en absoluto se puede considerar que agoten

conflicto se convierte en el esencial a la hora de estudiar el respeto a los derechos de la personalidad tanto de personas vivas como de fallecidas. Así pues, analizaremos los criterios que la Jurisprudencia establece para considerar en los variados casos que se le presentan, cuándo hemos de considerar lesionados los derechos de la personalidad y cuándo no, y tras ello señalaremos las principales vulneraciones que se suelen producir, pero siempre, a pesar de que la mayoría de las resoluciones estudian la posible vulneración de derechos de la personalidad en vida, buscaremos adaptar esas conclusiones a la situación post-mortem. Pero antes nos detendremos siquiera brevemente en diferenciar bien entre los dos tipos de libertades que recoge el artículo 20 de nuestro texto fundamental, para después considerar adecuadamente cómo se relaciona cada una de ella con los derechos de la personalidad[11].

2.1.- Diferencias entre libertad de información y de expresión.

Desde la admisión constitucional de la existencia de ambas libertades por separado podemos ver con cierta claridad que, a pesar de que como diremos, la relación entre ellas es muy cercana, no estamos ante realidades idénticas. La diferenciación la podemos encontrar en las letras a y de su artículo 20.1;

> «20.1.- Se reconocen y protegen los derechos:
>
> a.- A *expresar y difundir libremente los **pensamientos**, **ideas** y **opiniones*** mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
>
> d.- A *comunicar o recibir libremente **información** veraz* por cualquier medio de difusión.»

los innumerables estudios existentes. A título de ejemplo se pueden observar, en el derecho civil, la gran cantidad de litigiosidad que provoca el presente tema en los trabajos de; CASAS VALLÉS, R., *Honor, intimidad e imagen*, RJC., 1989, pág. 10, en la que cita la litigiosidad de finales de los ochenta; GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., *Protección del derecho al honor y libertad de información*, En estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén, Valencia, 1990, págs. 275 y ss; y en la totalidad de la obra de PUYOL MONTERO, J., y GENEROSO HERMOSO, M., *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Madrid, 1991. En cuanto al derecho penal, podemos citar, a título de ejemplo, la obra de; REBOLLO VARGAS, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional; libertad de información y de expresión y sus límites penales*, Madrid, 1992.

[11] Nos detendremos en este estudio porque, a pesar de que la esencial diferenciación entre una y otra la obtenemos de la jurisprudencia, debido a la estrecha relación que existe entre ambas, alguna resolución que las considera una misma cosa puede provocar cierta confusión, y conviene diferenciar claramente cuál es el concepto jurídico de cada una, y a raíz de él estudiar su relación con los derechos de la personalidad.

Como vemos, el legislador constitucional diferenció claramente entre una libertad y otra, pero el constante tráfico jurídico, y la dinámica en la que se expresan opiniones e informaciones provoca que ambas libertades vayan cogidas de la mano constantemente, y en muchos casos se entremezclen, y la emisión de informaciones se realice conjuntamente con la de opiniones, o que estas últimas se apoyen en datos objetivos que constituyen información. Es por ello por lo que conviene detenerse claramente en la diferencia que existe entre una y otra. Según la constitucionalización de los derechos, la libertad de expresión consiste en poder expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, mientras que la de información es la de comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión[12].

Esta diferenciación entre una libertad y otra también la han llevado a cabo tanto la jurisprudencia de nuestros altos Tribunales como la doctrina. Sin negar el hecho e que ambas libertades se mezclan entre sí, que no son absolutas, ni puras[13], sino que siempre se relacionan entre ellas y son complementarias[14], podemos encontrar en la jurisprudencia claros ejemplos de la diferenciación entre una libertad y otra[15]. Antes de citarla incidiremos en que, tal y como se verá, y como es inevitable, en la diferenciación entre libertades, y en la exposición de sus caracteres, tanto la jurisprudencia como la doctrina ya introducirá algunos aspectos de los criterios que posteriormente veremos que determinan la prevalencia entre éstas y los derechos de la personalidad.

[12] Como analizaremos posteriormente, y no podía ser de otro modo, esta diferenciación entre una y otra tendrá una influencia decisiva entre lo que se deba considerar como intromisión en los derechos de la personalidad post-mortem o no, no será lo mismo difundir hechos, que se deberán presumir ciertos, que difundir opiniones, que en un estado plural, democrático y de derecho, han de ser respetadas, a pesar de poder no estar de acuerdo con ellas. También cada una de las libertades se relacionarán de una manera diferente, por esta misma caracterización, con cada uno de los derechos de la personalidad, y no afectará difundir algo igual al derecho al honor, que a la intimidad que la imagen.

[13] Afirmación que podemos observar, por ejemplo, en las STS de; 25-2-91 (RJ. 1991\1597) –FJ. 6°- que señala que una y otra se mezclan, nunca son puras; 12-5-95 (RJ. 1995\4231) –FJ. 3°-, que no son absolutas.

[14] Lo que expone la STS de; 5-2-98 (RJ. 1998\405) –FJ. 1°-.

[15] En el presente momento sólo recogemos esta jurisprudencia para citar la plasmación de la diferencia entre las libertades, y debido a que no desarrollamos sus fundamentos de derecho, ni la motivación que éstos tienen, no relataremos los hechos que las motivaron, como hemos venido haciendo hasta ahora.

Citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que trata de las diferencias entre una libertad y otra, junto con otras muchas resoluciones[16], la STC. 107/88 de 8 de junio expone en su Fundamento Jurídico 2º lo siguiente;

> «Procede recordar, siguiendo la doctrina de la STC. 6/1988, de 21 de enero, que nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión –art. 20.1 a)- y la libertad de información –art. 20.1.d)-, ***acogiendo una concepción dual***, que se aparta de la tesis unificadora defendida por ciertos sectores doctrinales, y acogida en los arts. 19.2 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y del 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Políticas de Roma. Según esa configuración dual –que *normativiza a nivel constitucional* la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tiene su origen y con la cual sigue manteniendo *íntima conexión y conserva elementos comunes*- la libertad del artículo 20.1.a) tiene por objeto ***la expresión de pensamientos, ideas y opiniones***, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las ***creencias y juicios de valor*** y el de la libertad del art. 20.1.d) ***el comunicar y recibir libremente información sobre hechos*** o tal vez más restringidamente, ***sobre hechos que puedan considerarse noticiables***.
>
> Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada STC. 6/1988, *tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades*».

Y sigue la resolución del alto Tribunal relatando la relación que en esas circunstancias se da entre estas libertades y los derechos de la personalidad. El intérprete constitucional deja muy claro en esta argumentación la diferencia entre la libertad de información, relativa a hechos, y la de expresión, a pensamientos, ideas, opiniones, creencias o juicios de valor.

Pero también el Tribunal Supremo ha admitido en numerosas resoluciones esta diferenciación[17]. Por no extendernos más y debido a la claridad de la resolución

---

[16] Durante todo el presente capítulo recogeremos algunas de las resoluciones más significativas respecto a cada tema, y dejaremos indicado a pie de página otras resoluciones que se sitúan en la misma línea (muchas de estas posturas son claramente mayoritarias, y citadas constantemente por la jurisprudencia). Pero aclaramos ya que las resoluciones citadas serán una buena *muestra* de cuál es la opinión de los diferentes Tribunales, pero no recogeremos TODAS las resoluciones que opinan igual, ya que son numerosísimas y poca luz (aparte de constatar algo que ya conocemos, como es la gran cantidad de litigiosidad que provocan estos temas) nueva aportarían. Respecto a esta diferenciación entre libertades en el Tribunal Constitucional, podemos citar, por ejemplo, también las SSTC; 214/91 de 11-11 –FJ. 6º-; 123/93 de 19-4 –FJ. 2º-; 144/98 de 30-6 –FJ. 2º-; o 192/99 de 25-10 –FJ. 3-.

[17] Como por ejemplo en las resoluciones de; 13-11-90 (RJ. 1990\8707) –FJ. 1-; de 25-2-91 (RJ. 1991\1597) –FJ. 6-; de 2-3-91 (RJ. 1991/1710) –FJ. 3-; de 12-5-95 (RJ. 1995\4231) –FJ. 3º-; de 13-3-

del TC. recogida, citaremos la ciertamente concreta STS de 25-6-90 (RJ. 1990\4890) –FJ. 1°-;

> «Para resolver el motivo ha de partirse del cuerpo de doctrina jurisprudencial, ya muy consolidado, del Tribunal Constitucional –16-3-81 (RTC 1981\6); 17-7-86 (RTC 1986\104); 6-6-90 (RTC. 1990\105); etc.- y del Tribunal Supremo –4-11-86 (RJ 1986\6205); 13-12-89 (RJ 1989\8827); 4-1-90 (RJ. 1990\6); 16-12-88 (RJ 1988\9473); 29-4-89 (RJ 1989\3281), etc.-[18], conforme al cual en los derechos contenidos en el art. 20 de la CE cabe distinguir entre *libertad de expresión (emisión de **juicios** y **opiniones**)* y *libertad de información (publicación o divulgación de **hechos** o **noticias**)*.

Para seguir también el Tribunal Supremo con la relación de cada una de ellas con los derechos de la personalidad, lo que trataremos en los siguientes epígrafes.

Como vemos, la situación de la diferencia entre ambas libertades en nuestro derecho está muy consolidada, tanto desde el punto de vista constitucional como jurisprudencial. Así pues, la definición de esta diferenciación por parte de nuestra doctrina también sigue esta tendencia, aunque los autores puedan llevar a cabo su posicionamiento desde distintas perspectivas, la línea seguida siempre será la indicada.

Así, CHICHILLA[19], por ejemplo, es muy concreto; «Mientras que la libertad de expresión garantiza la libre manifestación por el honor *de ideas, opiniones, pensamientos, sentimientos,* etcétera, el objeto del derecho de información es *la noticia,* es decir, la libre comunicación de *hechos* de actualidad con relevancia pública».

O'CALLAGHAN[20], en su desarrollo de ambas libertades se somete más a la diferencia constitucional cuando nos dice que; «(La libertad de expresión) protege el derecho *"a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"*. A su vez,

---

96 (RJ. 1996\2178) –FJ. 3°-; de 9-10-97 (RJ. 1997\7613) –FJ. 4°-; de 5-2-98 (RJ. 1998\405) –FJ. 1°-; o de 23-3-99 (RJ. 1999\2004) –FJ. 3°-; de 13-3-00 (RJ. 2000\1206) –FJ. 4°-.

[18] Aquí se da una prueba más de la importancia práctica del tema de nuestro estudio, al menos en cuanto a personas vivas. Nosotros hemos querido recoger otras resoluciones, tanto del TC. como del TS., pero se constata incesantemente que su número es inmenso.

[19] Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., *Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre*, PJ., n° 3, 1986, pág. 63. La cursiva es del autor.

[20] Cfr. O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, pág. 4. Cursiva y comillas del autor.

el deber de información, con la nota de veracidad y el aspecto pasivo de derecho a recibirla, lo proclama el mismo artículo 20.1.d); se reconoce y protege el derecho *"a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión"*»

Por último, MONTÓN GARCÍA[21] introduce en su diferenciación más aspectos, como la veracidad u otros, que es interesante que vayamos observando ahora inicialmente, ya que justo a continuación cobrarán mayor importancia; «...diremos en cuanto a la libertad de expresión que consiste en la emisión de juicios y opiniones que no se prestan a una demostración de su exactitud y sin que opere el límite interno de la veracidad. En cambio, la libertad de información consiste en la manifestación de hechos, y su protección constitucional se extenderá sólo a la información veraz; es decir, que hay que distinguir entre hechos y valoraciones de conductas personales, o entre hechos y opiniones. Esto tiene relación con la diferencia entre libertad de información y de expresión, reconociéndose mayor amplitud a esta segunda porque en ella no actúa el límite de la veracidad».

Los numerosos trabajos que han prestado atención al estudio del tema se han situado en la misma línea[22], por lo que consideramos suficientemente asentada la concreción de la diferencia entre una y otra libertad para estudiar con alguna mayor profundidad su conceptualización y caracteres por separado.

---

[21] Vid. MONTÓN GARCÍA, M., *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión*, LL., 1995-I, pág. 876.

[22] En la perspectiva civil, podemos citar, entre otros, los trabajos de; MARTÍN CASALS, M., *Comentario a la STS de 24-X-88*, CCJC, 1988, pág. 953; ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., *Breves consideraciones respecto a las libertades de expresión e información en la doctrina del Tribunal Constitucional*, PJ. nº especial XIII, 1990, pág. 32; GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., ob. cit. nota 10, pág. 279; GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pág. 138; MARTÍN MORALES, R., *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Granada, 1994, págs. 72 y ss; ALAMILLO DOMINGO, F., *Criterios de resolución del conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión y de información*, LL., 1994, págs. 959 y 960; GARCÍA GARCÍA, C., y GARCÍA GÓMEZ, C.,; *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Murcia, 1994, págs. 58 y ss; CARRASCO PERERA, A., (Director), *Derecho Civil I.*, (Tecnos), 1996, pág. 89; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J., *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, 1996, págs. 185 y ss; BUSTOS PUECHE, J., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, 1997, pág. 144; HERRERO TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, pág. 101. Y, al menos con la intención de citarla, también en la materia penal esta diferenciación la podemos encontrar en; MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1999, págs. 54 a 89;

2.1.1- Definición y caracteres de la libertad de información.

Ya hemos configurado la esencia de la libertad de información, en palabras de nuestra Constitución, como el derecho a dar y a recibir información veraz. Esta idea ha sido desarrollada por nuestra Jurisprudencia, centrándola en la noticia de determinados hechos, y así, la STC. 20/92 de 14 de febrero, en su Fundamento Jurídico 2° nos habla de que la libertad de información es[23];

> «El derecho a *comunicar libremente información*, pues es del todo claro que entra en el ámbito de este último precepto, la información escueta y ajena a toda glosa, comentario o apreciación subjetiva».

O como recogía la STS. de 13-3-96 (RJ. 1996\2178) en su Fundamento Jurídico 3°, derecho a; «la comunicación informativa de hechos, que no de opiniones»[24].

También la doctrina otorga al derecho a la libertad de información la comunicación pura de hechos, no de opiniones, como observamos en BUSTOS PUECHE[25], cuando recoge que la libertad de información es la del; «derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», y tanto en su vertiente positiva como negativa se diferencia de la libertad de expresión en que mientras que ésta se trata de opinión, la de información trata sobre «noticias», por lo tanto; «hechos veraces»[26].

---

[23] Otras resoluciones del TC. que también centran el concepto de la libertad de información en difundir hechos son las de; 107/88 de 8-6 –FJ. 2°-; 123/93 de 19-4 –FJ. 3°-; 3/97 de 13-1 –FJ. 2-; 144/98 de 30-6 –FJ 2°-; 134/99 de 15-7 –FJ 3°-; 154/99 de 19-10 –FJ 2°-; 192/99 de 25-10 –FJ. 3°-; 11/00 de 17-1 –FJ. 7°-, o la de; 21/00 de 31-1 –FJ. 1°-.

[24] Así, en este Alto Tribunal, también encontramos esta línea de opinión en las STS de; 25-6-90 (RJ. 1990\4890) –FJ. 1°-; 9-1-91 (RJ. 1991\292) –FJ. 1°-; 2-3-91 (RJ. 1991/1710) –FJ 3°-; 25-10-91 (1991\7867) –FJ. 2°-; 29-4-94 (RJ. 1994\2979) –FJ. 2°-; 31-7-95 (RJ. 1995\6635) –FJ. 2°-; 24-11-95 (RJ. 1995\8740) –FJ. 2°-; 14-10-96 (RJ. 1996\7504) –FJ. 7°-; 25-1-99 (RJ. 1999\518) –FJ. 2°-; 29-1-99 (RJ. 1999\520) –FJ. 1°-; 16-2-99 (RJ. 1999\1243) –FJ. 2°-; 15-2-00 (RJ. 2000\1157) –FJ. 3°-, o la de; 13-3-00 (RJ. 2000\1206) –FJ. 4°-..

[25] Vid. BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 22, pág. 144.

[26] Un estudio detallado y muy concreto sobre el derecho a la información, en el que también se centra el autor en la noticia sobre hechos, pero que contiene un estudio general con las fuentes del derecho y muchos otros aspectos, lo encontramos en; ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Manual de derecho de la información*, Madrid, 1997, págs. 23 y ss. respecto a la definición del derecho. Así mismo, otros trabajos que se postulan por esta opinión claramente dominante son, por ejemplo, los de; CHINCHILLA, ob. cit. nota 19, C., pág. 63; MARTÍN CASALS, ob. cit. nota 22, pág. 953; ARIAS, ob. cit. nota 22, pág. 32; GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, ob. cit. nota 22, pág. 279; GARCÍA SAN MIGUEL, ob. cit. nota 22, pág. 139; ALAMILLO, ob. cit. nota 22, pág. 960; o CONCEPCIÓN, ob. cit. nota 22, págs. 182 a 185.

Entrando a analizar los caracteres de esta libertad de información, hay uno de ellos que directamente se ha de analizar, y que incluso encontramos en su misma definición, como es el de veracidad. Toda vez que de lo que se informa es de determinados hechos acaecidos, la información que se elabora ha de ser veraz, y éste es un requisito necesario para considerarla ajustada a derecho y amparada por el artículo 20.d de nuestra carta magna, que como vimos recoge este aspecto en su definición de información.

Es la Jurisprudencia la que se ha encargado de establecer qué se ha de entender por veracidad en los momentos en los que ha desarrollado los criterios que se han de emplear para resolver la colisión entre las libertades y los derechos de la personalidad, y aunque desarrollemos con mayor detenimiento esta concepción en los próximos epígrafes dedicados a dicho conflicto, no podemos por menos que dejar aquí indicado qué hemos de entender por veracidad según nuestra jurisprudencia.

La veracidad que exige la interpretación jurisprudencial de la constitución, muy asentada tanto en el Tribunal Constitucional[27] como en el Supremo[28] es una veracidad ex ante, no ex post. Es la comprobación previa y diligente, tal y como prescriben los cánones de la profesionalidad informativa[29] de los datos difundidos, tras la que se produce la publicación de la noticia. Esa diligencia no impide que,

[27] Son muy numerosas las resoluciones, y en el momento en el que se estudien los momentos del conflicto recogeremos y analizaremos las más significativas, pero no nos resistimos a dejar aquí citadas algunas de ellas, con la finalidad de acreditar suficientemente lo consolidada de esta postura. Son las STC; 107/88 de 8-6 –FJ. 2°-; 171/90 de 12-11 –FJ. 5° y 8°-; 172/90 de 12-11 –FJ. 3°-; 197/91 de 17-10 –FJ. 2°-; STC. 20/92 de 14-2 –FJ. 2°-; 123/93 de 19-4 –FJ. 4°-;178/93 de 31-5 –FJ. 2°-; 138/96 de 16-9 –FJ. 3°-; 190/96 de 25-11 –FJ. 3°-; 3/97 de 13-1 –FJ. 2°-; 144/98 de 30-6 –FJ 2°-; 134/99 de 15-7 –FJ 3°-; 154/99 de 19-10 –FJ. 2°-; 192/99 de 25-10 –FJ. 4°-; 21/00 de 31-1 –FJ. 1°-.

[28] También muy asentada, en las resoluciones de; de 23-3-87 (RJ. 1987\1716) –FJ. 19°-; de 5-5-88 (RJ. 1988\3881) –FJ. 3°-; de 11-12-89 (RJ. 1989\8817) –FJ. 3°-; de 17-5-90 (RJ. 1990\3735) –FJ. 3°-; de 9-1-91 (RJ. 1991\292) –FJ. 1°-; de 25-2-91 (RJ. 1991\1597) –FJ. 6°-; de 2-3-91 (RJ. 1991/1710) – FJ. 3°-; de 25-10-91 (1991\7867) –FJ. 2°-; de 27-11-91 (1991\8509) –FJ. 2°-; de 5-4-94 (RJ. 1994\2938) –FJ. 3°-; de 29-4-94 (RJ. 1994\2979) –FJ. 2° y 3°-; de 31-7-95 (RJ. 1995\6635) –FJ. 2°-; de 13-3-96 (RJ. 1996\2178) –FJ. 3°-; de 26-9-96 (RJ. 1996\6658) –FJ. 4°-; de 14-10-96 (RJ. 1996\7504) –FJ. 5°-; de 9-10-97 (RJ. 1997\7613) –FJ. 4°-; de 17-12-97 (RJ. 1997\9100) –FJ. 4°-; de 5-2-98 (RJ. 1998\405) –FJ. 1°-; de 23-2-98 (RJ. 1998\642) –FJ. 3°-; de 15-1-99 (RJ. 1999\37) –FJ. 4°-; de 25-1-99 (RJ. 1999\518) –FJ. 2°-; de 16-2-99 (RJ. 1999\1243) –FJ. 2°-; de 24-9-99 (RJ. 1999\6606) –FJ. 1°-; de 15-2-00 (RJ. 2000\1157) –FJ. 3°-; de 17-2-00 (RJ. 2000\1159) –FJ. 2°-, o la de 13-3-00 (RJ. 2000\1206) –FJ. 4°-.

[29] Que podríamos definir como los relativos a la contrastación suficientemente numerosa y fiable tanto de la información concreta como de las fuentes que la proporcionan atendiendo a las circunstancias del momento y del caso. Toda información requerirá investigación para confirmarla antes de su publicación, pero las características de la misma, su profundidad y variedad, dependerán tanto de la fiabilidad de la fuente que la proporciona como de las circunstancias en las que se da.

debido a las circunstancias, dicha veracidad pueda no coincidir exactamente con la verdad objetiva conocida con posterioridad a dicha publicación.

Así, en esta línea, y en la intención de recoger alguna resolución textual de nuestros más altos Tribunales, en la STC 154/99 de 14 de Julio, en su Fundamento Jurídico 5º se expone que;

> «La veracidad a que se refiere el artículo 20.1.d) C.E. no debe identificarse con la idea de objetividad, *ni con la "realidad incontrovertible"* de los hechos, pues ello implicaría la *constricción del cauce informativo a aquellos hechos o acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados* (SSTC 143/1991, 41/1994, 320/199 y 3/1997, entre otras). Como ha dicho la STC 144/1988: "El requisito constitucional de la veracidad de la información ex art. 20. 1 d) C.E., no se halla ordenado a procurar la concordancia entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera tal que *proscriba los errores o inexactitudes* en que pueda incurrir el autor de aquélla, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un *específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida*, de tal manera que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de *previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia*»[30].

También el Tribunal Supremo ha seguido esa línea, y en la resolución de 13-3-96 (RJ. 1996\2178), en su Fundamento Jurídico 3º que recoge que;

> «El requisito constitucional de veracidad significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (...). La veracidad de la información no ha de confundirse con la existencia de concordia con la realidad incontrovertida de los hechos, sino en una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo»

Dejando el desarrollo de este principio de veracidad para los epígrafes relativos a los conflictos entre los derechos[31], y dentro de la configuración del

---

[30] Hemos escogido esta resolución porque ya nos adelanta varios aspectos muy interesantes de cara al posterior estudio de la colisión de los derechos. Veracidad no es concordancia entre la verdad objetiva y lo publicado, lo que limitaría la información a hechos objetivamente demostrados ex ante. Veracidad es noticia contrastada diligentemente tanto por sus datos como por sus fuentes, lo que provoca que se pueda considerar constitucionalmente veraz una noticia que posteriormente se demuestre falsa, en dicho caso se ampara la noticia errónea o inexacta investigada diligentemente.

[31] Aunque después de dejarla aquí señalada, lo que sí que queremos adelantar es que la veracidad, inexcusablemente, afectará de forma diferente al conflicto que se produce entre la libertad de información y dos derechos de la personalidad con una naturaleza jurídica muy diferente, como son el

2.1.2- Definición y caracteres de la libertad de expresión.

Una vez especificada la diferencia entre la libertad de expresión y la de información, y descrita esta última, la caracterización de la libertad de expresión la obtendremos naturalmente de los conceptos ya asentados, debido a que ya desarrollamos en la diferenciación entre una y otra que la libertad de expresión se concreta en la posibilidad de expresar pensamientos, ideas u opiniones.

Con la clarificadora regulación de nuestro texto fundamental no existen divergencias, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, con respecto a lo que entendemos por libertad de expresión. En la STC. 144/98 de 30 de junio, por ejemplo[35], en su fundamento jurídico 2° se define, en formulación admitida por toda la jurisprudencia que;

> «La libertad de expresión, *cuyo objeto son los **pensamientos, ideas y opiniones** –concepto amplio que incluye las **apreciaciones** y los **juicios de valor**-...*».

En palabras del Tribunal Supremo, la STS. de 2-3-91 (RJ. 1991\1710), en su fundamento jurídico 3°, nos dice, que además de ello, estas opiniones; «no aspiran a sentar hechos o a afirmar datos objetivos»[36].

Como comentamos esta consideración está plenamente asentada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. En esta última, por ejemplo, en palabras de LÓPEZ DÍAZ[37], al igual que muchos otros[38], la libertad de expresión consiste en;

---

[35] Otras resoluciones del intérprete constitucional que recogen esta misma definición son, por ejemplo, las STC; 107/88 de 8-6 –FJ. 2°-; 214/91 de 11-11 –FJ. 6°-; 123/93 de 19-4 –FJ. 3°-; 3/97 de 13-1 FJ. 6°-; 187/99 de 25-10 FJ. 3°-, o la de; 11/00 de 17-1 –FJ. 7°-.

[36] También el Tribunal Supremo admite esta formulación de la libertad de expresión. Así se puede observar en las STS.; de 25-6-90 (RJ. 1990\4890) –FJ. 1°-; de 13-3-96 (RJ. 1996\2178) –FJ. 3°-; de 26-9-96 (RJ. 1996\6658) –FJ. 2°-; de 16-2-99 (RJ. 1999\1243) –FJ. 2°-; de 30-11-99 (RJ. 1999\8440) –FJ. 2°-; de 7-12-99 (RJ. 1999\8172) –FJ. 2°-, o la de; 17-2-00 (RJ. 2000\1159) –FJ. 2°-.

[37] Vid. LÓPEZ DÍAZ, E., *El Derecho al honor y el derecho a la intimidad; Jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1996, pág. 164. Este trabajo lleva a cabo un interesante estudio sobre esta libertad de expresión, en las págs. 164 a 168, recogiendo diferentes teorías respecto a la misma y a su extensión, con autores absolutistas, maximalistas, o relativistas en relación a su extensión. Debido a la concreción de la intención del presente capítulo, solamente dejamos citada la existencia de esta diferenciación.

[38] Seguimos con la tónica de unos temas que ciertamente están muy asentados en nuestro sistema jurídico. Así, esta conceptualización de la libertad de expresión también la encontramos en mucha otra doctrina, como en; CHINCHILLA MARÍN, ob. cit. nota 19, pág. 63; MARTÍN CASALS, ob. cit. nota 22, pág. 954; ARIAS RODRÍGUEZ, ob. cit. nota 22, pág. 32; GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, ob. cit. nota 22, pág. 279; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, pág. 3; GARCÍA SAN

«La expresión de *pensamientos, ideas y opiniones*, concepto amplio, dentro del cual deben incluirse, como ya hemos visto, *las creencias y los juicios de valor*».

Así pues, tras esta muy clara conceptualización de la libertad de expresión hemos de centrarnos en sus caracteres, aunque para ello nos extendamos algo de lo que sería simplemente su definición[39]. La primera duda que nos surge es si la libertad de expresión ha de someterse, de alguna manera, al principio de veracidad que estudiábamos en la libertad de información.

La libertad de expresión da posibilidad de expresar opiniones, creencias, pensamientos. En un Estado social y democrático de Derecho, que reconoce entre sus valores constitucionales valores como la libertad de pensamiento, el pluralismo político, de razas, de ideas, de creencias..., la laicidad del Estado, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, o el interés colectivo por encima del individual, nunca se podrá considerar que una idea, una creencia, por criticable que sea desde cualquier consideración moral o lógica sea falsa, sea mentira[40]. Todas las opiniones son admisibles y con la finalidad de fomentar el pluralismo y la convivencia, necesarias. La libertad de expresión será así más amplia que la de información, que está limitada por la veracidad (aunque sea ex ante), pero ciertamente deberá tener límites, aunque éstos sean otros.

Esta concepción está muy asentada en la Jurisprudencia tanto constitucional como civil[41]. Un ejemplo muy claro de ello lo constituye la doctrina contenida en la

---

MIGUEL, ob. cit. nota 22, pág. 138; MARTÍN MORALES, ob. cit. nota 22, págs. 74 y ss.; ALAMILLO DOMINGO, ob. cit. nota 22, pág. 959; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit. nota 22, págs. 179 a 182; ESCOBAR DE LA SERNA, ob. cit. nota 26, págs. 6 y ss, o en; BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 22, pág. 144.

[39] Para desarrollar adecuadamente cuáles son las características de la libertad de expresión, inevitablemente deberemos analizar algunos criterios jurisprudenciales que determinan la resolución su conflicto con los derechos de la personalidad, que como ya dijimos son el objeto central del próximo epígrafe. En este momento serán simplemente citados, con la finalidad de apreciar adecuadamente la extensión y límites del concepto "libertad de expresión" en nuestro derecho.

[40] Es conocido el principio de que el pensamiento no delinque. Otra cosa serán las consecuencias prácticas, los actos que provoque esa creencia, pero la creencia en sí, por muy censurable que sea, ha de ser respetada. Una cosa es que alguien sea racista, xenófobo o tenga ideas neonazis. Contra la expresión teórica de esas creencias, por muy execrables que nos parezcan (me postulo personalmente absolutamente en contra de las mismas), el derecho no puede reaccionar, ni considerarlas ilícitas, ni civil ni penalmente (salvo que puedan incitar a la violencia, o constituir apología del terrorismo). Sí se penarán las consecuencias prácticas que éstas tengan si los actos que provocan limitan o afectan a los derechos de terceros.

[41] Las resoluciones de los Tribunales Constitucional y Supremo que acabamos de citar en cuanto a la consideración del concepto de esta libertad son un perfecto ejemplo de ello.

resolución 107/88 de 8 de Junio, en su fundamento jurídico 2°, la citamos en toda su amplitud, por su oportunidad, sencillez y claridad;

> «La libertad del art. 20.1 a) tiene por objeto la expresión de *pensamientos, ideas y opiniones*, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las *creencias y juicios de valor* y el de la libertad del art. 20.1 d) el comunicar y recibir libremente información sobre hechos o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerar noticiables.
>
> Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada STC. 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, *los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, **no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud*** y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión *no le sea exigible la prueba de la **verdad o diligencia en su averiguación***, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carta, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del art. 20.1 d) de la Constitución, y, por tanto *la libertad de expresión **es más amplia** que la libertad de información* por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a la consecuencia de que *aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente **injuriosas*** o aquellas que *carezcan de **interés público*** y, por tanto, *resulten **innecesarias** a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa*».

Como vemos, esta descripción de la caracterización de la libertad de expresión ha empezado a señalar sus límites. Así pues, el principal límite que señala el Tribunal Constitucional[42] es el de no permitir frases injuriosas o innecesarias. El Tribunal Supremo ha asentado otros principios, como el de no permitir la atribución gratuita de hechos que hagan desmerecer la consideración ajena. Así, en una interesante recopilación de algunos aspectos de estos límites, la STS. de 9-10-97 (RJ. 1997\7613), en su Fundamento Jurídico 4° señala que[43];

---

[42] También se aprecia en las resoluciones, entre otras, del TC.; 172/90 de 12-11 –FJ. 3°-; 214/91 de 11-11 –FJ. 6°-; 200/98 de 14-10 –FJ. 2°-; 187/99 de 25-10 –FJ. 3°-; o la 11/00 de 17-1 –FJ. 7°-.

[43] Otras resoluciones del Alto Tribunal Civil que también recogen este principio de que la libertad de expresión no admite la atribución gratuita de hechos que hagan desmerecer la consideración ajena son las STS.; de 4-11-86 (RJ. 1986\6205) –FJ. 6°-; de 1-12-87 (RJ. 1987\9173) –FJ. 2°-; de 20-2-89 (RJ. 1989\1213) –FJ. 2°-; de 23-2-89 (RJ. 1989\1250) –FJ. 5°-; de 12-5-89 (RJ. 1989\3763) –FJ. 5°-; de 2-3-91 (RJ. 1991/1710) –FJ 3°-; de 5-4-94 (RJ. 1994\2938) –FJ. 3°-; de 13-3-96 (RJ. 1996\2178) – FJ. 3°-; de 23-2-98 (RJ. 1998\642) –FJ. 3°-; de 7-11-99 (RJ. 1999\8172) –FJ. 2°-, o la de; 30-11-99 (RJ. 1999\8440) –FJ. 2°-.

> «Es cierta la doctrina jurisprudencial que se alega en este motivo: la Sentencia de 31 de julio 1992 (RJ. 1992\6508) decía que la libertad de expresión ***no comprende expresiones injuriosas o vejatorias*** y la de 10 de junio de 1993 (RJ. 1993\5401) insiste: el derecho de expresión e información ***no puede ser el vehículo intelectual de la difamación y de la lesión a la dignidad personal***; más recientemente, la de 28 de marzo de 1996 (RJ. 1996\2370) dice que la libertad de expresión deberá ejercitarse con la debida asepsia en las palabras o en los módulos de expresión utilizados, esto es, sin que ***en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser injuriosas o vejatorias***; en al mismo sentido se han manifestado otras Sentencias, como las de 13 de julio 1992 (RJ. 1992\6286), 5 octubre 1992 (RJ. 1992\7526) y 24 mayo 1994 (RJ. 1994\3737)».

Por último, y dentro de su caracterización, la libertad de expresión comparte con la de información el hecho de que ambas son la garantía de una institución política fundamental, la ***opinión pública libre***, indisolublemente ligada con el *pluralismo político*, y por ello ser constituyen en uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática».

2.2.- Criterios de resolución de los conflictos entre las libertades de información y de expresión y los derechos de la personalidad post-mortem.

Ya hemos diferenciado la libertad de información de la de expresión y, tal y como hemos reflejado, ambas se configuran dentro de nuestro sistema jurídico como derechos fundamentales. Como ya preveía el artículo 20.4 de la Constitución, en el ejercicio de estos derechos se da una situación límite o fronteriza en el que el mismo puede colisionar con el ejercicio de los derechos de la personalidad de otros sujetos. Toda vez que estamos ante dos tipos de derechos fundamentales, ninguno prevalece por su mayor jerarquía, y es esta situación ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de establecer las situaciones en las que prevalecen las libertades de información y expresión[44] o no, y en ese caso se han de considerar dañados los derechos de la personalidad[45].

[44] No paramos de hablar de las libertades de expresión y de información juntas, y de los derechos de la personalidad juntos, aunque, como ya hemos analizado aquí, en cada uno de estos dos grupos de derechos fundamentales existen varios derechos, cada uno con su naturaleza jurídica diferenciada. Esto es así porque en el estudio del conflicto siempre se ha establecido un grupo de derechos en colisión con el otro. Como acabamos de señalar en el presente epígrafe, es indudable que cada una de las libertades es un derecho fundamental autónomo, y que como tal tiene especialidades en su situación en este conflicto. Estas especialidades serán tenidas en cuenta, y si bien el conflicto lo estudiaremos inicialmente considerándolas desde un punto de vista global, en el mismo, aportando las

En esta situación, por tanto, se da un conflicto entre dos grupos de derechos fundamentales distintos. Para resolverlos, toda vez que no existe la preferencia por su mayor grado de jerarquía constitucional, el criterio inicial que utiliza nuestra Jurisprudencia es que mientras que, como hemos señalado, las libertades de información y de expresión sirven a un fin público, la formación de una opinión pública libre[46], los derechos de la personalidad responden a un interés privado, el del disfrute de los mismos por cada uno de sus titulares, importante en la vida en sociedad, pero no disfrutados en colectividad[47].

Así pues, el valor justificador de la colectividad provoca que, inicialmente, y a la vista del conflicto suscitado, las libertades de información y de expresión cobren cierta preferencia frente a los derechos de la personalidad, siempre que respeten unos parámetros, ciertos requisitos. Si se dan esos requisitos en el ejercicio de las libertades, los derechos de la personalidad tendrán que ceder, y no se entenderán vulnerados. Antes de enumerar los requisitos, veámoslos expuesto textualmente en las numerosas resoluciones que recogen esta asentadísima doctrina.

---

circunstancias comunes a ambas, tendremos que diferenciar necesariamente cómo se da el mismo respecto a cada una de ellas, y abriremos dos apartados en los que nos centraremos en los aspectos que diferencian la colisión de los derechos de la personalidad con una libertad y con otra.

[45] Como ya hemos comentado, la Jurisprudencia ha aplicado estos criterios tanto a situaciones en las que los titulares del derecho de la personalidad estaban vivos como en las que había fallecido. El grueso de las resoluciones pertenecen al primer supuesto, y a él corresponden muchas de las que citaremos sobre los distintos criterios que utiliza la jurisprudencia para resolver el conflicto. Pero, como señalamos, el mismo criterio es el que se utiliza cuando los titulares ya han fallecido, por lo que todas esas resoluciones son de aplicar a dicha situación. Cuando justo en el siguiente epígrafe tratemos las intromisiones en cada uno de los derechos, inicialmente citaremos las más usuales en casos de fallecidos, y continuaremos recogiendo las más comunes en el caso de personas vivas.

[46] Toda vez que ya hablamos sobre ella, aquí sólo recogemos su fundamentación incidentalmente. Son muchas resoluciones las que recogen este principio, ya las citamos, pero recordamos que, la STC. 21/00 de 31 de enero, en su Fundamento Jurídico 4° recoge que las libertades; «entraña(n) el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la ***opinión pública***, indisolublemente ligada con el *pluralismo político*. De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información (la de expresión también) constituye(n) uno de *los elementos esenciales de una sociedad democrática*».

[47] No decimos que no sea importante para la colectividad el respeto de los derechos de la personalidad de sus ciudadanos, ya hemos reflejado claramente durante todo el presente trabajo que sin la protección de los derechos de la personalidad toda sociedad estaría muy limitada en sus fundamentos morales, y por ello propugnamos también su defensa post-mortem. Lo que destacamos es que el disfrute, toda vez que es un derecho personalísimo, se realiza de forma individual y no colectiva, como ocurre con las libertades, aunque para la vida en comunidad sean unos derechos que se nos presentan como absolutamente imprescindibles.

En primer lugar recogeremos lo contenido en una resolución del Tribunal Supremo que recoge el conflicto de una manera global, con gran claridad, para poder observar mejor cómo se plasma el mismo entre ambos grupos de derechos, y después, con alguna resolución del Tribunal Constitucional especificaremos algo más las diferencias que se dan en el conflicto en el caso de que estemos ante el ejercicio de una libertad u otra. La STS de 15-1-99 (RJ. 1999\37), en su Fundamento Jurídico 3º recoge que;

> «En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación[48]:
>
> -que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse *caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos*,
>
> –que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la *posición prevalente, que no jerárquica o absoluta*, que sobre los denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de información (posteriormente también hablará de la de expresión), del artículo 20.1 d), en función de su *doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político* dentro de un Estado democrático,
>
> -siempre que la **información** transmitida sea **veraz** y esté referida a **asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen**, que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de **interés público**, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la *soporten* en aras, precisamente, del *conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunicad*, -que tal relevancia comunitaria, y *no la simple satisfacción de curiosidad ajena* con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la existencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información, de la otra,
>
> -que la **libertad de expresión no puede justificar la atribución** a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de **hechos que la hagan desmerecer del**

[48] Los puntos y aparte son nuestros, ya que la resolución expone toda esta tesis de corrido, pero hemos considerado oportuno, por su sistematización y por aportarle mayor claridad y facilidad de lectura, separar sus diferentes aspectos.

público aprecio y respeto, reprobables a todas luces, sean cuales fueron los usos sociales del momento y

–que información **veraz** debe significar información *comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa*»[49].

Nos ha parecido que, a pesar de extensa, la claridad de esta resolución merecía recogerla sin interrupciones, ya que asienta muchos de los principios que a continuación desarrollaremos. Esta recapitulación de los criterios de resolución del conflicto es global. Con la referencia que hace esta resolución a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es digno de señalar que de algunas resoluciones del mismo se pude diferenciar más entre las especificidades que se dan respecto a cada una de las libertades. Así, respecto a la libertad de información[50], la STC. 144/98 de 30 de junio, en su Fundamento Jurídico 2º señala que[51];

«En los supuestos de conflicto entre el derecho a la libre emisión de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen garantizados en el art. 18.1 C.E., la adecuada solución ha de estar presidida por la consideración de las siguientes pautas esenciales, tal como han sido precisadas por la STC. 132/95, F.J. 4º, a saber;

1ª) Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión, ocupan una especial posición en nuestro ordenamiento en razón de su doble carácter de *libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública*, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (SSTC. 104/1986 y 78/1995, entre otras muchas);

2ª) Tratándose, más específicamente, de la libertad de información, su correcto ejercicio exige que verse sobre **hechos de trascendencia pública**, en el sentido de noticiables, y que la información facilitada sea **veraz**. Reuniendo tales condiciones su ejercicio, en estos casos, *prevalece sobre el derecho al*

[49] Como hemos señalado, la doctrina de resolución del conflicto señalada por esta resolución del Tribunal Supremo está muy asentada, así, por ejemplo, entre otras muchas, también la podemos ver con mayor o menor extensión en las STS de; 24-10-88 (RJ. 1988\7635) –FJ. 5º-; de 13-12-89 (RJ. 1989\8827) –FJ. 1º-; de 24-5-90 (RJ. 1990\4079) –FJ. único-; de 25-6-90 (RJ. 1990\4890) –FJ. 1º-; de 13-11-90 (RJ. 1990\8707) –FJ. 1º-; de 2-3-91 (RJ. 1991/1710) –FJ 3º-; de 9-10-97 (RJ. 1997\7613) –FJ. 4º-; de 5-2-98 (RJ. 1998\405) –FJ. 1º-; de 16-2-99 (RJ. 1999\1243) –FJ. 2º-; de 5-7-99 (RJ. 1999\5898) –FJ. 1º-; de 16-7-99 (RJ. 1999\5955) –FJ. 1º-; de 24-9-99 (RJ. 1999\6606) –FJ. 1º-; de 25-9-99 (RJ. 1999\2004) –FJ. 3º-; de 31-11-99 (RJ. 1999\8440) –FJ. 2º-; 17-2-00 (RJ. 2000\1159) –FJ. 2º-, o la de; 13-3-00 (RJ. 2000\1206) -FJ. 4º-.

[50] También esta resolución es algo larga, y nosotros hemos optado por separar sus partes fundamentales, pero nos parece necesario recogerla en su extensión, toda vez que recoge con mucha claridad cuáles son los criterios a emplear para dirimir estos conflictos.

[51] Otras sentencias en las que se recoge esta doctrina son, por ejemplo las SSTC; 107/88 de 8-6 –FJ. 2º-; 172/90 de 12-11 –FJ. 2º-; 204/97 de 25-11 –FJ. 2º.; 200/98 de 14-10 –FJ. 3º-; 187/99 de 25-10 –FJ. 4º-, o la de; 21/00 de 31-1 –FJ. 3º y 4º-.

honor de los afectados por la información , en tanto en cuanto ésta se encuentra en la base de la sociedad democrática (SSTC. 178/1993, 41 y 320/1994, entre las más recientes);

3ª) Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la **trascendencia pública** de los hechos divulgados cobran especial relevancia la *materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre*, así *como la persona objeto de la información*, puesto que las personalidades públicas que ejercen *funciones públicas* o resultan implicadas en *asuntos de relevancia pública* deben soportar un mayor riesgo de inferencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas, y el medio de información, en particular, si ha sido difundida por un medio de comunicación social (SSTC. 107/1988, 105, 171 y 172/1990 y 15/1993, entre otras);

4ª) La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC. 219/1992 y 41/1994, entre otras muchas). En resumen, el derecho al honor sólo cede ante la libertad de información cuanto es veraz y se refiere asuntos públicos derecho interés general por las materias que versa o por las personas que en ellas intervienen (SSTC. 240/1992 y 3/1997, entre otras)».

Respecto a la libertad de expresión, en especial, ya hemos señalado que la misma no puede depender de su correcto ejercicio del principio de veracidad, toda vez que, en una sociedad democrática y de Derecho las opiniones no son juzgables en dicha clave[52]. Pero una vez asentado este principio, la STC. 3/97 de 13 de enero, en su Fundamento Jurídico 6° nos habla extensamente de sus límites, que es el aspecto que más nos interesa respecto a su conflicto con los derechos de la personalidad;

«Más concretamente, hemos declarado que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1 a) C.E., los *límites permisibles* de la *crítica son más amplios si ésta se refiere a personas* que, por dedicarse a *actividades públicas*, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades particulares sin proyección pública alguna, pues un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC. 107/1988, 105/1990 y 85/1992, entre otras).

[52] En el epígrafe anterior ya recogimos una expresión jurisprudencial de esa falta de necesidad de la veracidad en cuanto a la libertad de expresión, cuanto recogimos el fundamento jurídico 2° de la 107/88 de 8 de Junio. Pero también la resolución que acabamos de recoger, la 144/98 de 30 de junio, en su Fundamento Jurídico 2° recoge casi exactamente con las mismas palabras que; «mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o los juicios de valor, ***por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de su exactitud,*** y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión *no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación*, que condiciona, sin embargo, la legitimidad del derecho de información...».

> Así mismo, que la crítica legítima en asuntos de interés público *ampara incluso aquellas que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen* (STC. 85/1992).
>
> ...es claro que *no puede estar amparado por la libertad de expresión quien*, al criticar una determinada conducta, emplea expresiones que resultan lesivas para el honor de la persona que es objeto de la crítica, aún cuando ésta tenga un carácter público, pues tal carácter no le priva de ser titular del derecho al honor»[53].

Así pues, tras haber recogido aquí estas resoluciones de nuestros más altos tribunales, podemos recapitular, sin necesidad de recurrir a más textualidad, los aspectos fundamentales para la resolución de los conflictos.

Desde un punto de vista global, toda vez que las libertades de información y de expresión sirven, además de a un interés individual, también a otro colectivo, el de la formación de una opinión pública libre[54], prevalecen frente a los derechos de la personalidad si se ejercen dentro de unos determinados límites. Pero antes de entrar en cada una de las libertades, hemos de hacer dos consideraciones previas.

La primera es que todas los casos se han de estudiar con sus propias circunstancias sin que se pueda ser apriorístico en ningún momento, se ha de ir caso a caso, y lo que en uno pude parecer una intromisión, en otro, por variar una sola circunstancia muy concreta, podría no serlo[55]. La segunda es que en caso de artículos periodísticos, sean escritos u orales, hay que analizarlos en toda su extensión, así como en su contexto, y no se podrá analizar si una u otra frase en concreto daña los

---

[53] Sigue la resolución señalando que más cuidado se deberá guardar, y se considerará más grave, la lesión producida en medio escrito, con mayor reflexión e intencionalidad, que la que se pueda dar en medio oral y directo, en el que la improvisación prevalecerá; «Máxime si tales expresiones no se han pronunciado de forma improvisada, en una entrevista o en una intervención oral en un debate, sino que han sido consignadas con el sosiego y la meditación que cabe presumir en quien redacta un escrito que se destina a su publicación en un diario».

[54] Sobre esta circunstancia, ya recogimos la abundante jurisprudencia que la sostiene, tanto en el Tribunal Constitucional como en el Supremo en el epígrafe dedicado al estudio de la libertad de expresión, al que nos remitimos.

[55] Es básicamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que asienta este principio, y son muy numerosas. Así, lo veremos en las STS. de; 24-10-88 (RJ. 1988\7635) –FJ. 5°-; de 27-10-89 (RJ. 1989\6966) –FJ. 4°-; de 9-1-91 (RJ. 1991\292) –FJ. 1°-; de 2-3-91 (RJ. 1991/1710) –FJ 3°-; de 27-11-91 (1991\8494) –FJ. 4°-; de 5-4-94 (RJ. 1994\2930) –FJ. 3°-; de 5-4-94 (RJ. 1994\2938) –FJ. 3°-; de 26-7-95 (RJ. 1995\6596) –FJ. 8°-; de 26-9-96 (RJ. 1996\6658) –FJ. 4°-; de 14-10-96 (RJ. 1996\7504) –FJ. 5°-; de 17-12-97 (RJ. 1997\9100) –FJ. 4°-; de 5-2-98 (RJ. 1998\405) –FJ. 1°-; de 23-2-98 (RJ. 1998\642) –FJ. 3°-; de 15-1-99 (RJ. 1999\37) –FJ. 3°-; de 16-2-99 (RJ. 1999\1243) –FJ. 2°-; de 5-7-99 (RJ. 1999\5898) –FJ. 1°-; o la de 13-3-00 (RJ. 2000\1206) –FJ. 4°-.

derechos de la personalidad[56]. Se han de estudiar los textos en su conjunto, nunca una sola frase suelta, ni una sola expresión, lo que se recoge en numerosas resoluciones[57], sobre todo, del Tribunal Supremo.

Estas dos circunstancias previas han sido muy claramente expuestas por la STS. 15-1-99 (RJ. 1999\37), en su Fundamento Jurídico 3°;

> «la doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con la que ha venido y viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando *la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro*, por lo que se exige, en **cada caso concreto**, que el **texto** *publicado y difundido ha de ser interpretado* **en su conjunto y totalidad**, *sin que sea lícito aislar expresiones* que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí, que no pueda hacerse abstracción en absoluto, del elemento intencional de la noticia».

Una vez que hemos asentado los principios básicos previos de este conflicto, hemos de extraer de nuestra jurisprudencia los criterios que emplea para determinar cuándo una libertad y otra han de prevalecer, por haberse ejercido dentro del ámbito constitucionalmente permitido[58]. Hablamos de una libertad y otra, porque la

---

[56] Es evidente que lo suele resultar verdaderamente lesivo puede ser una frase en concreto, o un conjunto de ellos (un insulto, una frase despreciativa o malsonante, la atribución de una acción o intención que dañe su derecho al honor, su consideración ajena, etc.), pero para analizarlas se tendrá que tener en cuenta todo el artículo o noticia, así como su finalidad y contexto.

[57] Así, entre otras, las STS; de 4-11-86 (RJ. 1986\6205) –FJ. 3°-; de 12-5-89 (RJ. 1989\3763) –FJ. 5°-; de 30-4-90 (RJ. 1990\2808) –FJ. 3°-; de 9-10-97 (RJ. 1997\7613) –FJ. 4°-; o la de 13-3-00 (RJ. 2000\1206) –FJ. 5°-.

[58] Hasta ahora nos hemos basado casi únicamente en la jurisprudencia para desarrollar este epígrafe, utilizando la doctrina casi únicamente de forma secundaria, ya que sólo la recogimos para exponer su definición sobre las libertades de expresión y de información. Esto ha sido así porque el conflicto que se produce entre los dos tipos de derechos es esencialmente práctico. Por ello los criterios que establezca la jurisprudencia serán esenciales para que sepamos cuándo ésta va a considerar que prevalece un derecho u otro, por lo que se constituye como la fuente de resolución de esta situación. La doctrina podrá criticar o no en mayor o menor medida algún criterio, pero se deberá de estar a ellos, señalando que son los admitidos por la jurisprudencia, ya que evidentemente los estudios doctrinales no tienen la misión de establecer cuáles han de ser éstos (sí le hemos visto una mayor trascendencia a esta doctrina, por ejemplo, cuando ha aportado definiciones o configuraciones de los derechos de la personalidad, o de la importancia de la memoria, que posteriormente han sido adoptadas por la legislación y jurisprudencia). Aún así, hemos de señalar que los criterios que aquí recogemos como claves para resolver el conflicto son los recogidos por la práctica unanimidad de la doctrina, lo que podemos observar en los trabajos de; MARTÍN MORALES, *ob. cit. nota 22, págs.* 64 a 66; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, págs. 8 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La degradación del Derecho al honor*, Madrid, 1993, págs. 51 y ss.; MARTÍN MORALES, ob. cit. nota 22, págs. 66 y ss; ALAMILLO DOMINGO, ob. cit. nota 22, págs. 960 y ss; CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 20, pág. 89 y ss; BUSTOS PUECHE, ob. cit. nota 22, págs. 147 a 157; VILALTA, A. y MÉNDEZ, R.,

jurisprudencia ha diferenciado la forma en la que se ejercita la libertad de información de la de expresión, movida por la diferencia de naturaleza jurídica de cada una, que hemos dejado analizada justo con anterioridad[59].

La **libertad de información** trata sobre hechos. La Jurisprudencia de nuestros Altos tribunales, para considerarla como legítima contribuyente a la formación de una opinión pública libre le exige dos condicionantes;

1°) Que los hechos sean de trascendencia pública. Esta trascendencia puede darse por razón de las *materias* o de las *personas*[60]. Por un lado, existe una serie de acontecimientos de naturaleza pública cuyo conocimiento es necesario para que los ciudadanos de un país democrático se puedan considerar informados y con conocimiento necesario, ya que son temas que les afectan. Por su puesto lo son los temas de naturaleza política, o cuestiones públicas, o circunstancias que por su excepcionalidad han tenido trascendencia social[61].

Acción de protección civil del derecho al honor, Barcelona, 1998, págs. 12 y ss., en un trabajo muy práctico, con gran casuística. Al respecto, muy interesante se presenta el trabajo de; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit. nota 22, ya que en sus págs. 182 a 123 y 419 a 473, recoge un buen estudio del derecho comparado, además de analizar otros aspectos, como la relación entre sujeto público y privado, la veracidad, etc.

[59] Aunque no olvidamos que también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como las STS de; 25-2-91 (RJ. 1991\1597) –FJ. 6°-; 12-5-95 (RJ. 1995\4231) –FJ. 3°-; o la de 5-2-98 (RJ. 1998\405) – FJ. 1°-; han señalado que las dos libertades se interrelacionan de tal manera que a veces se entremezclan y es difícil diferenciar cuándo se está ejerciendo entre una y otra, ya que en ningún momento son puras. Una de las funciones de la jurisprudencia en cada caso, tal y como acabamos de señalar es la de especificar cuándo estamos ante el ejercicio de una libertad y cuándo el de la otra.

[60] Una resolución muy interesante al respecto es la STC. 138/96 de 16 de septiembre, que en su Fundamento Jurídico 3° nos señala que; «Como cuestión previa conviene recordar que este Tribunal ha venido declarando de manera constante que el derecho a la libre comunicación que la Constitución protege se refiere, precisamente, a la transmisión de información veraz relativa a *asuntos de interés general o relevancia pública* y que sólo la información referida a hechos de esta naturaleza y contrastada con un mínimo de diligencia puede encontrar protección en el art. 20.1 d) C.E. frente al honor garantizado en el artículo 18.1 C.E. (SSTC. 6/1988, 171/1990, 219/1992, 123/1993, 232/1993, 22/1995, 28/1996). Y por lo que respecta a la relevancia pública de la información, debe señalarse que este requisito deriva tanto del *contenido* como de la *finalidad* de la misma del derecho reconocido en el artículo 20.1 d) C.E. En este sentido hemos declarado que el ejercicio de la libertad de información se justifica en relación con su conexión con asuntos públicos de interés general por las *materias* a las que se refieren y por las *personas* que en ellas intervienen (SSTC. 107/1988, 171/1990). Asimismo hemos destacado que la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta no se "refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad" (STC. 165/1987) por lo que, en correspondencia, se debilitaría en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público (STC. 105/1990)».

[61] Evidentemente estarán dentro de estos hechos, cualquiera de los que se de por la actividad política cotidiana, toda vez que los mismos se encuadran dentro de la esencia de un Estado Democrático, en el que el principio de representación política es básico. También las cuestiones

Por otro lado existen personas que no por ellas, sino por la profesión o por la labor que realizan en la sociedad se han de considerar como persona cuyos actos son de trascendencia pública. Así, indudablemente hemos de situar en esta situación a los políticos, que ejercen cargos de elección pública, o a las personas que por su significación social son trascendentales para la vida en comunidad (como quienes desarrollan generalmente una labor de opinión o de posicionamiento en distintas cuestiones de interés social). Por último también se sitúan en esta posición aquellas personas que por su actividad artística o informatica, de cara a la sociedad, se encuentran en una situación en la que son objeto de conocimiento y de reconocimiento social[62].

Pero una puntualización es importante de realizar. Los personajes públicos lo son en razón a su labor, trabajo o profesión, y las circunstancias relativas a estas actividades son las que se estiman dentro de la consideración de actividad pública. El resto de los hechos que se refieren a la persona, pero no tienen ninguna relación con su labor profesional, ya dependerá de sus propios actos para considerarlos como dentro del concepto de acto de trascendencia pública o no[63]. El corolario de esta reflexión es que una persona se considere personaje público no significa necesariamente que no tenga derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen,

---

sociales, como las laborales, sindicales, de la educación, sanidad, etc. Por último, se deberá considerar hechos noticiosos los sucesos extraordinarios, cualquiera que sea su naturaleza.

[62] En este último caso nos referimos a artistas de la más diversas formas de manifestación (escritores, actores, cineastas, pintores...), así como informadores, que por su generalizada aparición en los medios de comunicación (especialmente valorables en cuanto a su importancia artística, cultural y de formación de opinión) tienen una profesión objeto del conocimiento público. A la sombra de este ejemplar tipo de personas de gran significación cultural y social ha crecido en los últimos tiempos otro tipo de personaje, objeto de conocimiento y curiosidad social (generalmente ociosa, improductiva y mal sana) no por ningún valor cultural concreto sino básicamente por vivir sin trabajar ni aportar valor social alguno, protagonistas de la conocida como "prensa rosa" no por su trabajo, sino por sus *peripecias* personales. Los usos sociales, y la referencia a ellos del artículo 2.1 de la LO. 1/82, mandan, y estos sujetos se han de considerar como de *relevancia* social actual (muchos no sabemos el por qué, pero aún así me opongo a denominarlos como sujetos de *trascendencia* social).

[63] Será la información relativa a estos hechos de su actividad pública la constitucionalmente prevalente, no la que pueda tratar de hechos privados que no tenga nada que ver con la misma, salvo dos circunstancias; que esos hechos privados afecten a su trabajo público (político que propugna públicamente el cumplimiento fiscal y comete fraude –en la situación de las personas que ejercen cargos de elección, cualquier acción privada que se pueda considerar ilícita, y por su puesto las delictivas se han de considerar que han de ceder frente a la libertad de información-); o que la propia persona haya expuesto dicha actividad, en inicio privada, a la vista de los terceros (el personaje de la farándula que voluntariamente cede el conocimiento sobre su vida privada y familiar no podrá considerar vulnerada su intimidad si se informa sobre esos mismos hechos).

principalmente), sino que en sus actividades relativas a su faceta pública estos derechos ceden frente a la libertad de información y de expresión.

2º) El segundo aspecto que ha de cumplir la libertad de información necesariamente es el de la veracidad de lo informado. Aquí nos limitamos a recordar que, como ya citamos anteriormente, la misma no es ex post, sino ex ante, y se plasma en la comprobación previa y diligente, tal y como prescriben los cánones de la profesionalidad informativa, de los datos difundidos. Justo en el siguiente apartado, cuando tratemos las especificidades de la libertad de información trataremos algo más este aspecto.

Por último, hemos de señalar que el correcto ejercicio de la libertad de información requiere que en la información de la noticia no existan frases injuriosas o innecesaria para la transmisión del hecho noticioso.

En cuanto a **libertad de expresión**, la misma no trata de hechos, sino de opiniones, y ya cuando configuramos su definición y caracteres expresamos claramente que las mismas no son enjuiciables bajo el prisma de veracidad o falsedad[64]. Así pues, su único límite fue ya expuesto, cuando recogimos que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional recogía que en el ejercicio de la misma; «*aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente* ***injuriosas*** o aquellas que *carezcan de* ***interés público*** y, por tanto, *resulten* ***innecesarias*** *a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa*»[65], y la el Tribunal Supremo señalaba que; «la libertad de expresión ***no comprende expresiones injuriosas o vejatorias*** (...) ***no puede ser el vehículo intelectual de la difamación y de la lesión a la dignidad personal***; (...) deberá ejercitarse con la debida asepsia en las palabras o en los módulos de expresión utilizados, esto es, sin que ***en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser injuriosas o vejatorias***»[66].

Una vez que ya hemos explicado los términos del conflicto que se produce hemos de tratar, muy concretamente y al hilo de lo aquí desarrollado, cómo las libertades se interaccionan directamente con cada uno de los derechos de la

[64] Aspecto que desarrollamos en el epígrafe 2.1.2 de este mismo capítulo, al que nos remitimos.

[65] Vid. epígrafe 2.1.2, STC. 107/88 de 8 de Junio, en su Fundamento Jurídico 2º.

[66] Vid. epígrafe 2.1.2, STS. de 9-10-97 (RJ. 1997\7613), en su Fundamento Jurídico 4º.

personalidad, independientemente de que después podamos hablar con mayor detenimiento de las vulneraciones más usuales de estos derechos[67].

Empezando esta reflexión con el derecho al honor[68], hay que señalar, que respecto a la libertad de información, si lo que se informa es veraz, nunca dañará el derecho al honor. Puede dañar la intimidad, pero decir que una persona es un ladrón, o un drogadicto, o un delincuente de cualquier clase, si es cierto, nunca será una violación del derecho al honor, salvo el uso de expresiones hirientes no necesarias para la información. En cuanto a la libertad de expresión, como ya hemos visto, su límite es la manera en la que se expone la opinión, y si no se dan expresiones mal sonantes, injuriosas o vejatorias su ejercicio será legítimo.

Respecto al derecho a la intimidad, tanto en relación a la libertad de información como a la de expresión, el principio de la veracidad no es en absoluto significativo. Si se difunden hechos de la vida privada de una persona que no tienen trascendencia pública, con independencia de si son ciertos o no, se estará vulnerando el derecho a la intimidad.

Así mismo, la imagen de una persona se puede utilizar en el ejercicio de las dos libertades si es accesoria a ella. Si existe un hecho noticioso, se podrá acompañar una imagen del protagonista, y su uso será legítimo. Se vulnerará el derecho a la imagen junto al del honor si este uso imputa al sujeto hechos falsos que le hacen desmerecer de la consideración ajena, o se produce un error en la publicación de la

[67] Lo que buscamos hacer ahora es desgranar la relación directa que se produce entre cada una de las libertades y los derechos de la personalidad que hemos ya analizado, ya que existen especificaciones muy significativas, que harán que el conflicto pueda ser diferente si estamos tratando de una libertad u otra en relación con las diferentes naturalezas jurídicas de los distintos derechos de la personalidad. En el epígrafe 2.3 de este capítulo lo que haremos será explicar cuáles han sido hasta ahora las principales vulneraciones de los derechos de la personalidad que se han dado en el incorrecto ejercicio de las libertades de información y de expresión, según nuestros tribunales, centrándonos en el momento posterior al fallecimiento de su titular.

[68] A este respecto hay tres estudios doctrinales que desarrollan esta relación concreta entre los derechos y las libertades con mayor extensión de lo que aquí lo realizamos, ya que nuestra intención es únicamente dejar señalada esta situación, trabajos a los que nos remitimos en caso de que interese ampliar el estudio de esta relación. Así, los textos de; MONTÓN GARCÍA, ob. cit. nota 21, págs. 876 y ss., en las que estudia por separado el conflicto de las libertades con el derecho al honor, (Prevalece la información cuando se da en circunstancias de: interés general, hechos verdaderos, comportamiento de la persona censurable. vejaciones innecesarias. cuestión privada consentida por el interesado. persona pública, profesionales de la información. Prevalece el derecho al honor en situaciones de: Persona privada sin interés público, expresiones difamatorias, que no formen opinión pública, noticia que exceda del fin informativo, simples hechos o rumores, que falten a la verdad); También estudia el conflicto con el derecho a la intimidad, (prevalece información con circunstancias de: Opinión pública o hechos públicos, información veraz. Prevalece el derecho a la intimidad: No interés opinión pública, cuando prevalece el derecho al honor). Al respecto, también se pueden consultar los trabajos de; LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 37, págs. 156 y ss; HERRERO TEJEDOR, ob. cit. nota 22, págs. 102 y ss.

imagen[69]. Por último, este derecho tiene una caso especial de vulneración, el del artículo 7.6 de la LO. 1/82, y se da en una situación que para nosotros no está directamente relacionado con el uso de las libertades, sino con el de la publicidad, y es cuando se usa la imagen de una persona con dicho fin sin su consentimiento[70].

Por último, el derecho moral de autor puede colisionar con el derecho a la libertad de información y de expresión sólo cuando se publique en una noticia parte de la obra registrada de un sujeto. En dicho caso lo que habrá será una flagrante intromisión en este derecho, aunque no podríamos considerar que se estuviese ejercitando el derecho a ninguna libertad, sino que estaríamos pura y llanamente ante un simple y burdo plagio ilegítimo.

2.2.1- Especialidades de la libertad de información.

Buscamos reflexionar muy brevemente sobre alguno de los aspectos fundamentales de cada una de las libertades. Respecto a la libertad de información nos detendremos en el desarrollo jurisprudencial de dos aspectos, el de la veracidad de la noticia publicada y el del principio del reportaje neutro.

Respecto a la veracidad, ya dejamos indicada que la misma es ex ante, no ex post, y se traduce en una diligente investigación de la realidad antes de publicar una información[71]. Este principio estimamos que debe ser comentado. Al respecto, los

[69] Pero en este caso la vulneración principal será la del honor, y la secundaria la de la imagen. Es el caso en el que se publica una noticia sobre una persona que es falsa y provoca el descrédito social, y esa noticia se publica junto a la imagen de la persona en cuestión. El error es el típico caso de negligencia, como el que resuelve la STS. de 25-1-99 (RJ. 1999\518), en el que se divulga en un medio periodístico una noticia relativa a un juicio por exhibicionismo, y en la foto que se publica aparece el delincuente, con la cara cubierta por una franja negra, y el actor en este procedimiento, inocente de dicho delito, señalado como su autor, lo que evidentemente daña tanto el derecho al honor como el de la imagen del sujeto.

[70] Ya hemos indicado que el derecho al nombre y al título tienen una protección jurisdiccional similar a la del derecho a la imagen, por lo que se verán afectados tal como se acaba de señalar en ésta.

[71] Ya citamos en las notas 27 y 28 del presente capítulo infinidad de resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo que confirman esta realidad jurisprudencial, y a dicho lugar nos remitimos. Aún así, para tener ciertamente presente la concreta formulación jurisprudencial de dicho principio volvemos a recoger aquí el Fundamento Jurídico 3° de la resolución 13-3-96 (RJ. 1996\2178); «El requisito constitucional de veracidad significa *información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias* (...). La veracidad de la información *no ha de confundirse con la existencia de concordia con la realidad incontrovertida de los hechos*, sino en una ***diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo***».

profesores SALVADOR GODERCH y CASTIÑEIRA PALOU[72] recogen en un interesante estudio al respecto que esta es la admisión en nuestro país de la doctrina anglosajona Sullivan[73]. Tras ello analizan la aplicación de este principio en nuestro derecho, señalando que en la misma se ha de ser muy cauteloso, con la finalidad de no amparar la mentira en determinados casos.

Para nosotros, el principio de veracidad es adecuado, ya que si se adoptase una veracidad coincidente con la verdad material posterior, numerosas cuestiones que se encuadran dentro del debate social estarían vetadas del tratamiento por parte de los informadores, toda vez que no estaría probada su verdad, o ni siquiera realizada una investigación absolutamente contrastada de ella, y esta situación dañaría claramente la formación de la opinión pública.

Pero a pesar de que estemos de acuerdo con el hecho de que las informaciones erróneas sean a veces inevitables, junto con la mayor parte de la doctrina española que ha estudiado este aspecto de la veracidad[74], creo que en estas situaciones existe un aspecto que necesita puntualización. Éste se da en el caso de que se haya producido una noticia que perjudica el derecho al honor de una persona y que posteriormente se acredita falsa. En este caso la demostración de la diligencia del informador ha de ser muy estricta, y sin ella no cabría considerar constitucional el ejercicio de la libertad de información, ya que en dicho momento el derecho al honor habría sido dañado sin justificación fáctica alguna, y para que en tal caso éste tenga que ceder ante la libertad de información el control de la diligencia investigadora y

---

[72] En su interesante trabajo; SALVADOR GODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M., (Coordinador, GÓMEZ LIGÜERRE, C.), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones de del derecho de daños*, Madrid, 1997.

[73] Vid. SALVADOR GODERCH, y CASTIÑEIRA PALOU, ob. cit. nota 72, págs. 19 y ss.; por la misma; «los demandantes que son personajes públicos sólo pueden accionar por daños causados por la divulgación de informaciones falsas y difamatorias relativas a su conducta oficial si prueban convincentemente que el demandado publicó el enunciado difamatorio con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falso o con desconsiderada indiferencia de su valor de verdad». A nuestro entender la doctrina Sullivan es un principio algo similar al de veracidad en el Derecho español, pero más estricto. En nuestro país no es necesario que se publique sabiendo que era falsa la noticia, u olvidándose de su veracidad, para considerar la noticia ilícita será suficiente con que el periodista no la haya investigado y contrastado diligentemente.

[74] Así, recogen esta doctrina constitucional que expone este principio de veracidad que evita la negligencia, pero asumiendo que las informaciones erróneas son inevitables; MARTÍN CASALS, ob. cit. nota 22, pág. 954; GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., ob. cit. nota 22, pág. 280; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, pág. 6; DE COSSÍO, M., *Derecho al honor. técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993, págs. 115 y ss; MARTÍN MORALES, ob. cit. nota 22, págs. 78 y ss; ALAMILLO DOMINGO, ob. cit. nota 22, pág. 966; LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 37, pág. 160, o; CARRASCO PERERA, ob. cit. nota 22, pág. 89.

de contrastación previa ha de ser absolutamente escrupuloso, más que en ninguna otra situación[75].

El segundo aspecto interesante de tratar respecto a la libertad de información es el hecho de que la misma, toda vez que su contenido es del derecho a transmitir información sobre hechos, o más concretamente sobre hechos que se consideren noticiosos, ampara la publicación por parte de un medio de comunicación de opiniones, declaraciones o cualquier tipo de manifestación de un tercero, relativas a cualquier tema o persona, sin que el medio sea en absoluto responsable de lo publicado, siempre que cumpla con determinados requisitos, como la identificación del sujeto, o la pulcra publicación únicamente de lo que éste ha opinado. Esta doctrina es la reconocida por la jurisprudencia como la del "reportaje neutral".

Como citamos, esta teoría es prácticamente una creación jurisprudencial[76], y a una resolución del Tribunal Constitucional muy clara al respecto vamos a recurrir para conocer su formulación. Así, la Sentencia 134/99 de 15 de julio, en su Fundamento Jurídico 4º expone que;

> «Este Tribunal viene diciendo, desde hace tiempo, que en aquellas ocasiones en las que *el medio de comunicación social no hace sino reproducir lo que un tercero ha dicho o escrito*, divulgando lo que así ha transcrito, no sólo actúa como soporte y medio de difusión de las opiniones o informaciones transmitidas por ese tercero, a cuya responsabilidad deben imputarse por entero, sino que, además, el medio de comunicación ejerce su *derecho a comunicar libremente información veraz* con tal reproducción de las declaraciones e otro. Así pues, lo relevante en estos casos no es si el medio de comunicación ha obrado como *simple canal de difusión de lo que otros han dicho* (SSTC. 159/1986, 15/1993, 336/1993, 4/1996 y 3/1997), o si, como en el que ahora nos ocupa, es el propio medio de comunicación quien pergeña una entrevista que luego publicará, incluso en el caso de que medie un pago en metálico por ello, sino *la neutralidad del medio de comunicación en la transcripción de lo declarado por ese tercero*. Por tanto, estaremos ante un *reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro*, aunque él haya provocado esa

[75] Para nosotros, en este caso, en el de que se publique una noticia falsa que dañe el derecho al honor, si no queda bien acreditada la diligencia previa o en el momento en que algún extremo de la misma quede oscuro por la alegación del informador del secreto de sus fuentes, el derecho que debería prevalecer sería el del honor. En el fondo, la acreditación posterior de la falsedad de la noticia nos habría de hacer presumir que en algún momento la constatación previa no fue lo suficientemente diligente, y ante tal situación debería el informador desacreditar fehacientemente dicha presunción.

[76] Así, además de en las resoluciones que veremos citadas por las sentencias aquí recogidas, esta teoría del "reportaje neutro" también se puede observar en las STC; 232/93 de 12-7 –FJ. 3º-; 41/94 de 15-2 –FJ. 6º-; 42/95 de 13-2 –FJ. 3º-;190/96 de 25-11 –FJ. 4º-; 144/98 de 30-6 –FJ 5º-; 134/99 de 15-7 –FJ. 4º; o la 136/99 de 20-7 –FJ. 12º-, y en la STS; de 16-2-99 (RJ. 1999\1243) –FJ. 4º-.

información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público (SSTC. 41/1994 y 22/1995)»[77].

Así pues, siempre que estemos ante este reportaje neutral en el que el informador cumpla los requisitos de identificación de la persona que realiza cualquier manifestación y de congruencia absoluta entre lo publicado y lo manifestado por el sujeto, ni el medio de comunicación ni el periodista serán responsables de la citada publicación.

2.2.2- Especialidades de la libertad de expresión.

Sobre la especialidad de la libertad de expresión la principal cuestión que queremos señalar, y que creemos que debe quedar claramente remarcada es la gran amplitud que la misma ha de tener en un Estado democrático y de Derecho como es el español[78]. Tal y como ya recogimos con anterioridad, y han dejado citado las STC. 107/88 de 8 de Junio[79], o la 3/97 de 13 de enero[80], las opiniones no pueden ser

[77] Los requisitos de la adecuación de lo publicado a esta doctrina del "reportaje neutral" también los podemos observar muy claramente en la STS. de 16-2-99 (RJ. 1999\1243), en su Fundamento Jurídico 4°; «Es el llamado *"reportaje neutral"*, que reproduce lo manifestado sin mayores adiciones ni comentarios peyorativos, da la noticia de lo manifestado por una persona (...). "La diligencia mínima exigible del medio de comunicación le impone, por una parte, *la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias*, que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad de su autor". (...) "La exigencia de control de fundamento de la información proporcionada por sujetos externos provocaría una *alteración de la función meramente informativa* asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia"».

[78] Una fundamentación detallada del por qué creemos que en un Estado constitucional como el español que establece como principales fundamentos de su configuración valores como la libertad o el pluralismo la libertad de expresión es básica la desarrollamos en el epígrafe 2.1.2, al que nos remitimos en este momento.

[79] Que en su Fundamento jurídico 2° establecía textualmente que; «*la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información* por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta».

coartadas o limitadas en ningún caso, y por ello, especialmente en el enjuiciamiento de las acciones de los sujetos encargados de gestionar la "res pública" la manifestación de opiniones contrarias a la forma de llevar a cabo dicha gestión ha de realizarse con el menor número de cortapisas posibles, e incluso debe admitirse aquellas expresiones «*que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen* (STC. 85/1992)», sin que en ningún momento se considere que el ejercicio de la libertad de expresión sea ilegítimo, o no esté amparado constitucionalmente[81].

Ello no significa que se admita cualquier cosa, ya dijimos que el personaje público tiene los derechos de la personalidad perfectamente protegidos, a pesar de que, por haberse puesto voluntariamente ante el necesario control social por gestionar los asuntos públicos, en el ejercicio de estas funciones éstos tengan que ceder algo ante las libertades de expresión y de información, más que si dicho sujeto se dedicase a asuntos privados[82]. Pero a pesar de ello y de la citada amplitud la libertad de expresión nunca amparará las expresiones que resultan lesivas para el honor de la persona, aún cuando ésta tenga un carácter público, ni las vejatorias o injuriosas.

Para la valoración de cuáles son expresiones vejatorias o no se habrá de estar al caso concreto, y analizarlas dentro del contexto social en el que se desarrollan y de todo el texto en el que se expresan, aunque todos tengamos en nuestro inconsciente

---

[80] Fundamento jurídico 6°; «Más concretamente, hemos declarado que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1 a) C.E., los *límites permisibles* de la *crítica son más amplios si ésta se refiere a personas* que, por dedicarse a *actividades públicas*, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades particulares sin proyección pública alguna, pues un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC. 107/1988, 105/1990 y 85/1992, entre otras)».

[81] Sobre las especialidades del ejercicio de la libertad de expresión podemos encontrar, en la doctrina, por ejemplo, a; ALAMILLO DOMINGO, ob. cit. nota 22, págs. 964 y ss; SARMIENTO ACOSTA, M., *El derecho al honor del particular y la libertad de expresión*, PJ., n° 36, 1994, que estudia esta relación durante todo el citado trabajo; MONTÓN GARCÍA, ob. cit. nota 21, págs. 876, o por citar algún trabajo del derecho penal, podemos recoger a; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, págs. 53 y ss.

[82] Un interesante estudio sobre la diferencia existente entre la posible lesión de hombres privados o públicos, que dejamos simplemente citado, es el de; AUGER LIÑÓN, C., *La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, PJ. n° especial XIII, 1990, págs. 86 y 88.

claramente predeterminadas las expresiones que más claramente pueden ser candidatas a considerarse como tales[83].

2.3.- Posibles vulneraciones.

Antes de seguir con el estudio de los aspectos procesales queremos detenernos muy brevemente en reseñar a nivel ejemplificativo cuáles pueden ser algunas de las posibles vulneraciones que se pueden dar contra los derechos de la personalidad de las personas fallecidas. En absoluto es la nuestra una pretensión absolutista, toda vez que reconocemos que es imposible recoger todo el elenco de posibilidades en las que se pueden dar las intromisiones, pero sí que queremos dejar señalado cuáles son las más usuales, especialmente en la práctica forense española.

Antes queremos aclarar un aspecto. Hasta ahora hemos estudiado los criterios que por los que la jurisprudencia ha resuelto el conflicto que se da entre las libertades y los derechos sin centrarnos en la situación post-mortem de éstos. Las principales razones han sido que los criterios para resolver estas situaciones son los mismos, que en el caso de personas vivas y no existe especialidad alguna en cuanto a su situación post-mortem[84], y a que el grueso de resoluciones se dan, esencialmente, cuando los titulares de los derechos de la personalidad están aún con vida. En estos epígrafes, sin embargo, sí que comentaremos cuáles son las principales intromisiones respecto a la situación post-mortem de los titulares, aunque no dejemos de comentar los casos más significativos en los que la jurisprudencia ha considerado que existía o que no existía una vulneración del derecho de la personalidad de una persona viva.

Ya la propia LO. 1/82 recoge en su artículo 7 *algunos* ejemplos de lo que se puede considerar intromisión o no[85]. Decimos algunos porque el propio artículo 7 no

[83] No creemos que sea muy operativo, ni significativo citar resoluciones en las que unas palabras hayan podido ser consideradas como vulneradoras de los derechos de la personalidad, ya que al depender del contexto en el que se den y de cada caso en particular, lo que en un momento pudo parecer como intromisión, a lo mejor en otro caso no lo fue. Aún así, se puede suponer que los insultos, las motas, las alusiones hirientes a defectos físicos o psíquicos, las alusiones falsas de tener actitudes socialmente reprobables, se pueden considerar como lesivas. A este respecto nos remitimos al siguiente epígrafe, en el que estudiamos lo que hasta ahora se ha considerado más habitualmente como vulneración de los derechos de la personalidad.

[84] Ciertamente, a tenor de lo observado en la jurisprudencia, no existen especialidades en cuanto a la situación del titular, únicamente las establecidas a los legitimados según los artículos 4 a 6 de la LO. 1/82. No decimos que no las tuviese que haber, aunque el esquema general fuese el mismo. Ya hemos indicado que, para nosotros, la principal diferencia se centra en que el fallecido no se puede defender en su propio derecho, por lo que se ha de ser muy cuidadoso en la defensa de los terceros.

establece que sean esos los únicos casos que se han de entender como tales, y la propia Exposición de Motivos recoge que; «El primero de ellos recoge en términos de *razonable amplitud diversos supuestos* de intromisión o injerencia que *pueden* darse en la vida real...». La propia lógica de la existencia de muy diversas formas y posibilidades en las que se podría dar una intromisión que serían imposible de enumerar ha provocado que, en una posición que sí que podríamos considerar como prácticamente unánime, tanto la jurisprudencia[86] como la doctrina[87] hayan optado por opinar que esta enumeración no supone en absoluto *"numerus clausus"*, opinión a la que nos adherimos.

Aún así, y entrando directamente en la situación post-mortem de los derechos, es muy significativo el hecho de que alguna de estas mismas intromisiones recogidas en el artículo 7 pueden afectar indudablemente a los derechos de los sujetos una vez que éstos han fallecido[88].

Así, en el apartado tercero, los intentos de divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, o la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo se pueden dar perfectamente tras el fallecimiento del sujeto, e incluso, por desgracia se observan situaciones en las que estas vulneraciones

---

[85] Sobre la regulación de la LO. 1/82 llevamos a cabo un detenido estudio en el epígrafe 1.2 de la sección primera del capítulo anterior. En todo lo relativo a lo que no recojamos ahora en este epígrafe, nos remitimos a dicho tratamiento.

[86] Citaremos en este lugar algunas de las primeras resoluciones dictadas justo tras la promulgación de la LO. 1/82, y que recogieron este principio, absolutamente unánime. La STS. 28-10-86 (RJ. 1986\6015) establecía en su FJ. 7°, respecto a las intromisiones que; «Se manifestarán, de una parte, *permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enunciados en el artículo 7 de la Ley*. Estos casos, la atraerán desde luego, pero a la manera de acaecimientos más significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad». También, y más claramente, el FJ. 7° de la STS. 4-11-86 (RJ. 1986\6205) establece que; «El artículo séptimo *no ofrece un elenco cerrado de los únicos supuestos* que atraen la dispensación de la protección jurisdiccional de los bienes de la personalidad, objeto de la ley, y que, por tanto, podrá fundarse la reclamación desde luego en cualquiera de esos o en varios a la vez de los supuestos de ese artículo, *pero también en otros hechos distintos siempre que resulten atentatorios a esos bienes*». Otra resolución que sigue esta opinión puede ser la de 19-6-89 (RJ. 1989\4699) –FJ. 1°-.

[87] Lo que podemos ver, por ejemplo, en las obras de; LÓPEZ JACOISTE, J., *Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil*, en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Vol. V., Madrid, 1988, pág. 549; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho a la imagen en la LO. 1/82 de 5 de mayo*, AC, n° 25, Junio 1990, pág. 368; BELLÓN MOLINA, ob. cit. nota 5, pág. 145; LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 37, pág. 104; AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997, pág. 217.

[88] Este aspecto, que aquí solamente dejaremos indicado fue tratado con detenimiento en el epígrafe 1.2 de la sección primera del capítulo anterior, y en el mismo recogimos la textualidad del citado artículo. A ese lugar nos remitimos para un estudio que requiera el mismo texto legal.

se llevan a cabo con un interés morboso por desvelar datos de alguien ya fallecido. Lo mismo suele suceder con los apartados 4°. 6° o 7° del artículo 7[89].

Antes de citar cuáles pueden ser las vulneraciones más usuales debemos recordar que algunas que lo pueden parecer no lo son por la delimitación que realizan los artículos segundo y octavo de la regulación[90].

2.3.1.- Derecho al honor.

Analizaremos primeramente el derecho al honor porque, tal y como veremos, tanto en vida de su titular como tras su muerte ha sido el más tratado por la jurisprudencia, toda vez que es el derecho que más siente dañado cualquier ciudadano. Nos centraremos en su situación post-mortem, iniciando el estudio de lo que nuestros tribunales han considerado intromisión del derecho y de lo que no con el análisis de las resoluciones del Tribunal Supremo, acabando con las del Tribunal Constitucional[91]. Posteriormente citaremos por encima algunas de las acciones que nuestros Tribunales han considerado como intromisiones en vida de su titular[92].

---

[89] Y estas intromisiones, por desgracia, parecen cobrar más interés para determinados sujetos sin escrúpulos, que se valen de la situación de menor protección del derecho que tiene, precisamente porque su titular ha fallecido (el contenido de la presente tesis doctoral debería contribuir a asegurar una mayor protección a estos derechos en dicho momento, lo que creemos absolutamente inexcusable para cualquier sistema jurídico democrático que se precie). Así, esas vulneraciones son perfectamente posibles tras el fallecimiento de su titular; La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (apartado 4°); la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (apartado 6°); o la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (apartado 7°) son situaciones que perfectamente se pueden dar sobre personas fallecidas.

[90] Ya recogimos algo en el citado epígrafe en el que estudiamos la regulación, la delimitación que se produce en el ámbito de protección por; «las *leyes, usos sociales* y *propios actos* de los afectados», o su; «consentimiento expreso» (artículo 2°), o la consideración como legítimas de las intromisiones «autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante», o; «las imágenes en acto o lugar abierto al público tomada a persona de profesión notoria o de proyección pública», o la «accesoria a la información de un suceso», o a; «la utilización de las caricaturas acorde al uso social» (artículo 8°).

[91] Empleamos la metodología opuesta a la que hemos desarrollado hasta ahora, en cuanto al orden de estudio de las resoluciones, con la clara finalidad de seguir el curso temporal de las sentencias. Toda vez que lo que vamos a estudiar aquí es lo que los Tribunales han considerado como intromisión y lo que no, será lo más adecuado y lógico para seguir las distintas argumentaciones estudiar las resoluciones del Tribunal Supremo y después analizar cómo, ante los mismos casos, el Tribunal Constitucional ratifica o modifica el fallo, y con ello la consideración de lo que es y lo que no es intromisión. Es en este momento, por ejemplo, cuando apreciaremos verdaderamente la trascendencia

Así, empezando por las resoluciones del Tribunal Supremo en un orden cronológico, relataremos inicialmente lo que el mismo ha considerado como intromisión ilegítima[93]. En una primera resolución de orden penal el Tribunal estimó que afecta al honor de una persona fallecida la imputación de un delito, por lo que se consideró adecuada la condena por un delito de injurias graves del artículo 466 del antiguo Código Penal[94].

Entrando en las resoluciones civiles, es intromisión en el honor de una persona fallecida el tratamiento que tanto EL PAÍS como DIARIO 16 le dieron al triste y estudiado suceso conocido por nosotros el caso que se denominó "Del comandante Patiño". El tratamiento fue distinto, pero el Tribunal Supremo estimó que en ambos hubo lesión del derecho al honor[95]. Recogemos por separado lo publicado por cada uno de los diarios porque han de considerar dos acciones distintas, aunque las mismas merecedoras de su consideración como dañinas para el derecho de la personalidad del fallecido.

EL PAÍS publicaba noticias sobre su vida laboral, como que había sido despedido por su carácter conflictivo, que había tenido incidentes algo violentos con una pasajera y con un compañero de trabajo, que se iba a investigar su vida privada o que tenía una forma irreflexiva de volar. Los artículos DIARIO 16 fueron más agresivos, y se decía de él que; "era un cachondo mental", "era mal educado y grosero", "bebía demasiado para un comandante de líneas aéreas que tiene que volar

---

de un aspecto que ya estudiamos, el de que los temas se han de analizar caso por caso, sin que se pueda en ningún momento teorizar ex ante lo que es intromisión y lo que no.

[92] Porque, tal y como veremos, las consideraciones de unos y otros casos son válidas para cualquier situación, y lo que se ha considerado como intromisión en vida de su titular también se puede considerar así si se diese el mismo caso con un titular ya fallecido. Es por ello por lo que a este estudio de la situación post-mortem de los derechos de la personalidad también le interesa lo que nuestros Tribunales resuelven en casos en los que el titular está vivo.

[93] En la exposición de lo que se considera como intromisión y lo que no seremos muy concretos, describiremos la acción intromisoria y dejaremos citada la sentencia en la que se expone esta opinión, toda vez que el estudio detenido de cada una de las resoluciones lo desarrollamos en los epígrafes 3.1.2 y 5.1.2 de la sección primera del capítulo anterior, en el que estudiamos las sentencias que se mostraban a favor y en contra de la pervivencia de los derechos de la personalidad post-mortem, y a esos epígrafes nos remitimos para observar la argumentación textual de cada resolución, que no recogeremos ahora por la finalidad simplemente descriptiva de la situación de este epígrafe.

[94] STS. de la Sala de lo Penal de 3-2-84 (RJ. 1984\716) –Cdo. 8°-.

[95] STS. de 7-3-88 (RJ. 1988\1603), -FJ. 2° y 10°-. De hecho, tal y como ya estudiamos, esta resolución dio lugar a sus correspondientes recursos de amparo, planteados por cada uno de los condenados, que provocaron dos resoluciones del TC, distintas, la 171/90 que absolvió a "EL PAÍS" y la 172/90 que condenó a "DIARIO 16".

cada cuatro días", "vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses", "la cerveza y algunos problemas económicos llevaban últimamente de cabeza a este hombre", "vapuleó a un compañero que no secundó el paro y se enfrentó a un pasajero agarrándolo por las solapas"[96]. Tras estos artículos, y antes de acabar la investigación, el Diario llegaba a la conclusión de que dicho Comandante; "no llevó a cabo la maniobra de aproximación de forma correcta»[97].

El Tribunal considera intromisión en el honor la publicación por parte de un diario, en relación a una persona fallecida por el asesinato de unos alemanes que; habían sido detenidos dos alemanes; "Que asesinaron al hombre que intentó violarles". Esta era la versión de los alemanes, y al haberlo publicado el medio como si fuese una verdad incontrovertible, «se emitió un juicio de valor que deshonra al fallecido y descalifica al periódico»[98]. Así mismo, también en la jurisdicción penal se considera intromisión atribuir, tras el asesinato de un letrado, la causa a los posibles asuntos; *«turbios* o *rarillos»* que tuviese con los implicados en el tráfico de drogas a quienes defendía[99].

Volviendo a la jurisdicción civil, se considera intromisión en el derecho al honor de una joven fallecida afirmar, tras su muerte, en un análisis de su vida, que la joven estaba embarazada de varios meses cuando fue encontrada muerta, y que se

[96] Durante todos los artículos de DIARIO 16 se hizo una semblanza personal de dicho comandante en la que, invocando fuentes informativas no precisadas y aun reconociendo que era un gran piloto, se dedicaban al mismo las frases que acabamos de ver. Incluso se Llegó a decir que sus restos estaban siendo analizados para descubrir si hay en ellos; "huellas de alcohol y si el grado de alcoholismo, en caso de que exista, era superior al permitido", y se insistía en la; "enorme pasión por la cerveza" del comandante fallecido.

[97] Reiteramos que, a pesar de que el Tribunal Constitucional no lo hizo así, el Supremo, analizando los dos recursos a la vez y sin diferenciar entre las expresiones de un diario y del otro (creemos que *esta circunstancia es criticable, ya que si hubiese diferenciado habrían dejado más claro qué* expresiones y circunstancias de cada publicación consideraban ofensivas), consideró que ambos medios de comunicación habían lesionado el honor del comandante fallecido.

[98] Fundamento Jurídico 2° de la STS. de 27-2-90 (RJ. 1990\720). Es interesante que recordemos esta fundamentación, ya que posteriormente el Tribunal Constitucional estimó que en esta publicación no había lesión del derecho al honor (ciertamente opinamos igual que el Tribunal Supremo, ya que el titular nos parece, sin lugar a dudas, una clara intromisión).

[99] STS. 16-3-90 (RJ. 1990\2537) –FJ. 3°-. También se adornaba el artículo con frases del tipo; «La turbiedad parece ser una constante profesional en la carrera profesional de la víctima», o que el fallecido; «era especialista en distraer casos a sus colegas, que generalmente firmaban la venia sin *haber cobrado la minuta», o que; «estaría tocando la pasta a su chica» (la de un conocido* narcotraficante), y que éste juró acabar con su vida; «por cobrarle la minuta, seducir a su mujer y declarar contra él en el juicio». En ocasiones parece que el periodista quiere dejar claramente asentada la difamación, y que no se pueda dudar sobre la existencia de la intromisión, y éste, con semejante tipo de frases, parece ser un caso de ello.

Tampoco es una intromisión la emisión de un programa de televisión en la que se relata una versión novelada de un suceso histórico y cierto, que conllevó una ejecución por garrote vil, en mayo de 1959[103]. Siguiendo con la resoluciones del Tribunal Supremo[104], más recientemente tampoco se consideró como intromisión la publicación, tras la muerte de un sacerdote, del hecho de que el mismo dejó una "gran" (según la publicación) herencia, resaltando que era un «enigma» el hecho de que un sacerdote pasionista (una orden o congregación religiosa que exige una especial observancia del "voto de pobreza") durante gran parte de su vida, tuviera un gran patrimonio a la hora de su muerte[105]. Tampoco se consideró, por un motivo parecido al anterior de ser unos hechos basados en un Consejo de Guerra público celebrado en 1937, que terminó con sentencia en la que se condenó al acusado a pena de muerte, que fue ejecutada, y en la que se hablaba sobre uno de los testigos, ya fallecido, cuyos hijos interpusieron la demanda e intromisión en su honor[106].

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[107], como se comprenderá lo que hará será refrendar o no las tesis del Supremo, en orden a las resoluciones del mismo que ya hemos visto. Así, en el señalado caso del Comandante Patiño estimó que sí hubo intromisión en la publicación de DIARIO 16, en la que como citamos se recogían frases como que; "era un cachondo mental", "era mal educado y grosero", u otras lindezas, para acabar con la conclusión de que dicho

[103] STS. 30-12-89 (RJ. 1989\8880) –FJ. 3°-. Nos remitimos al citado epígrafe 5.1.2.2, en el que se desarrolla la misma. El Tribunal consideró que no se lesiona el derecho al honor de la fallecida, porque los hechos eran ciertos, no existían falsedades y fueron de conocimiento público en dicha fecha, por lo que se consideraban noticiosos.

[104] Hemos de señalar que la siguiente resolución cronológica del supremo es la de 31-7-95 (RJ. 1995\6635), que viene motivada por una resolución del Tribunal Constitucional, que estudiaremos posteriormente, la 178/93 que revocó la justo aquí estudiada de 27-2-90, estimando que no era intromisión al honor la publicación que exponía que se había detenido a unos alemanes que habían matado al hombre que intentó violarles. Toda vez que su contenido depende de la argumentación de esta resolución del Constitucional que estudiaremos justo a continuación, a este tratamiento nos remitimos.

[105] STS. 26-1-98 (RJ. 1998\109) –FJ. 2°-, estudiada en el epígrafe indicado, al que nos remitimos.

[106] STS. de 8-3-99 (RJ.1999\1407)[106], -FJ. 3°-, también tratado con anterioridad, y en el que brevemente se argumentaba que no había lesión del honor porque; «se han narrado en el reportaje de autos hechos históricos que hay que tener por ciertos y que tienen relevancia pública».

[107] Al igual que nos ocurrió con las resoluciones del Supremo, éstas del Constitucional fueron tratadas en los citados epígrafes 3.1.2 y 5.1.2 de la sección primera del capítulo anterior. Aquí sólo recogeremos sus aspectos más trascendentales respecto a la violación que se da en los mismos del derecho al honor, remitiéndonos a aquel lugar para su desarrollo más detallado.

Comandante; «no llevó a cabo la maniobra de aproximación de forma correcta»[108]. Sin embargo, el mismo Tribunal considera que la publicación de EL PAÍS sobre los mismos hechos no fueron una intromisión en este derecho al honor del fallecido[109].

El Constitucional también consideró intromisión las declaraciones del ex jefe de las S.S. nazis León Degrelle a una revista nacional en la que acometía contra "los judíos", criticándoles, negando el holocausto y alabando la figura de Hitler[110]. Violeta Friedman, destacada defensora de los derechos de los judíos, cuya familia murió gaseada en la segunda guerra mundial, demandó al entrevistado por haber lesionado su honor. El tribunal admitió la intromisión[111].

---

[108] STC. 172/90 de 12 de noviembre –FJ. 4°-. La argumentación es que; «en el juicio que se hace sobre su personalidad, cuyo resultado global de *descalificación moral, social y profesional es innegable*, se incluyen expresiones y afirmaciones que *exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho de información*», como «las de "cachondo mental" y "mal educado y grosero", puesto que exteriorizan un juicio personal del informador a cuya *consideración judicial de formalmente vejatorias, ajenas al hecho del accidente aéreo y a la formación de una opinión pública sobre sus causas*».

[109] STC. 171/90 de 12 de noviembre –FJ. 10°-. El mismo argumento utilizado para resolver la anterior sentencia nos valdría para ésta. EL PAÍS también da datos laborales del fallecido, pero precisamente por ser laborales, éstos no son; «*ajenos al hecho del accidente aéreo y a la formación de una opinión pública sobre sus causas*». Así mismo, no se dan datos personales (aunque ello deba influir básicamente en el conflicto con el derecho a la intimidad, algo supone para estudiar el daño del honor), y por supuesto no se dan esas expresiones tan duras, limitándose el artículo a estudiar lo relativo a la profesión de piloto del fallecido, que es lo que interesa a la opinión pública. EL PAÍS, en lo que nos podría parecer más dudoso, sí que realiza alguna conjetura sobre si el comandante pudo tener alguna responsabilidad en el accidente aéreo, pero el tribunal la sitúa dentro de su ejercicio de la libertad de expresión, y por lo tanto no sujeta al principio de veracidad, y sobre ello nos dice el Tribunal que; «Sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa el impedir formular razonadamente conjeturas». Estoy de acuerdo con el Tribunal, pero se ha de incidir en la palabra subrayada. Es esencial que la conjetura sea razonada y acorde a los hechos, no meras fabulaciones. Es esta característica la que tendrá que analizar el Tribunal en cada caso concreto.

[110] Exponer las execrables expresiones que se recogen en la sentencia nos parece interesante para comprender el caso. Hubo párrafos que decían; «¿Los judíos?, Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios». «El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan». «Falta un líder, ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquel que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el Fürher». «Dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los E.E.U.U., para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos».

[111] STC. 214/91 de 11 de noviembre –FFJJ. 3°, 4°, 5° y 6°-. El hecho de que este caso no se estudiase en las resoluciones del Supremo se debió a que en la resolución de 5-12-89 (RJ. 1989\8800), se estimó que faltaba la legitimación activa, además de calificar las expresiones como desafortunadas, pero no ofensivas. El Tribunal Constitucional, en una resolución que personalmente alabamos, estimó que sí había legitimación y que había intromisión porque, respecto a la libertad de información, los

También estimó el Tribunal intromisión la publicación relativa al abogado asesinado al que se le relacionaba con traficantes de droga[112] y la publicación que falsamente otorgaba la muerte de una chica joven a su drogadicción[113].

Respecto a un caso en el que el Tribunal Constitucional revocó una resolución del Supremo, lo podemos observar en el del titular del periódico en el que se decía que se había detenido a dos alemanes que habían matado al hombre que intentó violarles, ya que según el Tribunal, el titular no eleva a categoría de verdad el hecho de la violación[114]. Desde una perspectiva estrictamente personal, no estamos de acuerdo con esta argumentación, y defendemos la adecuación de la condena civil. Creemos que se ha de valorar que se está ante un titular, la presentación de la noticia que muchas veces es lo único que se lee. El mismo dice "que intentó violarles", lo que lo eleva a verdad, y con ello se daña el derecho al honor del fallecido, que queda acusado de una acción no sólo delictiva sino absolutamente execrable desde cualquier perspectiva. Esto se podría haber evitado simplemente introduciendo un verbo, y diciendo que se detuvo a los alemanes que mataron al hombre que, *según alegan*, intentó violarles. Con ello se hubiera evitado que quien lea el titular crea que el intento de violación es algo probado.

Esto es todo lo relativo a los supuestos en los que nuestros tribunales han estimado que se ha dado o no una intromisión en los derechos de la personalidad de los ciudadanos tras su fallecimiento. Como vemos, son supuestos muy similares, publicaciones de hechos falsos relativos a determinadas personas fallecidas que han tenido notoriedad generalmente por las circunstancias de su muerte, o por la atención social que la misma ha despertado que provocan una desvirtuación de la reputación y de la consideración ajena de los demás. La principal enseñanza que obtenemos es la que ya expusimos en su momento, la jurisprudencia española considera que el derecho al honor pervive tras la muerte de su titular[115].

---

hechos no eran verdaderos, y respecto a la de expresión, el carácter racista o xenófobo provocaba un daño al derecho al honor de la recurrente.

[112] STC. 123/93 de 19-4 –FJ. 6°-, que resuelve el caso ya arriba planteado y sentenciado en el mismo sentido de la STS. 16-3-90 (RJ. 1990\2537).

[113] STC. 190/96 de 25-11 –FJ. 2°-, que resuelve el recurso planteado con tra la STS. de 24-6-94 (RJ. 1994\5326), también condenatoria al medio de comunicación.

[114] STC. 178/93 DE 31-5 –FJ. 6°-, que revoca la STS. de 27-2-90 (RJ. 1990\720), que como vimos anteriormente, entendía que sí había habido intromisión en el honor del fallecido.

Pero otra enseñanza muy clara es la de que estas intromisiones son muy parecidas a las que se dan con los sujetos en vida, lo que revela que el derecho que se defiende es el mismo, aunque se haya extinguido su aspecto inmanente. Es por ello por lo que ya no incidiremos más en estas intromisiones en el caso de sujetos en vida. Las mismas han sido muy estudiadas por la doctrina[116] y muy numerosas son las existentes en nuestra jurisprudencia, aunque no dejemos de señalar, a título ejemplificativo, algunas de estas intromisiones[117].

---

[115] Lo que ya observábamos en el trabajo de; YSAS SOLANES, M, *Protección a la memoria del fallecido en la LO. 1/82*, Publicado en la obra homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Vol. VI., Madrid, 1990, pág. 809, en la que expone que; «el honor del fallecido se puede ver igualmente afectado».

[116] Así, buenos estudios doctrinales que analicen cuáles son intromisiones y cuáles no, que dejaremos solamente citados son los de; IGARTÚA ARREGUI, F., *La protección del honor y la intimidad*, PJ., 1987, págs. 95 y ss. En ellas defiende que la expresión de la Jurisprudencia de estimar intromisión; «las expresiones que hagan desmerecer a la persona de la consideración ajena» le parece muy restrictiva, y se debería analizar según si esas expresiones eran proporcionales al fin buscado, la libertad de expresión, o no. También estudia la relación entre *difamación*, hechos no ciertos, y *desmerecimiento*, divulgación no querida de extremos ciertos o no (decir que alguien es un borracho, si es cierto pero no conocido). Estoy de acuerdo en que esto es vulneración de intimidad, si antes no se conocía, pero no del honor, por ser un hecho cierto. También se pueden estudiar las obras de; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, págs. 46 a 68, que realiza un buen estudio de todo lo relacionado con la vulneración del derecho al honor, con referencia a mucha jurisprudencia; AZPARREN LUCAS, A., *Intromisión en el honor e intimidad de las personas por medio de Sentencias*, AD. (Actualidad y Derecho), 1992, págs. 2 y ss; estudia la vulneración a través de sentencias; BELLÓN MOLINA, ob. cit. nota 5, págs. 149 a 165, estudio muy detallado; o LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 37, págs. 105 y ss.

[117] Así, en la consideración de lo que se ha estimado lesión del derecho al honor, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado como que sí lo es, por citar alguna; decir que según ciudadanos del pueblo alguien; "se puede dedicar a la prostitución", cuando no es un hecho probado [138/96 de 16-9 –FJ. 3°-]. El Tribunal Supremo, por su parte lo estimó, por ejemplo, de; las falsas atribuciones a un alcalde, acusado de que había metido a un traficante en el negocio de los aparcamientos [STS. de 24-11-95 (RJ. 1995\8740) –FJ. 2°-]; el error en el que se atribuye a una persona un delito, y no lo cometió [STS. de 25-1-99 (RJ. 1999\518) –FJ. 2°-]; expresiones como; «necedades de niñato de pésimo gusto», «pobrecito difamador», o la de «escasa estatura física y mental» [STS. de 18-10-99 (RJ. 1999\7333) –FJ. 1°-]. Por último, la STS. de 24-9-99 (RJ. 1999\6606) –FJ. 2°- establece que todos los ciudadanos son dañados con igual manera en el honor, no es más el del coronel que el del capitán.

Por otra parte, respecto a lo que **no** se ha considerado como lesión del derecho al honor, según el Tribunal Constitucional; no lo es decir que los jueces no hacen justicia, ya que no se nombra a ninguno en concreto [STC. 107/88 de 8-6 –FJ. 2°-]; no se da si la noticia es sobre noticias veraces [STC. 197/91 de 17-10 –FJ. 2°-]; no lo son las expresiones duras [3/97 de 13-1 –FJ. 7°-]; ni toda crítica que moleste sobre la pericia profesional [STC. 180/90 de 11-10 –FJ. 5°-]. Sobre lo que no se ha de considerar como intromisión, el Tribunal Supremo ha establecido que; no lo son las expresiones fuertes [STS. de 12-5-89 (RJ. 1989\3763) –FJ. 6°-]; no toda información que tenga resultado difamatorio es ilícita [STS. de 1-6-89 (RJ. 1989\4280) –FJ. 3°-]; para que se de la vulneración del 7.7 hace falta la divulgación, si no, no la hay (lo que significa que es más importante el aspecto social que el personal) [STS. de 18-7-89 (RJ. 1989\5721) –FJ. 2°-]; las informaciones veraces no son intromisiones al honor, aunque hablen de delitos [STS. de 17-5-90 (RJ. 1990\3735) –FJ. 3°-]; Un artículo burlesco en una revista de ese estilo y con caricaturas se asimila a ellas, y no es intromisión [STS. de 17-5-90 (RJ. 1990\3736) –FJ. único-]; no son vulneración los comentarios poco delicados al

2.3.2.- Derecho a la imagen.

La jurisprudencia no ha resuelto con gran asiduidad problemas prácticos del ilegítimo uso de la imagen de un fallecido. Hemos de recordar que no hablamos aquí de la lesión de "la imagen que la colectividad social tiene de una persona", es decir, del concepto "ideal" de imagen que hemos citado en alguna ocasión. Este concepto ideal se subsume en el del derecho al honor, como reputación social de la persona, y a las vulneraciones del derecho al honor ya dedicamos el anterior epígrafe. Aquí hablamos de usar el derecho a la imagen de una persona, generalmente con fines crematísticos, no informativos, ni culturales, ni de ningún otro tipo, sin contar con la autorización de dicha persona, del familiar del fallecido que deba cuidar de sus derechos de la personalidad (sobre esta posibilidad nos remitimos en el epígrafe 4 de la segunda sección del capítulo anterior).

Pues bien, ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional han estimado dañado nunca el derecho a la imagen de una persona fallecida, toda vez que nunca han creído encontrarse con dicho ilícito. Sin embargo, el Supremo sí que ha estudiado algún caso de posibilidad de la lesión del derecho a la imagen de una persona fallecida. En el primer caso[118] sigue la doctrina de la STC. 231/88, aunque con algún matiz, ya que expone que si bien los derechos de la personalidad de una persona fallecida no tienen una protección constitucional sí la tienen civil, aunque en este caso por otros motivos no se consideró dañado[119].

Los hechos que se enjuiciaron sobre si se producía una intromisión o no del derecho a la imagen de una fallecida se produjeron cuando, en mayo de 1988, y en la intención de llevar a cabo y publicitar la reposición de una obra lírica representada el 31 de marzo de 1934, se publicó en prensa el cartel original de la misma, con la

---

pie de una foto en una revista erótica, por la tipología de la misma [STS. de 16-6-90 (RJ. 1990\4762) –FJ. 2°-]; un tema penal, investigándose siempre se ha de considerar noticioso [STS. de 13-11-90 (RJ. 1990\8707) –FJ. 2°-]; no lo son ni las frases desabridas, ni opiniones desafortunadas ni manifestaciones críticas si son personas públicas [STS. de 27-11-91 (1991\8494) –FJ. 4°-]; una lectura de una sentencia dictada no lesiona al honor, porque es veraz, tiene interés público y no hay juicios ni opiniones personales [STS. de 4-9-96 (RJ. 1995\6502) –FJ. 1°-].

[118] Hay una resolución anterior, la de 26-4-89 (RJ. 1989\3260), en el que también se da un caso en el que se considera que no hay intromisión en los derechos de la imagen de un fallecido, pero esta sentencia es la publicada por el Tribunal Supremo tras la del TC. 231/88, sobre el caso Paquirri, y por ello lo trataremos justo a continuación.

[119] Tanto los fundamentos jurídicos como su situación dentro de las resoluciones que, en principio, defienden que los derechos de la personalidad desaparecen con la muerte fueron estudiados en el epígrafe 3.1.2.2 de la sección primera del capítulo segundo, y a dicho lugar nos remitimos para un estudio más amplio de sus fundamentos jurídicos.

Paquirri, en la que el alto intérprete constitucional estimó que no había lesión del derecho a la imagen de un fallecido, toda vez que el mismo no existía[122].

Como vemos, en general, el Tribunal Supremo, en especial en su última resolución, no le niega la posibilidad a la persona fallecida de ser titular del derecho a la imagen[123]. Opinamos que en estas situaciones de personas fallecidas se ha de tener un especial cuidado en la protección de la imagen del cuerpo fallecido, inerte, y protegerlo, salvo el necesario interés informativo del mismo.

Respecto a la lesión de la imagen de personas vivas, como podemos comprender, al igual que sucedía con el derecho al honor, tanto la doctrina[124], como la numerosa jurisprudencia española[125], han estudiado con asiduidad el tema, y han dejado asentados qué hechos se han de considerar intromisión del derecho a la imagen de una persona viva y cuáles no.

---

[122] Ya hemos señalado que en la actualidad dicha opinión no se pude considerar mayoritaria en nuestra jurisprudencia, a pesar de que fue la primera que expresó el Tribunal Constitucional. En dicho caso se condenó al demandado por la intromisión en la intimidad familiar de la viuda del fallecido.

[123] De esta misma opinión es; YSAS SOLANES, ob. cit. nota 115, pág. 811.

[124] Por ejemplo, los trabajos de; ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987, págs. 67 a 91, en la que recoge que, respecto a la imagen tiene especial valor su protección en cuestiones de agonía de una persona o su cuerpo fallecido; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, págs. 115 a 156; o AZURMENDI ADARRAGA, ob. cit. nota 87, págs. 197 a 210.

[125] Así, con la finalidad de dejar señalados algunos casos, hemos de señalar, principalmente, que el Tribunal Supremo ha señalado que; - Sí daña la imagen de una persona, dedicado a una actividad artística, situar su nombre en un cartel, anunciándolo como con determinado valor, sin solicitar el correspondiente permiso [STS. de 21-1-88 (RJ. 1988\131) –FJ. 2°-]; No daña la imagen del torero Paquirri un vídeo sobre el mismo, porque tiene interés cultural y se obtuvo del archivo de TVE. [STS. de 25-4-89 (RJ. 1989\3260) –FJ. 3°-]; La sentencia del TS. de 3-10-96 (RJ. 1996\7012) –FJ. 2°- es muy importante para la naturaleza jurídica del derecho a la imagen, ya que recoge el derecho fundamental a la propia imagen no cede por interés crematístico, se considera fundamental también si hablamos de uso económico; No vulnera el derecho a la imagen de una persona publicar fotos sacadas durante una visita privada, aunque éste no pensase en que se iban a publicar [STS. de 21-10-97 (RJ. 1997\7176) –FJ. 1°-] (desde una perspectiva personal no estamos de acuerdo con esta apreciación, ya que si bien la obtención no se da sin el permiso del fotografiado, sí ocurre esto con la publicación); No es intromisión la referencia implícita a un conocido personaje, ya que no es posible la prueba de que se trata de él [STS. de 30-1-98 (RJ. 1998\358) –FJ. 1°-] (En este caso, que afectaba a un conocido humorista, estamos más con el voto particular del magistrado O'CALLAGHAN que con el sentido del fallo); No es intromisión la publicación de una imagen de archivo de una persona para ilustrar una imagen de actual interés informativo [STS. de 16-2-99 (RJ. 1999\1243) –FJ. 6°-].

2.3.3.- Derecho a la intimidad.

Por último, nuestros más altos Tribunales sí que se han pronunciado habitualmente sobre vulneraciones del derecho a la intimidad de personas fallecidas. Muy simplemente podemos comprender que si se viola este derecho en personas vivas mediante la publicación de datos de las mismas que son privados, lo mismo sucederá con las personas fallecidas, ya que si se publican datos íntimos de éstas tras su fallecimientos se estará vulnerando su derecho[126].

Iniciando el estudio en las resoluciones del Tribunal Supremo que han estimado lesionada la intimidad de una persona fallecida, en el caso del comandante Patiño[127], ya aquí muy comentado cuando analizamos las lesiones del derecho al honor este Tribunal estimó que se lesionó la intimidad del mismo por las publicaciones de los dos diarios que trataron el tema, tanto EL PAÍS como DIARIO 16, ya que se desvelaron temas muy delicados, y en general no todos tenían que ver con la profesión de piloto del afectado[128].

Así mismo, también El Tribunal Supremo consideró violada la intimidad junto al honor de un abogado al que se le acusaba de estar envuelto en los mismos asuntos turbios que sus clientes relacionados con el tráfico de drogas[129], así como en el caso en el que se afirmó, tras la muerte de una joven, que la misma estaba embarazada de varios meses cuando fue encontrada muerta, y que se había ido de su casa por ese embarazo, cuando era un hecho falso[130].

En cuanto al Tribunal Constitucional, básicamente en un caso ha considerado dañada la intimidad de una persona fallecida. Éste fue el caso del Comandante

---

[126] Un aspecto que también tenemos que tener muy en cuenta es que este derecho a la intimidad de la persona fallecida estará generalmente muy unido al derecho a la intimidad familiar del cónyuge, hermano, hijo, o en definitiva de cualquier familiar que esté unido a la persona por cualquier vínculo, pero una intromisión puede ser independiente de la otra. Se puede lesionar el derecho de un familiar y también el del fallecido, o el de éste solo.

[127] STS. de 7-3-88 (RJ. 1988\1603) -FJ. 2°-.

[128] Ya referimos en el epígrafe en el que tratábamos las lesiones del derecho al honor que mientras en un caso se publicaban datos más estrictamente referidos a la profesión del piloto, en el otro, DIARIO 16 publicó datos sobre su vida sentimental, de convivencia u otros.

[129] STS. 16-3-90 (RJ. 1990\2537) –FJ. 3°-. En el epígrafe dedicado al derecho al honor ya recogimos frases aún más duras de dicho artículo.

[130] STS. 15-6-93 (RJ. 1993\4834) –FJ. 1° y 2°-. La lesión en su derecho a la intimidad se produce porque se especula sobre asuntos que sólo ha de conocer la afectada, salvo que ella expresamente haya querido que lo conociesen los terceros, lo que no es el caso. La lesión del derecho al honor se produce porque, además, estas noticias son falsas, y con ello provocan la consideración ajena de esa supuesta conducta suya como de reprochable.

Patiño, y de la publicación del DIARIO 16 sobre el mismo, que ya vimos que lesionó claramente su derecho al honor. Pero el derecho a la intimidad lo lesionó sobre todo cuando, de un hombre casado y con hijos se publicó que; «vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses», lo que evidentemente supone una intromisión en la intimidad del piloto evidente que además nada habla sobre su pericia o su falta de ella como piloto[131].

Los altos tribunales también han dictado resoluciones en las que no han considerado dañado el derecho a la intimidad de un ciudadano. Los dos casos en los que el Tribunal Supremo ha determinado que no se produjo una lesión del derecho a la intimidad ya han sido estudiados con anterioridad. El primero es el de la emisión de un programa de televisión en la que se relata una versión novelada de un suceso histórico y cierto, que conllevó una ejecución por garrote vil, en mayo de 1959, y que no se consideraron intromisión porque en su momento los hechos, por ser noticiosos, habían saltado a la opinión pública, y se conocieron con detalle, por lo que no podían considerarse dentro de la intimidad de la afectada[132]. El segundo caso en el que se estimó que no había lesión del derecho a la intimidad de la fallecida es el de la publicación de una imagen de una afectada de la colza acompañando a una noticia sobre esta enfermedad cinco años después de la toma de la foto y de la muerte de la afectada y de que se le hiciese la fotografía con su consentimiento[133].

La última resolución en la que se ha llevado a cabo la delimitación del derecho a la intimidad de una persona fallecida es la relativa también al caso Patiño, en la que el Tribunal Constitucional estimó que la serie de noticias publicadas por EL

---

[131] STC. 172/90 de 12 de noviembre -FJ. 4°-, que es muy clara en su admisión de la existencia y violación del derecho a la intimidad de una persona fallecida cuando refleja que; «Puesto que tal afirmación, que de ser cierta, podría quizá, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho de información, si se refiriese a un personaje público, no puede en modo alguno encontrar justificación en el caso aquí debatido, pues se trata de una persona privada, cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión *puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, **pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima,*** que en absoluto tiene la más mínima conexión con el hecho de la información, ***tanto más cuanto que se trate de una persona fallecida, cuya memoria, de acuerdo con el sentimiento social prevalente, merece el mayor respeto***».

[132] STS. 30-12-89 (RJ. 1989\8880) –FJ. 3°-.

[133] STS. 27-6-96 (RJ. 1996\4792) –FJ. 3°-. Ya comentamos con anterioridad que el TS. estima que este derecho de la fallecida no ha sido vulnerado porque el consentimiento dado antes de morir era evidente, y no aparece revocado antes de fallecer, como también porque ya se había producido una publicación anterior. Ya expusimos anteriormente que esta resolución fue estudiada con detenimiento en el epígrafe 5.1.2 de la sección segunda del capítulo anterior, y a él nos remitimos.

PAÍS sobre el mismo no dañaron su derecho a la intimidad, toda vez que sobre temas que no fuesen estrictamente de su actividad laboral sólo trató señalando el carácter agresivo del fallecido (nada de su vida sentimental o cosas por el estilo), y el Tribunal consideró que ello no dañaba su intimidad[134].

Pero como hemos señalado, la intimidad se puede dañar tanto en vida de su titular como tras su muerte, y precisamente casi podríamos decir que aún más en este momento, toda vez que la morbosidad parece acentuarse en el caso de revelaciones de datos privados sobre las personas fallecidas[135]. Evidentemente apostamos porque el sistema jurídico español proteja este derecho, y para ello creemos que se debe avanzar en la línea ya comenzada por nuestros tribunales, de considerar esta posibilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por todo lo señalado, no podemos dejar de hacer alguna referencia a la protección de la intimidad que tanto doctrina[136] como jurisprudencia[137] española han

---

[134] STC. 171/90 de 12 de noviembre –FJ. 10°-. Aquí hemos de recoger el argumento que antes recogíamos para el derecho al honor. Se dieron en la noticia datos sobre la vida laboral del fallecido, que sí que afectaban a su capacitación como piloto, y por lo tanto, del otro, del aspecto noticioso de un accidente aéreo con el número de muertos que tuvo ése.

[135] Como en los anteriores derechos esta idea la defiende; YSAS SOLANES, ob. cit. nota 115, págs. 811 y ss., en la que defiende que; «la vida privada se puede divulgar tanto de persona viva como de persona muerta». También respecto a la persona fallecida, el trabajo de; IGARTÚA ARREGUI, F., *La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona*, LL. 1990, I, pág. 1074, señala que; «la muerte siempre ha de considerarse dentro de la vida privada», con lo que también incide en la idea de que la muerte de los sujetos ha de ser tremendamente respetada.

[136] Lo que podemos observar en los trabajos de; IGARTÚA ARREGUI, ob. cit. nota 116, págs. 94 y 95; AUGER LIÑÓN, ob. cit. nota 82, pág. 88; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, págs. 90 a 112, en el que trata la diferencia entre persona privada y pública, los usos sociales, la jurisprudencia que lo ha estudiado, etc.; GARCÍA SAN MIGUEL, ob. cit. nota 22, págs. 148 y ss.; GARCÍA GARCÍA, y GARCÍA GÓMEZ, ob. cit. nota 22, págs. 117 a 195;LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 37, pág. 268 a 294. Un buen estudio del derecho comparado, respecto al derecho a la intimidad lo podemos encontrar en; ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *La protección civil de derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: derecho aplicable*, Salamanca, 1996.

[137] Respecto a lo que nuestros más altos Tribunales han considerado como intromisión en el derecho a la intimidad, podemos señalar, a título de ejemplo, que el Tribunal Constitucional lo ha considerado en los casos de; Hay intromisión en la noticia del origen de un menor que ha sido adoptado, porque no tiene relevancia pública, y no contribuye a la formación de la opinión pública [STC. 197/91 de 17-10 –FJ. 4°-]; Se vulnera la intimidad si se habla de aspectos personales que son indiferentes para el interés público [STC. 20/92 de 14-2 –FJ. 3°-]; No es intromisión dar datos privados de un sujeto protagonista de una información con interés público, si son hechos no ajenos a la información, para conocer el perfil humano del protagonista de la noticia [STC. 154/99 de 14-9 –FJ 9°-]

Por otra parte, el Tribunal Supremo lo consideró en los casos de; no vulnera la intimidad publicar el sueldo de un funcionario público, por su condición de tal [STS.; de 4-11-86 (RJ. 1986\6205) –FJ. 7°-]; Es intromisión la foto de una figura pública en la que se ven los genitales de

admitido, en el caso de personas vivas, ya que las situaciones que se consideran intromisión al derecho de éstas también se pueden considerar como tal en fallecidos si se dieran en similares circunstancias.

---

cierta persona, a pesar de la falta de ropa interior, ya que ella no se colocó en una situación para que se le sacase la foto, y según el art. 2.1 LO. 1/82, no hubo autorización ni tácita ni expresa y no hay interés social de la imagen [STS.; de 17-7-93 (RJ. 1993\6458) –FJ. 2°-]; la libertad de información no ampara dar datos personales que no tienen que ver con la información [STS.; de 26-7-95 (RJ. 1995\6596) –FJ. 9°-]; Una playa es un lugar abierto al público, así que la foto sacada en ella de determinada persona, no viola su derecho a la intimidad [STS.; de 17-12-97 (RJ. 1997\9100) –FJ. 5°-]; No es intromisión publicar la separación conyugal de dos personajes de las finanzas, por sus repercusiones financieras sociales; sí lo es decir que el motivo fue que uno de los cónyuges tuviera un hijo secreto [STS.; de 8-5-99 (RJ. 1999\4252) –FJ. 1°-].

3.- SISTEMAS DE PROTECCIÓN.

Esta es la última reflexión que realizaremos en la presente tesis doctoral sobre los derechos de la personalidad, y que como ya hemos reflejado, será muy breve y esquemática, ya que la finalidad que tiene es simplemente la de mostrar la situación actual del aspecto más puramente procesal de la protección de los derechos de la personalidad de los fallecidos[138].

Pero antes de iniciar este tratamiento hemos de detenernos en un tema previo que le afecta, y que se centra en la jurisdicción que ha de resolver estos temas[139]. En un principio, en la regulación inicial de la LO. 1/82, en el apartado segundo del artículo primero, parecía darle prevalencia al ámbito penal para proteger una posible intromisión, cuando en la inicial redacción del mismo, se expresaba que; *«Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal»*

Así, con esta regulación, parecía que el legislador le daba clara prevalencia al ámbito penal sobre el civil, y siempre que el primero apareciese el segundo debía esperar, e incluso así lo determinó también alguna doctrina[140] y jurisprudencia[141]. Pero esta regulación situaba a los dañados en una difícil disyuntiva. Tenían que acudir siempre a la vía penal siempre que existiese un simple indicio previo de que ésta podía actuar. Ello provocaba dos problemas, el primero era determinar la

---

[138] Así pues, como ya hemos referido, este epígrafe pretende ser brevísimo, y únicamente señalar cuál es el estado actual de la cuestión respecto a los aspectos puramente procesales de la protección de los derechos, como los que tratan del procedimiento a seguir, o las medidas cautelares, contemporáneas o resarcitorias que se pueden tomar en el mismo. Por ello solamente incidiremos en los aspectos más contradictorios que en la actualidad la doctrina encuentra en todos estos temas, pero los dejaremos únicamente citados incidentalmente. Como podemos observar, los aspectos tratados hasta ahora han sido algo más cercanos al derecho civil, ya que el mismo sí que ha de tener algo más en cuenta cómo se resuelve, por ejemplo, el conflicto entre los derechos de la personalidad y las libertades públicas, pero estos temas a tratar en este último epígrafe sí que podrían ser considerados como puramente procesales.

[139] Ya que en la protección de los derechos de la personalidad se conjuga la penal, a través de los delitos de injurias y de calumnias, y la civil, a través de la protección de las intromisiones a raíz de la LO. 1/82 tras su promulgación (y antes de ella, por la aplicación del artículo 1902 del Código Civil – para observar claramente esta última información se puede recurrir a la breve referencia histórica que realizamos en la parte preliminar).

[140] Así, esto lo podemos observar en; ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, 1984, pág. 169, en la que recogía textualmente el contenido de la LO. 1/82 que acabamos de recoger. También; GARCÍA GARCÍA, y GARCÍA GÓMEZ, ob. cit. nota 22, págs. 79 y ss., recogen que antes de la promulgación del actual Código Penal, que ahora analizaremos, sí que era preferente la jurisdicción penal.

[141] Bastante aislada, eso sí, como es el caso de la STS. de 23-2-89 (RJ. 1989\1394) –FJ. 1º-.

verdadera existencia de este indicio, y el segundo que la intromisión penal es mucho más difícil de probar que la civil, y ésta debía esperar a acabar la primera para ser iniciada, con el evidente perjuicio que ello suponía para el justiciable.

En esta coyuntura se produjeron sendas reacciones, tanto doctrinales[142] y jurisprudenciales[143], que interpretaban el artículo con bastante laxitud, y propugnaban por la libre elección del ofendido. Tras la situación de hecho provocada por la jurisprudencia en la que se podía elegir cualquier jurisdicción, la reacción del legislador no se podía hacer esperar, y así, en el nuevo Código Penal[144], y gracias la modificación del mismo que llevó a cabo en su Disposición Final Cuarta, se modifica el artículo, y queda de la siguiente manera; «El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9° de esta Ley» (que es la civil).

Tras esta regulación, la situación de la jurisprudencia no admite dudas, y cualquier ciudadano puede dirigirse a la jurisdicción que considere que protege mejor sus derechos[145] según sus preferencias[146]. Dejando claramente de lado la jurisdicción penal[147], y centrándonos en la civil, pasamos a estudiar sus aspectos fundamentales.

---

[142] Por lo que podemos encontrar trabajos anteriores a la publicación de la modificación de la regulación a la que seguidamente haremos referencia, que ya abogaban por la elección del perjudicado de la jurisdicción que le pareciese más adecuada a sus intereses como en; CASAS VALLÉS, R., ob. cit. nota 10, pág. 24, en la que desarrolla que la vía penal puede causar desprotección por sus requisitos, como la presunción de inocencia, por lo que ha de prevalecer la civil. También lo podemos observar en; AUGER LIÑÓN, ob. cit. nota 82, pág. 96; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho a la imagen en la LO. 1/82 de 5 de mayo*, AC, n° 25, Junio 1990, pág. 352; CARRILLO, M., *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental*, RJA., n° 18, 1994, pág. 30, que aún más es más defiende que la vía civil es la más adecuada en todo caso.

[143] Por citar algunas cercanas y que sientan jurisprudencia, las STS; de 23-3-87 (RJ. 1987\1716) –FJ. 5°-; de 22-10-87 (RJ. 1987\7309) –FJ. 2°-.

[144] LO. 10/95 de 23 de noviembre del Código Penal.

[145] Al respecto, Vid.; MONTÓN GARCÍA, ob. cit. nota 21, pág. 883; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit. nota 22, pág. 104, o a; AZURMENDI ADARRAGA, ob. cit. nota 87, págs. 222 y ss.

[146] Aunque no podamos decir que los procedimientos penales sean una *rara avis* en nuestro derecho, lo que sí es cierto es que los perjudicados por las intromisiones en los derechos de la personalidad, suelen optar, en su mayoría, por protegerlos a través de la jurisdicción civil.

[147] Trabajos que la estudien, ciertamente no faltan, y aunque aquí sólo analizamos la situación del derecho civil, dejamos citado alguno de ellos de entre los más recientes; JAÉN VALLEJO, M., *La protección del honor en una sociedad mediática*, AJA, enero, 1997; MUÑOZ LORENTE, ob. cit. nota 22, págs. 129 en adelante; ÁLVAREZ GARCÍA, F., *El derecho al honor y las libertades de información y de expresión*, Valencia, 1999; TORRES-DULCE LIFANTE, E., *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*, Madrid, 1999.

3.1.- Procedimientos judiciales.

La regulación de la LO. 1/82 no tiene en su articulado demasiados preceptos procesales. Respecto a las intromisiones y sus características el artículo 9 contiene la regulación de la mayor parte de aspectos, que citaremos justo a continuación, con la finalidad de adelantar el por qué de los epígrafes que trataremos posteriormente.

Pero antes, respecto al procedimiento mediante el cual se protegen estos derechos, la Disposición *Transitoria* Segunda[148] es trascendental a la hora de determinar qué cauce tomar para la defensa de los mismos. Recordemos que con anterioridad a esta regulación, y aplicando el artículo 1902, el cauce del procedimiento ordinario correspondiente no se presentaba de lo más alentador en cuanto a la seguridad jurídica. Así pues, esta Disposición estableció que, hasta que no se regule un procedimiento especial para la protección de estos derechos, los mismos se protegerán por medio de las Secciones IIª y IIIª de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona[149]. En cuanto a las posibles dudas del alcance de la protección, la misma Disposición Transitoria[150] prevé que agotado el procedimiento seguido, «quedará expedito el recurso de amparo constitucional.»[151].

---

[148] En la primera se prevé que en un futuro (no hace falta recordar que la regulación es de 1982) se regulará el uso de la informática. La tremenda capacidad de innovación de esta materia (que por mucho que quieran los juristas siempre irá por delante de la evolución del sistema jurídico) ha provocado que en la actualidad ya se hayan dictado dos disposiciones con el rango de orgánicas que han regulado la materia; La LO. 5/92 de 29 de octubre de regulación del tratamiento informatizado de los datos de carácter personal; y la LO. 15/99 de 13 de diciembre sobre protección de datos de carácter personal.

[149] Que es el procedimiento que en la actualidad, hasta el 1 de enero de 2001 (ver nota siguiente), se sigue en este tipo de procesos. Es ciertamente sumario, y rápido en la primera instancia, ya que a tenor del artículo 13, el procedimiento que se sigue es el de los incidentes, pero con algunas especialidades precisamente encaminadas a la celeridad del proceso. Lo verdaderamente problemático en cuanto al tiempo es la demora que se produce en los procedimientos cuanto los mismos llegan a casación y al amparo.

[150] Hemos puesto la palabra transitoria en cursiva porque evidentemente no se ha cumplido tras la regulación con esta característica de la misma. No se ha publicado ley alguna que establezca un procedimiento de protección de estos derechos, con lo que la inicial transitoriedad de la Disposición ha pasado a tener un carácter definitivo. Quizás el hecho de que los preceptos de la Ley 62/78 hayan servido hasta ahora para la protección de estos derechos, al menos en primera instancia, haya provocado que el legislador haya preferido dejar las cosas tal y como estaban. El gran problema de la lentitud de las resoluciones de estos conflictos llega en las instancias superiores, y la necesidad de que la protección de estos derechos, por ser fundamentales, deba llegar ante estos Altos y colapsadísimos Tribunales, hará que, hasta que no se salve dicho atasco procesal, veamos resoluciones de casos ocurridos con varios años de antelación, con lo que la reparación se hará harto imposible (al respecto, algo exponemos en el último epígrafe de este capítulo).

Así pues, sobre el procedimiento a seguir no hay dudas, y es el que nuestros Tribunales han admitido hasta principios del año 2001 (ver nota 150) sin dudas al respecto. Pero el artículo 9 tiene otras disposiciones procesales. En su apartado primero recoge que los derechos serán protegidos por las vías ordinarias adecuadas, y que incluso podrá llegarse al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[152]. Pero el apartado que inicia la exposición de las medidas de protección es el segundo. Su importancia nos hará citarlo textualmente;

> 9.2; «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las *medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima* de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para *prevenir o impedir* intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las ***cautelares*** *encaminadas al* ***cese*** *inmediato de la intromisión ilegítima,* así como el *reconocimiento del derecho a replicar,* la ***difusión*** *de la* ***sentencia*** y *la* ***condena a indemnizar*** *los perjuicios causados*».

Tenemos ya, así pues, la enumeración de medidas que se pueden solicitar en el procedimiento en el que se protejan los derechos de la personalidad de los fallecidos, y vamos a citarlas muy brevemente[153]. Hay que tener en cuenta que estas

---

Esta situación puramente procesal será modificada el día 8 de enero de 2001, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 1/00 de 7 enero de Enjuiciamiento Civil (la nueva LEC.). En su artículo 249.1.1° y 2° se establece que para la protección de estos derechos se utilizará el juicio ordinario (arts. 399 a 436 de la propia nueva LEC.), significando que la tramitación tendrá carácter preferente (así mismo, en su Disposición derogatoria única 2. 3° deroga los artículos 11 a 15 de la Ley 62/78, los utilizados hasta ahora para la protección de los derechos). En ningún momento se expone qué significa tal preferencia, ni cómo se acortarán los plazos. Nos tememos que este cambio de procedimiento, de los incidentes con especialidades al juicio ordinario, a pesar de que pueda rebajar los plazos en primera instancia (lo que se verá, aunque lo dudamos), no evitará los posteriores colapsos en Segunda Instancia, Casación o Amparo. Es de destacar que, como no podía ser de otra forma, el artículo 477.2.1° de la nueva LEC. prevé que se puedan recurrir en Casación las sentencias que se dicten en la tutela de los derechos fundamentales, y que, a tenor del resto de la regulación, las mismas tendrán acceso al Amparo. Sin embargo todo ello, el tiempo será el que dicte cómo se desarrolla la nueva LEC., y si provoca la imprescindible mayor celeridad que necesitan nuestros procesos.

[151] El alcance de esta disposición ha de abarcar a todos los supuestos regulados por la LO. 1/82, y por supuesto, dentro de ellos, ha de quedar la de los derechos tras la muerte de su titular. Ante una primera situación contraria a tal intento, básicamente desarrollada en la STC. 231/88, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha optado por admitir la protección del recurso de amparo para los derechos de la personalidad de fallecidos. Las consecuencias de esta realidad en orden a considerarlos existentes tras dicho fallecimiento ya fueron tratadas, esencialmente en el epígrafe 6.10 de la sección primera del anterior capítulo, y a aquél lugar nos remitimos.

[152] Como se puede observar, este artículo se ha de tratar conjuntamente con la Disposición Transitoria segunda, citada justo anteriormente, llegando a ser redundantes en ciertos aspectos, como el de reconocer a estos derechos acceso al recurso de amparo.

medidas se podrán seguir solicitando tras la entrada en vigor de la nueva LEC., ya que se seguirá aplicando este artículo 9.2 de la legislación especial que afecta al tema.

3.2.- Medidas cautelares.

Según el citado artículo, se pueden establecer, entre las medidas encaminadas a la protección de los derechos de la personalidad, las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima. Dicha prevención está amparada por el artículo 20.5 de la Constitución Española, que establece que; «Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».

Pero tras la caracterización que hemos llevado a cabo sobre las libertades de información y de expresión, su conflicto con los derechos de la personalidad, y en especial la posición preferente que las primeras tienen en este conflicto, estas medidas cautelares serán difíciles de tomar. Y ello es así porque lo primero que se dañaría con una medida de este tipo es alguna de estas libertades, y ello en función de que previamente a la existencia de una publicación se pueda suponer que alguna publicación pueda dañar estos derechos, lo que sería claramente complicado, por lo que esta medida será muy excepcional[154].

Así que a pesar de la amplitud de posibilidades que la regulación le da a estas medidas cautelares[155], la dificultad de la posibilidad de acordar una medida de este

---

[153] El apartado 3° del artículo 9 recoge determinadas prevenciones sobre la indemnización de daños y perjuicios, y su presunción o no, lo que trataremos en su momento adecuado, justo en el epígrafe 3.4.1 de este capítulo.

[154] De la naturaleza de los derechos que están en juego parece que no queda otra posibilidad, ya que será difícil que ante la suposición (por lo tanto, nunca hecho cierto o probado), de que se va a dañar un derecho de la personalidad, se limite y dañe directamente otro que se ha situado como prevalente en la valoración de este conflicto. Esta situación provocará, inexorablemente, que se produzcan claras y flagrantes violaciones de los derechos de la personalidad, a la espera de comprobar, ex post si estas violaciones efectivamente se dan con la posterior publicación. Si a esto le unimos que la rectificación siempre llega tarde y suele tener una menor importancia (cuando no nula) que la que tuvo la intromisión, la posibilidad de que se produzca un daño irreparable parece evidente.

[155] Es interesantísimo destacar que, a este respecto, ESPÍN CÁNOVAS, en uno de los pocos trabajos que tratan monográficamente los derechos de la personalidad post-mortem, defiende que estas medidas cautelares caben sin ningún género de dudas en dichos casos; Vid. ESPÍN CÁNOVAS, D., *La defensa post-mortem de la vida reservada en la Ley Orgánica 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en la obra homenaje a Luis Díez del Corral, Madrid, 1987, pág. 234. Por supuesto, nosotros coincidimos con el autor en dicha apreciación.

tipo será la característica más destacada de la misma, ya que nuestros Tribunales, quizás dejando algo desprotegidos los derechos de la personalidad, tanto de fallecidos como de personas vivas, y a pesar de la cobertura constitucional que la medida tiene, son absolutamente reacios a concederlas[156].

No existen estadísticas que reflejen las negativas a las mismas. Pero si comparamos la cantidad de procedimientos que se dan para proteger los derechos de la personalidad, y el hecho de que en la historia judicial española sólo una vez se haya llevado a cabo el secuestro de determinada publicación podemos llegar a la conclusión de la excepcionalidad y dificultad de que la medida llegue a tomarse.

Este caso, muy interesante, se produjo mediante el Auto de 15 de diciembre de 1993 del Juez de Instrucción número 17 de Madrid que prohibía la emisión del programa de televisión "La máquina de la verdad" que estaba prevista para el siguiente día 16. En dicho programa, según se publicitaba en previos y reiterados anuncios en la misma cadena que lo emitía, se iba a entrevistar a determinada señora que, según los citados anuncios incidiría sobre las revelaciones que anteriormente había realizado a una revista sobre la vida privada de dos conocidos personajes públicos[157].

Ante dicha posibilidad, y con el previo desarrollo de un procedimiento penal motivado por la existencia de unas declaraciones previas, dentro del mismo los afectados solicitaron que el Juzgado que estaba conociendo de él tomara la medida cautelar. El Juzgado la tomó, y ante los sucesivos recursos, tanto este Tribunal como la Audiencia Provincial solicitó de la productora que se les enviaran las cintas, para poder tener el juzgador los elementos de prueba suficientes que determinasen si se

[156] Esta dificultad, además del hecho estadístico jurisprudencial que a continuación citaremos, ha sido citada por la doctrina española. Así, al respecto se puede consultar; CASAS VALLÉS, ob. cit. nota 10, págs. 40 y ss., que señala que aunque la discreccionalidad es muy grande, la teoría nos dice que se podría retirar un libro o una película (lo que en nuestro país no ha ocurrido), pero en revistas esta medida sería mucho más difícil; YSAS SOLANES, ob. cit. nota 115, pág. 817, que destaca el problema esencial para cualquier juez, que después otro tribunal estime que no hubiese habido intromisión; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, págs. 195 y ss., que cita la inexcusable obligación de prestar fianza; o LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 37, págs. 32 y 33. Por último, son de destacar los trabajos de; BELLÓN, ob. cit. nota 5, pág. 433, en un completísimo estudio sobre las medidas cautelares, en las que desarrolla cómo se incorporaron a la regulación en el trámite en el senado, u otras circunstancias de las mismas, y de; AZURMENDI ADARRAGA, ob. cit. nota 87, que ponen el énfasis en los requisitos de la medida.

[157] En concreto los conocidos Sra. Obregón y Sr. Lequio. En las declaraciones de la Sra. Vera, a la sazón antigua empleada del hogar de los mismos, se vertían una serie de datos y acusaciones sobre la vida privada y la convivencia *more uxorio* de los mismos que habían motivado la interposición de una querella por los afectados. En una primera aproximación al caso se podía prever que las declaraciones efectuadas incidían de manera directa en los derechos de la personalidad de los afectados.

produciría la intromisión o no. Ante la negativa del medio, ambas instancias corroboraron la medida[158].

Lo interesante y excepcional de este caso es que llegó al Tribunal Constitucional, toda vez que el medio de comunicación recurrió en amparo, y en reciente sentencia[159], admitiendo la excepcionalidad de la medida, que no puede ser un pretexto para interponer la censura previa administrativa[160], estima que la medida, además de tener una cobertura constitucional, en este caso era acorde a las circunstancias, y estima su adecuación tanto a los principios constitucionales como a los criterios establecidos para resolver el conflicto entre derechos de la personalidad y libertades de información y de expresión.

Pero la existencia de este precedente no puede hacernos apreciar la realidad de manera equivocada, ya que será muy difícil que se den en nuestro derecho estas medidas cautelares, con lo que la previa protección de los derechos de la personalidad tanto de las personas fallecidas como de vivos será, si no imposible, sí que extremadamente difícil[161].

3.3.- Medidas contemporáneas.

En cuanto a las medidas contemporáneas a la publicación que se pueden llevar a cabo, la esencial es la del derecho de réplica o rectificación. Éste viene regulado en nuestro derecho en la LO. 2/84 de 26 de marzo. Esta regulación,

[158] El medio de comunicación alegó las más diversas causas, para no poder hacer llegar la cinta al juzgador, como el hecho de que no estaba todavía montada, cuanto en los anuncios que la misma cadena emitía se veían imágenes concretas y parciales de lo que posteriormente se suponía que debía ser el programa.

[159] STC. 187/99 de 25 de octubre.

[160] En su Fundamento Jurídico 5° el juzgador establece que el requisito previo y necesario que se ha de dar para que el secuestro de una publicación no se considere censura previa es precisamente el control judicial que se requiere para que se lleve a cabo.

[161] Consideremos que el caso práctico que acabamos de exponer presenta unas peculiaridades difíciles de encontrar en cualquier otro momento. Una previa entrevista en una revista en la que una persona que trabaja para una pareja revela aspectos claramente íntimos y muy delicados de la convivencia entre la misma, no probados, y que de ser ciertos podrían conllevar la comisión, si no de algún delito, sí al menos de alguna falta. Tras ella, la publicitación explícita de la aparición de esa misma persona en otro programa de televisión, en el que se anuncia, entre otras cosas, que va abundar y a profundizar en las acusaciones realizadas en la primera ocasión. Y, por último, en esta situación, la existencia del procedimiento judicial en el que los perjudicados están intentando hacer valer sus derechos, en el que, sin querer prejuzgar, suponemos que el juzgador estimaría muy posible estimarlos en un futuro violados.

eminentemente procesal, recoge un procedimiento sumario mediante el cual el sujeto afectado por una publicación, que éste se considere inexacta, que le aluda directamente, y que le cause un perjuicio, o puede intentar corregir noticias o hechos, nunca opiniones. El procedimiento tiene un trámite previo extrajudicial, en el que el afectado se dirige al director del medio que desarrolló la noticia, y con determinados plazos y requisitos puede solicitar su modificación. Posteriormente el afectado tiene a su disposición el trámite judicial[162]. .

Puesto que éste no es el lugar adecuado para estudiar este tipo de procedimiento, sí que dejaremos señalado que el mismo es absolutamente independiente del que se puede iniciar al cobijo de la LO. 1/82. Se puede iniciar este último para ser resarcido de los daños causados por la primitiva publicación aunque el director del medio haya accedido a la rectificación, o haya tenido que hacerlo por orden judicial[163].

3.4.- Medidas resarcitorias.

Seguía el apartado 2 del artículo 9 de la LO. 1/82 reconociendo que entre esas medidas que se pueden dar para restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos estaban; la ***difusión*** *de la* ***sentencia*** y *la* ***condena*** *a* ***indemnizar*** *los perjuicios causados.* A éstas medidas se les ha de unir, tal y como ha admitido la generalidad de la doctrina[164], la destrucción de los negativos y de las copias de las publicaciones. Recojamos, pues, los elementos más interesantes de estas medidas.

---

[162] No vamos a desarrollar aquí un estudio detenido del derecho de réplica o rectificación, por no ser éste el lugar adecuado para ello. No obstante, no nos limitamos a señalar alguna bibliografía que ha tratado los derechos de la personalidad y que lo recoge, como por los trabajos de, CASAS VALLÉS, ob. cit. nota 10, págs. 42 y ss; YSAS SOLANES, ob. cit. nota 115, pág. 818; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, págs. 27 y ss; BELLÓN, ob. cit. nota 5, págs. 456 a 462; o LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 37, págs. 33 y ss.

[163] Sin embargo, sí que hemos de señalar que este procedimiento, a pesar de poder parecer adecuado a la hora de limitar los efectos dañinos de una publicación justo cuando es más eficaz, en un momento cercano a la misma, es ciertamente subsidiario en nuestro derecho, por su poca virtualidad y escasa utilización.

[164] Que la recogeremos justo en los epígrafes siguientes, cuando tratemos dicho tema con atención.

3.4.1.- Responsabilidad económica; indemnización.

Ésta es la principal medida resarcitoria que contempla tanto la LO. 1/82 como la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Atrás queda el debate doctrinal entre quienes se postulaban contrarios a la admisión de la indemnización económica en nuestro sistema jurídico para paliar estas intromisiones. Es evidente que no es cuantificable el daño que sufre cualquier persona que vea lesionado un derecho de la personalidad, máxime cuando de lo que estamos hablando es de un daño moral, pero la admisión, tanto legal, doctrinal como jurisprudencial que en nuestro sistema jurídico se da sobre la adecuación de la indemnización como *remedio*[165] para compensar (aunque nunca sea una compensación pura), el daño sufrido, es mayoritaria.

Este tema de la indemnización pecuniaria que compensa el daño que ha sufrido el sujeto en sus derechos de la personalidad ha sido muy tratado por la doctrina y por la jurisprudencia, por lo que podemos señalar que, en cierto sentido, es el tema *estrella* de los debates, esencialmente doctrinales[166]. Quizás por ello, y para dejar claramente señalada su postura, el legislador dispuso un apartado del artículo 9 a determinar esencialmente cuáles eran los parámetros que se debían de tener en cuenta a la hora de afrontar este tema de la indemnización[167]. Su redacción textual es la siguiente;

> 9.3; «La existencia de perjuicio *se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*. La indemnización se extenderá al **daño moral** que se valorará atendiendo a las *circunstancias* del caso y a ***la gravedad de la lesión efectivamente producida***, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la ***difusión o audiencia del medio*** a través del que se haya producido. También se valorará el ***beneficio*** que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

---

[165] Recordemos que aquí hemos empezado a tratar sobre las medidas *resarcitorias*, y la indemnización no es más que una de ellas.

[166] Es palmario que este tema por sí sólo puede abarcar, en sus múltiples aspectos, incluso varias tesis doctorales. Sin embargo, en este momento, y siguiendo la tónica que hemos marcado desde el inicio del epígrafe, únicamente dejaremos reflejadas las principales controversias, junto con la cita de algunos autores y la jurisprudencia que las respalda.

[167] Quizás este artículo no logra en absoluto zanjar la cuestión, ya que alguna de sus polémicas prevenciones ha provocado más discusión dialéctica de la que ha venido a solucionar. Sin embargo, creemos que desde el punto de vista práctico sí que se puede considerar como un hito importante, y lo que no le puede negar nadie es que se constituye en la primera ocasión en la que el legislador establece principios a aplicar para un aspecto tan controvertido como es el de la valoración del daño moral.

Así pues, este precepto asienta una serie de principios muy interesantes, especialmente con respecto a la naturaleza y la cuantificación de la indemnización, aunque antes nos detendremos en una cuestión previa, la de la responsabilidad del ilícito y de la indemnización que se ha de abonar.

3.4.1.1.- Responsabilidad de la indemnización.

La publicación de las diferentes noticias de un medio de publicación no se puede considerar trabajo de una sola persona. En el esquema de dirección de cualquier medio de comunicación y de la responsabilidad del contenido y de la línea argumental de las diferentes noticias que publican se da una serie de cometidos entre el autor de la información en sí (el periodista que la elabora), el editor, director, consejo de administración del medio, etc., que provoca que la responsabilidad se diluya entre muchos sujetos.

Si a ello le unimos el hecho de que en los medios de comunicación generalmente el periodista que elabora la información suele ser un empleado del mismo, o incluso alguien que trabaja por cuenta propia, y que la solvencia de éste, en comparación con la del propio medio es muy limitada[168], si la responsabilidad de la información quedase únicamente en el redactor la inseguridad de los dañados en sus derechos de la personalidad sería evidente[169], y la práctica impunidad de las intromisiones preocupante.

Así, para solventar los posibles inconvenientes explicados en nuestro derecho se aplica el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, que establece textualmente que;

> «La responsabilidad la jurisprudencia civil por actos u omisiones ilícitos no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos en el extranjero, con carácter solidario».

[168] Ya que estamos comparando a ciudadanos que generalmente dependen económicamente de un determinado sueldo con medios de comunicación que en ocasiones se constituyen como verdaderos grupos multimedia con un poder y una capacidad financiera fuera de toda duda, y que por supuesto pueden responder al abono de las indemnizaciones a las que puedan ser condenados.

[169] Porque además, ésta es la naturaleza lógica de las cosas en un sistema en el que el periodista se ha de someter al control y al poder del director del medio de comunicación, que tiene capacidad de veto sobre lo publicado en su periódico. Éste, generalmente, tendrá también que responder ante la línea editorial marcada por el Consejo de Administración de la empresa, con lo que la concepción global de la responsabilidad parece la más adecuada a dicha situación.

Las posibles dudas sobre el carácter preconstitucional de esta normativa las ha solventado en especial la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en reiteradas ocasiones se ha manifestado a favor de la admisión de esta regulación y de esta responsabilidad de los directores de los medios, y de los principios que nuestro texto fundamental asienta[170].

Así pues, tal y como ha señalado la doctrina patria[171], en las resoluciones de nuestros Altos Tribunales[172] observamos sin excepción alguna que los directores de los medios de comunicación son responsables solidarios de las indemnizaciones a abonar como resarcimiento de los daños de la lesión de los derechos de la personalidad, sean de personas vivas o fallecidas[173].

3.4.1.2- Criterios de cuantificación.

Pasamos a estudiar los aspectos más interesantes sobre la cuantificación, que como anteriormente observamos, vienen ya señalados en el apartado 3 del artículo 9 de la LO. 1/82. Antes de estudiar los criterios en sí, el primer aspecto que se ha de destacar del citado precepto es que lo que inicialmente recoge es que en caso de que se estime que se produce una intromisión ilegítima en los derechos de la

[170] Lo que se puede apreciar, muy claramente, por ejemplo, en las STC.; 171/90 de 12-11 –FJ. 3-, que desarrolla esta idea de que la ley de 1966 no está derogada, ya que se ha de considerar que el editor y el director tienen una culpa in eligendo o in vigilando; 172/90 de 12-11 –FJ. 5°-, o la 3/97 de 13-1 –FJ. 3°-, que incide, tal y como hemos comentado con anterioridad, que el medio de comunicación asume el contenido de la noticia.

[171] Entre los que podemos citar, a modo de ejemplo, a; ESTRADA ALONSO, ob. cit. nota 142, pág. 374; GARCÍA GARCÍA, y GARCÍA GÓMEZ, ob. cit. nota 22, pág. 97, o a; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit. nota 22, págs. 145 a 147.

[172] Como podemos ver, además de en las resoluciones del Tribunal Constitucional antes reseñadas en las del Tribunal Supremo; de 1-12-87 (RJ. 1987\9173) –FJ. 2°-; de 19.2-88 (RJ. 1988\1119) –FJ. 1°-; de 7-3-88 (RJ. 1988\1603) –FJ. 6°- que recoge que el responsable del medio, además de por la Ley de 1966, puede tener responsabilidad directa también, por la regulación del artículo 1903 Código Civil; STS. 20-2-89 (RJ. 1989\1213) –FJ. 2°-; de 1-6-89 (RJ. 1989\4280) –FJ. 2°-, que refleja que no hay obligación de demandar a todos los responsables, sino a los que quiera el perjudicado, con lo que podría dejar fuera de la demanda al periodista que elabora la noticia e incidir sobre el responsable del medio; de 11-12-89 (RJ. 1989\8817) –FJ. 3°-; de 25-10-91 (1991\7867) –FJ. 3°- que expresamente recoge que la ley del 66 es constitucional; o la de 17-7-93 (RJ. 1993\6458) –FJ. 1°-, por ejemplo.

[173] De hecho, en la práctica unanimidad de los casos, es difícil observar que los periodistas se personen en las causas para defender sus intereses cuando también han sido demandados los periódicos. Éstos, evidentemente con mayores medios para la asesoría letrada, comparecen en los procedimientos y, a través de la negación de la intromisión en los derechos de la personalidad de los ciudadanos, defienden tanto sus intereses como los del periodista responsable de la información.

personalidad, siempre se considerará existente un perjuicio. Este es un principio muy interesante, para asentarlo antes del tratamiento de los criterios, ya que con él se solventan las posibles dudas que cualquier juzgador tenga a la hora de estudiar si realmente existe un perjuicio o no[174].

El artículo recoge que se indemnizará también por el daño moral[175], y los criterios que aplica para cuantificarlo son;

1º.- Circunstancias del caso; Ésta es una cláusula general que siempre tendrá que tener en cuenta el Juzgador. Es muy adecuado recordarlo, porque inevitablemente tendrá que tenerlas en cuenta quien quiera graduar cuál ha sido el daño producido, pero, tal y como ha citado algún autor[176], citar las circunstancias del caso es decir mucho y no decir nada. Circunstancias pueden serlo todas las que se den, como lo son las condiciones personales, sociales, económicas del perjudicado[177], y que se irán concretando aún más cuando tratemos de los siguientes criterios que establece el propio artículo.

2º.- Gravedad de la lesión efectivamente producida. Ésta es la piedra filosofal de la cuantificación de la indemnización. Pero para distinguir esta gravedad se han de diferenciar dos aspectos, el objetivo y el subjetivo. El aspecto objetivo ya viene determinado en el propio artículo, y toda vez que los derechos de la personalidad son derechos eminentemente sociales[178], esta gravedad dependerá directamente de la « ***difusión o audiencia del medio*** a través del que se haya producido». Claro es que si consideramos, por ejemplo, el derecho al honor como la estima que tenemos ante los

---

[174] Y sobre todo se salva la posibilidad de que los ciudadanos sufran la indefensión provocado por las distintas formas de analizar los problemas que inevitablemente tendrán los diferentes órganos judiciales. Con esto se evitará que un Juez estime que a pesar de que se da una determinada intromisión, la misma no es suficiente como para acreditar el perjuicio del ciudadano, y que otro opte por la solución contraria.

[175] Porque si el perjudicado prueba ante el juzgador un daño patrimonial, la configuración del derecho de daños en nuestro derecho civil hace inevitable que en dicho caso el mismo ha de incluirse en la cuantificación de la indemnización. El hecho de que esta realidad sea incontrovertible, y que no lo sea la situación del daño moral, es lo que ha motivado que el legislador recoja única y expresamente, la existencia de éste último.

[176] Vid. BELLÓN MOLINA, ob. cit. nota 5, págs. 150 y ss.

[177] Un buen trabajo que trata las posibles circunstancias que se pueden tener en cuenta lo encontramos en; IGARTÚA ARREGUI, ob. cit. nota 116, pág. 92.

[178] Lo que expusimos y defendimos durante todo el desarrollo del capítulo primero de esta segunda parte de nuestro trabajo, sobre todo en lo relativo a los derechos de la personalidad que se clasifican dentro de la esfera espiritual de la persona.

demás, cuanto más se divulgue una intromisión, más dañada estará ésta, y si no se divulga nada o casi nada, el daño será muy pequeño, o incluso inexistente[179]. Esta máxima de la difusión del medio afecta a todos los derechos de la personalidad[180].

El otro aspecto de la divulgación es el subjetivo. Se habrá de tener en cuenta la actitud y las acciones de quien consuma el daño en los derechos de la personalidad del sujeto. Será distinto actuar solamente con imprudencia y falta de rigor que con una evidente intención de causar mal, y si hablamos, por ejemplo, de una noticia falsa, deberá ser necesariamente más grave el caso y el daño (y por lo tanto más elevada la cuantificación de la indemnización) si el informador conocía a ciencia cierta[181] que la noticia que estaba publicando era falsa, que si sólo actuaba con descuido o negligencia[182].

3º.- El último criterio que introduce el artículo que analizamos es sin duda el más polémico. Textualmente el precepto recoge que; «También se valorará el ***beneficio*** que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Es decir, que se ha de estudiar si el medio ha tenido una gran ganancia o no para determinar la cuantía de la indemnización.

Una primera apreciación que se puede hacer a esta prevención es relativa a la prueba de esta ganancia[183]. Por un lado, puede ser muy difícil de probar, pero aún consiguiendo la prueba de las ganancias obtenidas, por ejemplo, por el número de

---

[179] Así pues, la relación será directa, a más divulgación, más daño, y a menor divulgación, menos. Ya cuando en el epígrafe 3.1 del capítulo primero estudiamos el derecho al honor señalamos que, para apreciar una intromisión en él, por ejemplo, la divulgación era imprescindible, doctrina que ha asentado la doctrina del Tribunal Supremo en las STS.; de 18-7-89 (RJ. 1989\5721) («la acción nuclear estriba en la divulgación»); de 30-12-91 (RJ. 1991\9485) («sin divulgación no hay imputabilidad»); de 6-6-92 (RJ. 1992\5007) («exige una divulgación... lo que entraña una idea de publicidad»); de 23-3-93 (RJ. 1993\3303) («como requisito ineludible, la concurrencia de la divulgación en orden a apreciar la existencia de una intromisión al honor»); y la de 15-2-94 (RJ. 1994\1309) (hubo una «divulgación por el propio interesado»).

[180] Y esta máxima también es citada por la doctrina, como por ejemplo; O'CALLAGHAN, ob. cit. nota 20, pág. 49.

[181] Aspecto este último que evidentemente será muy difícil de probar.

[182] Vid. CASAS VALLÉS, ob. cit. nota 10, pág. 51, que ha incidido con determinación en que, a pesar de que ello lleva necesariamente a la subjetividad judicial, la malicia del agresor habrá de ser tenida en cuenta para determinar la gravedad del hecho en sí. Hemos de admitir que para el dañado la gravedad se centra en la difusión, en cómo se divulga una determinada intromisión, pero para determinar cuál ha de ser la cuantificación de la indemnización, se han de tener en cuenta todas las circunstancias del caso, y para esta tarea, la consideración de cuál fue la malicia del agresor es fundamental.

[183] Lo señala, por ejemplo, BELLÓN MOLINA, ob. cit. nota 5, págs. 150 y ss.

una revista, no podemos decir que dicho número haya conseguido ese beneficio por la intromisión, ya que se puede deber a la calidad de la misma. Se podría salvar esta dificultad centrándonos en el plus de beneficios que puede haberse obtenido por la difamación[184].

Ante este criterio, parte de la doctrina ha sido crítica, ya que el principio del beneficio puede llevar al enriquecimiento injusto de quien sufre la intromisión[185]. A otra parte de la doctrina, por ejemplo, la inclusión de este criterio le ha parecido un acierto digno de elogio[186]. Desde una perspectiva personal, creo que el criterio del beneficio es muy acertado. Pudiendo discriminar el beneficio que se ha podido obtener por la intromisión, lo normal será que el mismo se destine a paliar el daño que ha sufrido la persona afectada por la misma, y que por ello el mismo se integre en la indemnización.

Ante el argumento de que ello puede suponer un enriquecimiento injusto del perjudicado, hemos de indicar que, ya que una vez que se estima la cuantía de una indemnización ya se ha acreditado la existencia de una intromisión por parte de un sujeto, y que para ello se ha tenido que salvar una situación de prevalencia para las libertades de información y de opinión[187], no nos parece que en absoluto es justificable argumenta que lo que se produzca sea un enriquecimiento injusto de quien ha cometido el ilícito. No creemos que estemos ante esa coyuntura, pero si ésta es la elegir entre el enriquecimiento del dañado o de quien causa el daño, optamos claramente por el del primero[188], precisamente por el que no parece optar nuestra jurisprudencia[189].

---

[184] Se puede salvar esta dificultad analizando, por ejemplo, cuánto de más ha ganado la revista con respecto a su tirada habitual, aunque sería difícil determinar si ello se debió a la intromisión o no. Respecto a esto último, también se debería tener en cuenta la significación de la noticia mediante la cual se produce una intromisión, ya que será distinto si se sitúa en portada como reclamo a quien compra la revista o si no tiene significación alguna dentro del contenido global de la misma.

[185] Vid., por ejemplo; IGARTÚA ARREGUI, ob. cit. nota 116, pág. 92, que expone que en ningún momento se debe considerar el beneficio del dañante, ya que la indemnización responde al daño, no al dolo del actor, ni a su beneficio.

[186] Cfr., por ejemplo; LÓPEZ DÍAZ, ob. cit. nota 37, págs. 35 y ss.

[187] Creemos que este aspecto es muy importante. Ya observamos en este capítulo que en el conflicto entre derechos fundamentales las libertades tienen una situación de prevalencia. Pero esta situación no ha de seguir dándose una vez que hemos constatado la intromisión (clara, si se establece a pesar de la prevalencia). Si aún en esta situación limitásemos el acceso del perjudicado a una indemnización justa, más que ante una prevalencia estaríamos ante un abuso de derecho.

de las libertades se le suman otras circunstancias de hecho que provocan esta situación. Los procedimientos duran años, y cuando se ganan, nadie se acuerda de la intromisión. Si a esto le unimos que las publicaciones de las sentencias condenatorias de los medios de comunicación en éstos son mera anécdota[202], cuanto no inexistentes, y a que nuestros Tribunales no ven con buenos ojos imponer grandes multas para no provocar el enriquecimiento injusto del afectado, los derechos quedan desprotegidos, por la causa que pasamos a exponer.

Mientras los medios de comunicación, en esta situación, vean más beneficioso difamar y ser condenados, que no difamar, seguirán haciéndolo[203]. Sólo obligando a la publicación de las resoluciones, e incrementando la cuantía de las indemnizaciones para que cumplan, además de la función resarcitoria, la disuasoria, se conseguirá que los medios no vulneren, a veces tan claramente, los derechos de la personalidad de los ciudadanos[204].

[202] Basta comparar la cantidad de resoluciones condenatorias que aquí hemos visto que obligan a la publicación con las inexistentes apariciones de las publicaciones de estas sentencias en los medios sancionados.

[203] Porque en sus consideraciones puramente económicas, que generalmente no analizan con detenimiento las posibles vulneraciones de derechos que cometan, los editores siempre preferirán la ganancia monetaria de una mayor tirada, provocada por la posible intromisión de un sensacionalismo (al que siempre le beneficia la publicación de una noticia escandalosa que raye la vulneración del derecho), a pesar de que puedan ser condenados por ello, si esa condena no afecta al prestigio de la publicación (lo que ocurrirá si no se le da publicidad a la sentencia recaída varios años después), y si la indemnización a abonar al dañado es menor que el beneficio que se ha obtenido con la difamación. Ante esta duda, mientras siga siendo rentable para los editores difamar, los derechos de la personalidad se seguirán vulnerando.

[204] No se puede acudir al simplista fundamento de que así se atenta contra la libertad de información, ya que el medio que la ejerza acorde a los requisitos constitucionales (recordemos que prevalece frente a los derechos de la personalidad) no tendrá ningún problema, sólo se sancionará a quien cometa intromisiones, ilícitas.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I

Los derechos de la personalidad son considerados en la actualidad unánimemente como derechos subjetivos. Las teorías relativas a los mismos reconocen dentro de su contenido, desde una perspectiva global y pluralista, la existencia en su configuración de diferentes derechos, divididos, por un lado, en los pertenecientes a la esfera espiritual de la persona y, por otro, en los de su esfera corporal.

II

Las numerosas clasificaciones que tanto en el derecho español como en el comparado han estudiado los derechos de la personalidad han diferenciado entre los derechos de la esfera espiritual de la persona, entre los que incluyen el derecho al honor, a la imagen, a la intimidad, al nombre, y el derecho moral de autor, y los derechos de la esfera corporal, entre los que se encuentran la vida, la libertad y el derecho a la integridad física.

III

La consideración jurídica de los diferentes caracteres de los derechos de la personalidad ha evolucionado en los últimos tiempos, especialmente los relativos a su inherencia ("en potencia" hoy en día), a su parcial extrapatrimonialidad, a su indisponibilidad (matizada por la admisión legal del consentimiento en la intromisión), o a su intransmisibilidad *post-mortem* (admitida unánimemente en cuanto a la de la acción de defensa de los derechos).

IV

En nuestro sistema jurídico el derecho al honor se caracteriza por tener dos ámbitos diferentes; el inmanente, centrado en el disfrute personal de la propia estima; y el trascendente, correspondiente a la estimación de la persona en la consideración social. Tras el fallecimiento de su titular ha de entenderse que el aspecto trascendente no desaparece, ya que en el cuerpo social sigue vigente la consideración que queda sobre la obra y la personalidad del sujeto fallecido mientras vivió.

V

Tras la muerte de su titular la protección del derecho a la imagen, cuyo contenido se centra en que nadie use la imagen de una persona sin que ésta lo autorice, sigue teniendo plena vigencia, y se habrá de respetar en toda su integridad, por lo que hemos de concluir que sigue existiendo. Gracias a esta vigencia *post-mortem* se podrá considerar útil la protección que al derecho se le ofreció en vida.

VI

La protección que el derecho a la intimidad ofrece, basada en la capacidad del sujeto de mantener fuera del conocimiento de los terceros determinado ámbito de su experiencia vital, puede y debe mantenerse en toda su extensión tras el fallecimiento de su titular, evitando que las personas ajenas al mismo conozcan los datos que el sujeto siempre deseó mantener secretos.

VII

El derecho al nombre se protege como un derecho adyacente al de la imagen, y tras la muerte se ha de evitar que cualquier tercero use el nombre de un fallecido sin su anuencia, por lo que tampoco desaparece tras el fallecimiento de su titular. La

protección del derecho al título nobiliario es similar a la de éste, si bien su situación *post-mortem* es sustancialmente diferente, ya que se centra en la transmisión del mismo a los sucesores de su titular, lo que no ocurre con el derecho al nombre.

VIII

Las facultades de exigir el reconocimiento de la condición de autor, la del respeto a la integridad de la obra, la de su divulgación, y la de cómo hacerlo, del derecho moral de autor, perviven, sin ningún tipo de dudas, tras la muerte de su titular, protegidas por quien éste designe, o en su defecto, por los familiares del mismo. Los protectores han de respetar en todo momento la voluntad del fallecido, y especialmente, la conservación de la obra tal y como éste la concibió.

IX

El derecho a disponer del cadáver es la derivación *post-mortem* del derecho a la integridad física, y se centra en la posibilidad del titular de decidir sobre el destino de sus restos, dentro de unos límites fijados normativamente. Tras la muerte este derecho se plasma en la necesidad de que los familiares respeten la voluntad del fallecido. De este derecho se deriva la capacidad del fallecido de disponer de sus órganos para la donación post-mortem, o de vetar dicha posibilidad.

X

La Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se constituye en nuestro sistema jurídico como el hito fundamental para la protección de los derechos de la personalidad post-mortem, dentro de una concepción unánimemente admitida respecto a que las intromisiones que sufran los derechos de una persona tras su muerte se han de considerar necesariamente como ilícitas. Dicha normativa presenta

una evidente contradicción entre lo recogido en su Exposición de Motivos (la muerte extingue estos derechos) y lo que regula en su articulado (los mismos derechos del fallecido son los que se protegen).

XI

Tras la promulgación de la LO. 1/82 la mayor parte de la doctrina española sigue opinando que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte de su titular, fundamentando su postura tanto en su propia naturaleza jurídica, como en la redacción del artículo 32 del Código Civil, como en la Exposición de Motivos de la citada norma. Dentro de esta corriente un grupo de autores, en una línea de opinión que denominamos como de *contradictoria*, afirma textualmente, dentro de una concepción clásica, que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte de su titular, pero a la misma vez, y cuando analizan la regulación de la LO. 1/82, exponen que lo que gracias a ésta se defiende son los mismos derechos de la personalidad del fallecido (si previamente han desaparecido, ya no se podría defender, por no existir interés jurídico alguno), cayendo en la misma contradicción ya citada, que existía entre la Exposición de Motivos de la norma y su articulado.

XII

Una minoritaria corriente jurisprudencial, que se desarrolla principalmente en la STC. 231/88 de 2 de diciembre (y en la que se apoya gran parte de la doctrina española), defiende que los derechos de la personalidad desaparecen tras la muerte. Tras exponer esta opinión le niega a los mismos la posibilidad de protección constitucional aunque, a pesar de su desaparición, sí le otorga la de la jurisdicción civil.

XIII

Ante las contradicciones expuestas, un sector doctrinal se ha situado en una posición intermedia, estimando que los derechos de la personalidad quedan latentes tras la muerte, o que existen derechos nuevos, como los de la personalidad pretéritos. De estas teorías ciertamente importante es la corriente que justifica la extensión *post-mortem* de la protección de estos derechos por la necesidad de salvaguardar la *memoria* del fallecido, a la que consideran íntimamente relacionada con los que fueron derechos de la personalidad de éste durante su vida. Esta corriente doctrinal surge ante las divergencias existentes entre la protección práctica de los derechos tras su fallecimiento, que proporciona la LO. 1/82, y la clásica teoría de la extinción post-mortem de los mismos.

XIV

Una parte da la doctrina hasta ahora minoritaria, tras la regulación de la LO. 1/82, se postula a favor de la consideración de que los derechos de la personalidad perviven tras el fallecimiento de su titular, defendiendo esta postura con diferentes grados de intensidad y decisión.

XV

La gran mayoría de la jurisprudencia española, tanto la constitucional como la civil, protege los derechos de la personalidad de las personas fallecidas, estudiando constantemente si, en las diferentes circunstancias, los derechos de éstos, en ningún caso los de sus familiares, sufren determinada intromisión o no. Consideramos firmemente que de esta consolidada doctrina jurisprudencial se ha de desprender necesariamente que en nuestro sistema jurídico, a efectos prácticos, los derechos de la personalidad siguen existiendo tras el fallecimiento de su titular, ya que en el caso de que hubiesen desaparecido, el ordenamiento jurídico no los protegería.

XVI

En el presente estudio defendemos la tesis de que los derechos de la personalidad siguen existiendo tras la muerte de su titular. En esta pervivencia sufren una pequeña variación en su naturaleza jurídica, en la que desaparece el aspecto inmanente de los mismos (el sujeto fallecido no puede disfrutar personalmente de ellos), pero sigue vigente, incluso con más intensidad que en vida de su titular, el aspecto social, que es el jurisdiccionalmente protegido. Apoyamos esta postura en los principios constitucionales de respeto a la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, en los diferentes aspectos de la LO. 1/82, en la naturaleza jurídica de cada uno de los derechos, en el concepto de memoria, en una reinterpretación del artículo 32 del Código Civil, y sobre todo en la defensa jurisprudencial existente en nuestro sistema jurídico.

XVII

Respecto a la situación sucesora, es indiscutible que la regulación de 1982 provoca la transmisión *post-mortem* de la acción de la defensa de los derechos de la personalidad de la persona fallecida. Estimamos que, a raíz de la citada normativa, a efectos prácticos, la transmisión llega a los derechos en sí, ya que la misma concede tácitamente a los legitimados la capacidad para desarrollar el ejercicio de las facultades dispositivas de los derechos del finado tras su fallecimiento.

XVIII

Las personas legitimadas para la defensa de los derechos de la personalidad de una persona fallecida son, en primer lugar, el designado por la misma, sea persona física o jurídica; en su defecto, ciertos familiares de éste, cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, sin que exista preferencia entre ellos; y en su defecto, el Ministerio Fiscal.

XIX

En las situaciones en las que se da un conflicto entre las libertades de información y de expresión de un lado, y los derechos de la personalidad de las personas fallecidas de otro, las primeras, toda vez que además de un interés privado de quien las ejerce protegen otro público, el de la formación de una opinión pública libre, esencial en todo Estado Social y Democrático de Derecho, prevalecen frente a los segundos, siempre que se ejerciten dentro de ciertas circunstancias. Las de la libertad de información, que trata sobre hechos, son las de ejercerse con veracidad *ex ante*, plasmada en la diligencia profesional en la obtención de la información, y tratar sobre hechos de interés público, noticiosos; las de la libertad de expresión, que es el derecho a expresar ideas, opiniones o juicios de valor, y que no ha de someterse al principio de veracidad, sólo son las de la inexistencia en su ejercicio de expresiones injuriosas o difamatorias.

XX

Los derechos de la personalidad de las personas fallecidas se protegen mediante un procedimiento sumario (que a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC. será sustituido por el juicio ordinario de la misma), en el que se pueden acordar todas las medidas cautelares necesarias para evitar futuros daños, contemporáneas para limitarlos en el momento de la posible intromisión, y resarcitorias para compensar el daño ya sufrido. Entre estas últimas la más generalizada es la indemnización económica, que incluye el daño moral (cuantificado según los criterios de gravedad del daño, difusión del medio de comunicación o beneficio económico de éste). Estimamos que se debería potenciar la publicación de la sentencia que estima la intromisión, así como la función disuasoria de la indemnización, con la finalidad de proteger de manera más eficaz los derechos de la personalidad de las personas fallecidas.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ALAMILLO DOMINGO, F., *Criterios de resolución del conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión y de información*, LL., 1994.

ALBÁCAR LÓPEZ, J., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*, LL, 1984.

ALBADALEJO, M., *Curso de derecho civil. Derecho de sucesiones*, T. V., Barcelona, 1997.
- *Derecho civil, Introducción y parte general* T I, Vol. II, Barcelona, 1989.

ALEGRE MARTÍNEZ, M., *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997.

ALPA, G. y BESSONE, M., *Atipicità dell'illecito, il diritti della personalità e danno morale*, Milano, 1993.
- *L'informazione e i diritti della persona*, Nápoles, 1983.

ÁLVAREZ GARCÍA, F., *El derecho al honor y las libertades de información y de expresión*, Valencia, 1999.

ANGOITIA GOROSTIAGA, V., *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos; problemática jurídica*, Madrid, 1996.

ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., *Breves consideraciones respecto a las libertades de expresión e información en la doctrina del Tribunal Constitucional*, PJ. nº especial XIII, 1990.

AUGER LIÑÓN, C., *La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, PJ. nº especial XIII, 1990.

AZPARREN LUCAS, A., *Intromisión en el honor e intimidad de las personas por medio de Sentencias*, AD. (Actualidad y Derecho), 1992.

AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997.

AZZARATI, G., *Diritto civile italiano. Successioni per causa di morte e donazioni*, Pádova, 1948.

CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts, en Hundert Jahre Deutsches Rechtslebens (1860-1960) II*, 1960.

CÁMARA ÁGUILA, M., *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Granada, 1998.

CAPILLA RONCERO, F., (Coordinador), *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992.

CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica*, NDI., XX, Torino, 1975.

CARRASCO PERERA, A., (Director), *Derecho Civil I.*, (Tecnos), 1996.

CARRILLO, M., *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental*, RJA., nº 18, 1994.

- *Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor*, DPC. Nº 10, Sep-Dic. 1996.

CASAS VALLÉS, R., *Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación*, PJ., nº 14, Junio, 1989.

- *Honor, intimidad e imagen*, RJC., 1989.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. I, Vol. II, Madrid, 1957 (última edición, 1978).

- *Derecho civil español, común y foral. Derecho de sucesiones.* T. VI., Madrid, 1978.

- *Derechos subjetivos*, NEJS. T. VII.

- *Los derechos de la personalidad*, RGLJ., nº 1-2, julio-agosto, 1952.

CASTÁN VÁZQUEZ, J., *La protección del honor en el derecho español*, RGLJ, 1957.

CLAVERÍA GONSALBEZ, L., *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*, ADC. III, 1994.

- *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad* en Estudios en homenaje al profesor Beltrán de Heredia, Salamanca, 1984.

- *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO 1/82 de 5 de mayo*, ADC., 1983, T IV.

CLEMENTE DE DIEGO, F., *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, T II. *Parte General*, Madrid, 1923.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J., *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, 1996.

CORRADO, R., *Diritto al nome e diritto all'onore*, RiDCo, 1949.

COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924.

CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1995.

CHINCHILLA MARÍN, C., *Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre*, PJ., nº 3, 1986.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La protección de la personalidad en el derecho privado*, RDN. 1974, enero-marzo.

DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, 1991 (contiene los publicados por el autor en 1949 y 1952).

- *Los llamados derechos de la personalidad*, ADC., 1959, IV, octubre-diciembre.

DE COSSÍO, A., *El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los 'estados' en el derecho civil actual*, RDP, Dic. 1942.

- *Evolución del concepto de la personalidad y sus repercusiones en el derecho privado*, RDP.

DE COSSÍO, M., *Derecho al honor, técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993.

DE CUPIS, A., *Ancora in tema di offesa morale per mezzo della divulgazione cinematografica*, FI., 1952 I.

- *Cadávere*, NDI., 1964 II.
- *I diritti della personalità*, vol. I, Milán, 1959, (2ª ed. 1982).
- *La morte umana e il diritto*, FI., 1987 IV.
- *La propietà intellettuale delle opere postume*, DFDP., 1987.

DE LA CÁMARA, M., *Compendio de derecho sucesorio*, Madrid, 1990.

DE LA VALGOMA, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, ADH., 1983 II.

DEGNI, F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, en Trattato di Diritto civile italiano de Filippo Vassalli, Turín, 1939.

DELESTRAINT, D., *Droit civil. Les personnes et les droits de la personnalité. Le familie. Les incapacités*, París, 1987.

DI MAJO GIAQUINTO, A., *Profili dei diritti della personalità*, RTDPC, 1962.

DÍAZ LEMA, J., *¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, RAP, nº 120, Sep-Dic. 1989.

DÍAZ PALOS, F., *Legítima defensa del honor*, RJC, 1959.

DÍEZ DÍAZ, J., *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?*, RGLJ., T.I,1963.

- *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*, Madrid, 1963.

DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1973.

- *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1995, 8ª ed.

DOGLIOTTI, M., *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, RaDC., 1990.

- *Identità personale, onore, reputazione e diritto al nome*, DinfInf, 1985.

- *Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, DInfInf, 1985.

- *Il diritto alla riservatezza negli orientamenti della giurisprudenza*, NGCC, 1989, II.

D'URSO, A., *Tutelabilità dell'immagine e limiti della tutela inibitoria*, RiTDPC, 1979.

ENECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, T. I, Vol. I.

ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürg. Rechts, I, 1*, Tübingen, 1959.

ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Manual de derecho de la información*, Madrid, 1997.

ESCUDERO, J., *Curso de historia del derecho*, Madrid, 1995.

ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *La protección civil de derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: derecho aplicable*, Salamanca, 1996.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *La defensa post-mortem de la vida reservada en la Ley Orgánica 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en la obra homenaje a Luis Díez del Corral, Madrid, 1987.

- *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, 1991.

- *Los derechos del autor de las obras de arte*, Madrid, 1997.

ESPINOZA, J., *Nuove frontiere degli atti di disposizione del corpo*, VN., Sept.-Dic. 1993.

ESTRADA ALONSO, E., *El derecho a la imagen en la LO. 1/82 de 5 de mayo*, AC, nº 25, Junio 1990.
- *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82*, CCJC., Madrid, 1989.

FARIÑAS MANTONI, L., *Derecho a la intimidad*, Madrid, 1983.

FALZEA, A., *I fatti giuridici della vita materiale*, RiDC, 1982, I.

FERNÁNDEZ ELÍAS, x., *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1880.

FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Explotación publicitaria de los bienes de la personalidad*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

FERRARA, F., *Diritto delle persone e di famiglia*, Nápoles, 1941.
- *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma, 1921.

FERRARA, L., *Il diritto sulla propia immagine*, Roma, 1942.
- *La nuova legge italiana sul diritto di autore*, RiDCo, 1941, I.

FERRI, G., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, RiDCo., I,1994.

FUENTESECA, P., *Historia del derecho romano*, Madrid, 1987.

GAILLARD, M., *Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux Etats-Unis*, RCDIP., 1984.

GAMBARO, A., *Diritti della personalità*, RiDC, 1984 II.

GARCÍA-GALLO, A., *Manual de historia del derecho español I, el origen y la evolución del derecho*, Madrid, 1984.

GARCÍA GARCÍA, C., y GARCÍA GÓMEZ, C.,; *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Murcia, 1994.

GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992.

GARUTTI-MACIOCE, *Il danno da lesione dei diritti della personalità. Profili generali*, RaDC., I, 1984.
- *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Pádova, 1985.

GATTI, S., *Il "diritto" alla utilizzazione economica della propia popolarità*, RiDCo., 1988, I.

GIACOBBE, G., *Il diritto alla riservatezza: verso nuovi contini di tutela delle persona?*, Pádova, 1988.

GIAMPICCOLO, G., *La tutela giuridica della persona umana e il c. d. Diritto alla riservatezza*, RTDPC., I, 1958.

GIANNINI, A., *Opere postume*, RiDI., 1956, I.

GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, T I, Leipzig, 1895.

GITRAMA GONZÁLEZ, M., *El derecho a la propia imagen*, NEJS, 1962.
- *El derecho a la propia imagen, hoy*, en la obra homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, V. II, Madrid, 1990.

GÓMEZ DE AMEZCÚA, B., *Tractatus de potestate in se ipsum*, 2ª Ed., Mediolani, 1609.

GONZÁLEZ LÓPEZ, M., *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986.
- *La degradación del Derecho al honor*, Madrid, 1993.

GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*, Madrid, 1987.

GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, 1625, 2, I 7, 2, I (trad. Esp. De J. TORRUBIANO, Madrid, 1925).

GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., *Protección del derecho al honor y libertad de información*, En estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén, Valencia, 1990.

HERCE DE LA PRADA., V, *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona, 1994.

HERNÁNDEZ GIL, A., *En torno al discurso de recepción 'Construcción jurídica de los derechos de la personalidad'* (Contestación al discurso de D. José BELTRÁN DE HEREDIA), Madrid, 1976.

HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, Intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990.
- *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998.

HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, 1953.

IAMICELI, P., *Donazione di organi: prelievo e trapianto. Legislazione vigente e prospettive di riforma*, RiCDP., 1995.

IGARTÚA ARREGUI, F., *Comentario a la STS de 13-12-84*, CCJC, 1985.
- *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajeno*, (Tecnos), Madrid, 1991.
- *La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona*, LL. 1990, I.
- *La protección del honor y la intimidad*, PJ., 1987.
- *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesis doctoral, inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Madrid, 1958.
- *Estudios. Historia de Roma – Derecho romano – Derecho moderno*, Madrid, 1985.

JAÉN VALLEJO, M., *La protección del honor en una sociedad mediática*, AJA, enero, 1997.

KAISER, P., *Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratiques*, RTDC., 1971.

LACRUZ BERDEJO, J., *Instituciones de derecho civil*, T I, Vol. II, Barcelona, 1974.

LACRUZ BERDEJO y ALBADALEJO, *Derecho de sucesiones, Parte General*, Barcelona, 1991.

LARENZ, K., *Derecho Civil, parte general* (traducción y notas de Izquierdo y Macías-Picavea), Madrid, 1978.
- *El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana*, RDP.,1978.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de derecho civil. Derecho de la persona*, T I, 5ª ed., Madrid, 1996.
- *Principios de Derecho civil. Derecho de sucesiones*. T. VII., Madrid, 1998.

LAX, P., *Riservatezza ed identità personale tra cronaca e storia*, DiA., 1986.

LETE DEL RÍO, J., *Derecho de la personalidad*, Madrid, 1986.

LÓPEZ DÍAZ, E., *El Derecho al honor y el derecho a la intimidad; Jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1996.

LÓPEZ JACOISTE, J., *Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil*, en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Vol. V., Madrid, 1988.

- *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, ADC. T. IV, 1986.

MADRIDEJOS SARASOLA, J., *Los derechos personalísimos*, RDP., 1962.

MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, 1993.

MANCA GRAZIADEI, A., *Il diritto morale di autore in Italia, Francia e Germania: vicende post-mortem auctoris*, DiA, 1987.

MARÍN PÉREZ, P., *Derecho civil, T I. Derechos de la personalidad*, Madrid, 1985.

MARTÍN BERNAL, *Los derechos de la personalidad en la Constitución Española*, RGLJ, 1979.

- *Los derechos de la personalidad en el proyecto constitucional*, RGLJ., 1978.

MARTÍN CASALS, M., *Comentario a la STS de 24-X-88*, CCJC, 1988.

MARTÍN MORALES, R., *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Granada, 1994.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Breves notas para una teoría de los derechos subjetivos fundamentales*, LL., 1983.

MESSINETI, D., *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, RiCDP., Junio, 1995.

MONTÓN GARCÍA, M., *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión*, LL., 1995-I.

MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1999.

NAPOLITANO, G., *La nuova legge italiana sul diritto di autore*, DiA., 1941.

NERSON, *La protección de la personalidad en el derecho privado francés*, RGLJ, 1961, págs. 7 y ss. (Traducción de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ).
- *Les droits extrapatrimoniaux*, París, 1939.

NEUMANN-DUESBERG, *Abgrenzvarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nar par. 823 BGB, en Neue Jur. Wochenschrift*, 1957, II.

O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991.
- *Compendio de derecho civil. Derecho de sucesiones*, T. V., Madrid, 1993.

OLLERO TASSARA, A., *Derechos del autor y Propiedad Intelectual. Apuntes de un debate*, PJ., nº 11, Sep. 1988.

ORESTANO, A., *Immagine, persona e relazione di mercato*, RiCDP., 1991.

ORGAZ, A., *Derecho civil argentino. Personas individuales*, Buenos Aires, 1946.

OSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión testada*, Madrid, 1957.

PARRA LUCÁN, M., *De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad*, ADC. 1989 I.

PÉREZ PRENDES, J. M., *Lecciones de historia del derecho español*, Madrid, 1993.

PÉREZ SERRANO, N., *El derecho moral de los autores*, ADC, II., 1949.

PERLINGERI, P., *Il diritto civile nella legalità constituzionali*, Napoli, 1988.

PERREAU, M., *Droits de la personnalité*, RTDC, 1909.

PLAZA PENADES, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996.

PROSER, *Law of Torts, St. Paul, Minnesota*, 1971.

PUENTE MUÑOZ, T., *El derecho a la intimidad en la Constitución*, ADC. IV, 1980.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Herencia...*, T. I, Barcelona, 1991.

PUGLIESE, G., *Il diritto alla «riservatezza» nell quadro dei diritti della personalità*, RiDC. 1963, Parte I.

PUYOL MONTERO, J., y GENEROSO HERMOSO, M., *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Madrid, 1991.

RAVA, *I diritti sulla propia persona*, Torino, 1895.

RAVANAS, J., *La protection des personnes contre la realization et la publication de leur image*, BDP. 1970.

REBOLLO VARGAS, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional; libertad de información y de expresión y sus límites penales*, Madrid, 1992.

RESCIGNO, P., *La fine della vita umana*, RiDC., I, 1982.
- *Successioni e donazioni*, Milán, 1994.

ROCA SASTRE, L., *Derecho de sucesiones*, T. I., Barcelona, 1989.

RODRÍGUEZ GARCÍA, C., *La protección de los llamados derechos de la personalidad: honor de la persona jurídica. Comentario jurídico a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1.989*, AC, 1990-3.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, M., *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, 1996.

ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, 1985.

ROMERO, *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991.

ROMERO COLOMA, A., *Los bienes y derechos de la* personalidad, Madrid, 1985.

ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987.

SALVADOR GODERCH, P., *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, 1987.

SALVADOR GODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M., (Coordinador, GÓMEZ LIGÜERRE, C.), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones de del derecho de daños*, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ ROMÁN, X., *Estudios de Derecho civil. T II, Parte general*, Madrid, 1911.

SANCHO REBULLIDA, F., *Comentario del artículo 659 Cc en "Comentarios del Código Civil"*, MJ. T.I, Madrid, 1993.

SANTINI, G., *onore*, NDI. XI, 1957.

SARAZA JIMENA, R., *libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1995.

SARMIENTO ACOSTA, M., *El derecho al honor del particular y la libertad de expresión*, PJ., nº 36, 1994.

SATURNO, A., *Notorietà della vita e riservatezza della morte: un confronto tra ordinamento spagnolo ed italiano*, RiDC, 1992, I.

SAVIGNY, *System*, T. I, apart. 53.

SAVINI, A., L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica, Milán, 1989.

SCALASI, A., *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990.

SCOGNAMIGLIO, C., *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, DinfInf, 1988.

SCHERMI, A, *Diritto alla riservatezza ed opera biografica*, GiCi, 1957.
- Il diritto assoluto della personalità ed il rispetto della veritta nella cronaca, nell'opera storiografica, nell'opera biografica e nell'opera narrativa di fantasia, GiCi., 1966.

SCHWERDTNER, *Allgemeines Perschönlichkeitsrechts, Müncherner Kommentar zum Bürgerlichen Gesezbuch*, Munich, 1984.

SERVELLO, G., *Considerazioni in tema di diritti della personalità*, CG., 1993 I.

STORCH DE GRACIA, J., *Acerca del derecho a la imagen de un torero por la difusión del vídeo de su cogida y muerte*, LL., 1987.

- *Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta*, LL., 1989.

TERCIER, *Le noveau droit de la personnalité*, 1984.

THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, ed. 1951, (traducción al italiano por LEVI).

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1988.

TOMÉ GARCÍA, J., *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Madrid, 1987.

TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1995.

TORRES-DULCE LIFANTE, E., *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*, Madrid, 1999.

TRANE, P., *In tema di disponibilità della tutela del diritto morale dell'autore all'integrità dell'opera*, DinfInf, 1990.

VALVERDE, X., *Tratado de Derecho civil español*, Madrid-Valladolid, 1909.

VARIOS AUTORES; *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, publicado por la Universidad de Alcalá en 1984.

VASALLI, F., *Le successioni*, Turín, 1978.

VERCELONE, P., *Diritti della personalidad*, Novissimo Digesto Italiano XII, Torino, 1965.

- *Diritti della personalità e "Rights of publicity"*, RTDPC., 1995

VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, 1992.

- *La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español*, RDP., IV.

VILALTA, A. y MÉNDEZ, R., *Acción de protección civil del derecho al honor*, Barcelona, 1998.

VON THUR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, T I, 1910, § 6.

- *Teoría general del Derecho civil alemán*, ed. 1946, vol. I.

WARREN y BRANDEIS, *The right of privacy (the implicit made explicit)*, HLR, IV,5, 1890.

WEYERS, HANS-LEO, *Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1981/82*, ADC. 1984.

YSAS SOLANES, M, *Protección a la memoria del fallecido en la LO. 1/82*, Publicado en la obra homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo, Vol. VI., Madrid, 1990.

ZACCARIA, A., *Diritti extrapatrimoniali e successione, dall'unità al pluralismo nelle transmissioni per causa di morte*, Pádova, 1988.

ZENO-ZENCOVICHI, V., *Diritti della personalità*, DDP., XIII, 1995.

- *Disponibilità del diritto morale d'autore e spot pubblicitari nei film*, DinfInf, 1985.

- *Onore e reputazione*, DDP., XIII, 1995.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA CITADA RELATIVA CONCRETAMENTE A LA SITUACIÓN POST-MORTEM DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC. 231/88 de 2 de diciembre.
STC. 171/90 de 12 de noviembre.
STC. 172/90 de 12 de noviembre.
STC. 214/91 de 11 de noviembre.
STC. 123/93 de 19 de abril.
STC. 178/93 de 31 de mayo.
STC. 190/96 de 25 de abril.

TRIBUNAL SUPREMO

STS. de 3-2-84 (RJ. 1984\716).
STS. de 28-10-86 (RJ. 1986\6015).
STS. de 7-3-88 (RJ. 1988\1603).
STS. de 25-4-89 (RJ. 1989\3260).
STS. de 13-12-89 (RJ. 1989\8827).
STS. 30-12-89 (RJ. 1989\8880).
STS. de 27-2-90 (RJ. 1990\720).
STS. 16-3-90 (RJ. 1990\2537).
STS. 15-6-93 (RJ. 1993\4834).
STS. 24-6-94 (RJ. 1994\5326).
STS. 21-12-94 (RJ. 1994\9775).
STS. 27-6-96 (RJ. 1996\4792).
STS. 26-1-98 (RJ. 1998\109).
STS. de 8-3-99 (RJ.1999\1407).