

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



TESIS DOCTORAL

LA PROTECCIÓN DE LA *MEMORIA DEFUNCTI*

DÑA. MERCEDES RAMOS GUTIÉRREZ

DIRECTOR: DR. D. EUGENIO LLAMAS POMBO

SALAMANCA, 2012

A mi madre.

INTRODUCCIÓN	6
MUERTE, PERSONA Y PERSONALIDAD	12
1.1. FIN DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA: LA MUERTE	12
1.1.1. Momento de la muerte. Comoriencia y Premoriencia	44
1.1.2. La prueba de la muerte.....	58
1.2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA MUERTE.....	67
1.2.1. El régimen jurídico del cadáver	69
1.2.2. Extinción de la personalidad.....	76
a) Apertura de la sucesión mortis causa.....	76
b) Extinción de las relaciones y derechos personalísimos o vitalíceos...78	
c) Protección de la personalidad pretérita.....	79
PROTECCIÓN DE LA MEMORIA DEFUNCTI.....	82
2.1. CONCEPTO DE <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	82
2.2. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	85
2.2.1. Diferentes posturas.....	87
2.2.2. La dignidad <i>postmortem</i>	100
2.3. DERECHOS IMPLICADOS EN LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	104
2.3.1. El honor y la <i>memoria defuncti</i>	105
2.3.2. La intimidad y la <i>memoria defuncti</i>	112
2.3.3. La imagen y la <i>memoria defuncti</i>	123
2.4. LÍMITES DE LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	137
2.4.1. Justificación y enumeración.....	137
2.4.2. Libertad de información y expresión.....	144
2.4.3. Libertad de expresión e información y la <i>memoria defuncti</i>	150
PROTECCIÓN CIVIL DE LA MEMORIA DEFUNCTI	155
3.1. LEGITIMACIÓN.....	155
3.1.1. Designado en testamento	158
3.1.2. Cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos	163
3.1.3. El Ministerio Fiscal.....	167
3.2. TIEMPO PARA EJERCITAR LA PROTECCIÓN DE LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	169
3.2.1. Limite de tiempo para las personas físicas	169
3.2.2. Limite de tiempo para las personas jurídicas y el Ministerio Fiscal	170
3.3. OTRAS VÍAS DE PROTECCIÓN DE LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	171
3.3.1. Vía penal	171
3.3.2. Acciones de filiación.....	173
3.3.3. Ley de Propiedad Intelectual	173

3.3.4. LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación	176
3.3.5. Especial referencia a la protección de la <i>memoria defuncti</i> en vía constitucional	179
DAÑOS CAUSADOS A LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>.....	191
4.1. EL DAÑO A LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i> EN LA LO 1/1982	191
4.1.1. El daño a la <i>memoria defuncti</i> antes de la LO 1/1982	195
4. 1. 2. El daño a la <i>memoria defuncti</i> tras la LO 1/1982.	219
4. 1. 3. La presunción del daño en la LO1/1982	222
4.1.4. Causas de justificación del daño a la <i>memoria defuncti</i>	244
4. 2. VÍAS DE PROTECCIÓN ANTE DAÑOS A LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	266
4. 2. 1. Acciones de cesación, abstención y tutela inhibitoria	269
a) La tutela inhibitoria y la responsabilidad del comunicador	279
b) Rectificación como tutela civil inhibitoria.	281
4.2.2. Acciones reparadoras y tutela resarcitoria.	284
a) La reparación en forma específica de la memoria defuncti	286
1. La difusión de la sentencia condenatoria	287
2. La declaración de la intromisión sufrida a la <i>memoria defuncti</i> . 289	
b) La reparación vía indemnización pecuniaria o resarcimiento. Valoración del daño moral.....	292
1. Circunstancias del caso.....	293
2. La gravedad de la lesión.	297
4.3. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	301
4.3.1. Indemnización ante daños causados a la <i>memoria defuncti</i>	303
4.3.2. Indemnización ante daños causados en vida del fallecido.....	307
4.4. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES ANTE OFENSAS A LA <i>MEMORIA DEFUNCTI</i>	311
CONCLUSIONES.....	320
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA	325
BIBLIOGRAFIA.....	331

ABREVIATURAS

a. C.	Antes de Cristo
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP	Audiencia Provincial
Ar. Civil	Aranzadi Civil
art.	Artículo
arts.	Artículos
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencial Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	Citado
CL	Colección Legislativa
coord.	Coordinador
CP	Código Penal
dir.	Director
DLL	Diario La Ley
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EJC	Estudios de Jurisprudencia Civil
edic.	Edición
EOMF	Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal
fasc.	Fascículo
FJ	Fundamento jurídico
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
loc. cit.	locus citatum (lugar citado)
LO 1/1982	Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen
LO 2/1984	Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación
LO 1/1996	Ley Orgánica de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la LEC (extracto)
LO 5/2010	Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LRC	Ley del Registro Civil
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
op. cit.	opus citatum (obra citada)
pág.	Página

págs.	Páginas
PJ	Poder Judicial
Pte.	Ponente
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
ref.	referencia
reimpr.	reimpresión
REP	Revista de Estudios Políticos
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RRC	Reglamento del Registro Civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
ss.	Siguientes
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Univ.	Universidad
vol.	Volumen
VVAA	Varios autores

INTRODUCCIÓN

En el Derecho civil español, se considera que la persona es titular de derechos y obligaciones y que por el hecho de ser persona se tiene personalidad.

Ante la muerte del individuo comienzan a surgir preguntas, tales como: ¿qué efectos jurídicos produce?, ¿en qué momento surgen?, ¿cómo se prueba desde el punto de vista jurídico que la persona ha fallecido para poder desplegar dichos efectos?, ¿qué derechos desaparecen y cuáles perviven?, ¿qué sucede con los derechos de la personalidad, inherentes a la persona?, ¿desaparecen por completo con ella?, ¿qué ocurre cuando alguien lesiona alguno de estos derechos de una persona fallecida que no puede defenderse?, ¿quedan impunes todas estas vulneraciones?, ¿se podría proteger al difunto a pesar de que ya no tiene derechos que puedan verse lesionados? En caso de intromisiones ilegítimas al “honor”, a la “intimidad” o a la “imagen” de una persona fallecida el problema se complica, pues no se daña a un muerto¹. Si la persona falleció ya no tiene derechos, y en principio, no se puede vulnerar algo que ya no existe. Entonces, ¿cómo podremos defender al difunto ante dichas intromisiones ilegítimas?

La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad no ha gozado de un extenso tratamiento por parte de la doctrina civilista. Seguramente esto es debido a que, como apuntaba el prof. DE CASTRO: “El lector de un libro antiguo de Derecho Civil, se encuentra ante el hecho extraño y llamativo, de que, a pesar de lo que se le ha dicho sobre que el Derecho Civil está animado por el principio de personalidad, su autor ignora la existencia de los bienes o

¹ En este sentido el Prof. Alonso Pérez afirma que: “(...) la personalidad extinta no puede ser objeto de inmisiones lesivas, ni al difunto se le puede ofender. Las personas fallecidas del artículo 4 de la LO 1/1982 (...), ni tienen derechos, ni son sujetos pasivos de difamación alguna (...)”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, en http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html#_ftn1, pág. 3.

derechos de la personalidad o los estima ajenos a lo civil. Este fenómeno puede explicarse por la tendencia especializadora de la ciencia jurídica”².

En efecto, es llamativo cómo el Derecho Civil, clásicamente configurado como el “estatuto jurídico de las personas”, estuvo, durante siglos, y hasta bien entrado el siglo XX, más pendiente del patrimonio, los bienes, su transmisión *inter vivos* y *mortis causa*, su incidencia en las relaciones familiares, etc., que de la persona misma, los derechos que le son inherentes, y la protección de todo ello. Es, ciertamente, a mediados del pasado siglo cuando la doctrina civilista toma verdadera conciencia de esta realidad. Y por eso, con algunas excepciones muy relevantes, hasta entonces los derechos de la personalidad se protegieron fundamentalmente en vía penal y constitucional. Sin embargo, poco a poco los civilistas comienzan a interesarse por los derechos de la personalidad³, hasta el punto de contemplar la posibilidad de su defensa *post mortem*. Una de las maneras es a través de la tutela a la memoria del difunto. Pero: ¿qué es la *memoria defuncti*?, ¿por qué sobrevive esta memoria a la extinción física de la persona?

La *memoria defuncti*, como uno de los efectos de la extinción de la personalidad civil, es un tema actual y reciente, pese a que desde antiguo, en relación al honor ya existía la *actio iniuriarum* ante ofensas a la memoria del

² DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 7 y ss, señala que a pesar de nacer en el Derecho Civil son otras ramas del Derecho las que se ocupan de ellos, en concreto subraya que: “Fueron tratadistas de teología moral, los primeros que se ocupan de los bienes de la personalidad (vida, integridad corporal, honor y fama). Santo Tomás y sus comentaristas (así, Vitoria, Soto, Molina) los consideran en función del pecado, del delito y de la pena. Los civilistas por su parte, reducen su atención al entendimiento y glosa del “*Corpus iuris civilis*”. Junto al punto de vista penal, pronto se tendría en cuenta el político (...) Más tarde, (...) lleva a la proclamación de los “derechos del hombre” y a su colocación en la cabecera de las Constituciones. De todo ello, resulta que la protección y el estudio de los bienes o derechos de la personalidad, se considera materia reservada para las leyes penales y políticas y al estudio de penalistas y escritores sobre Derecho Constitucional”.

³ Apunta el Prof. DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, pág. 8, las razones, en sus palabras: “El actual interés de los civilistas por los bienes de la personalidad, es de hace relativamente poco tiempo, pero de ritmo creciente. Ello por dos tipos de razones. La insuficiencia de las sanciones penales (...), el carácter más programático que eficaz de las Declaraciones de derechos del hombre. De ahí que la conciencia social haya sentido la necesidad de que se vivifique y acreciente la sanción civil, mediante la generalización de las indemnizaciones pecuniarias de los daños y perjuicios inferidos a tales bienes”.

fallecido. Realmente en todas las civilizaciones y épocas ha existido un respeto a la persona que fue, a su memoria, aunque su regulación en el mundo del Derecho fue tardía.

En nuestro Derecho la memoria del difunto está reconocida en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (en adelante LO 1/1982). Tanto el honor, como la intimidad como la imagen, son derechos de la personalidad, que a su vez se consideran derechos fundamentales, ya que vienen reconocidos en el artículo 18. 1 de la Constitución Española. Que obtengan esta consideración: ¿supone diferencias entre los ataques al honor, intimidad o imagen de una persona viva con los de la persona fallecida?, ¿o por el contrario gozarán de la misma protección?

No podemos dejar de lado un fenómeno que cobra especial importancia en el mundo actual, que es el de la Sociedad de la Información, donde el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información son básicos para formar una opinión pública libre y democrática, y que en ocasiones, se pueden ver contrapuestos al respeto a la memoria del difunto.

Sin duda, la *memoria defuncti* está ligada al derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información, ya que en muchas ocasiones el ejercicio de estos derechos puede conllevar un daño a la misma. Por ello, es preciso articular y determinar el límite o frontera entre ambos derechos para lograr un perfecto equilibrio entre el ejercicio de aquéllos y la memoria del difunto.

Estos derechos, reconocidos en el artículo 20 CE, son básicos para la sociedad y en aras de lograr su máxima plenitud asistimos, por fortuna, a ver cómo existe total libertad y protección para su ejercicio. Ahora bien, también es cierto que asistimos a la proliferación de los llamados “programas del corazón”, en los medios de comunicación ya sea prensa escrita, radio, televisión, internet,

redes sociales, blogs, etc., donde vemos cada día cómo se termina lesionando la memoria del difunto so pretexto de ejercer los derechos a la libertad de expresión e información. Obviamente la *memoria defuncti* puede dañarse más en este tipo de programas que en otros, pero esto no excluye que el resto de programas, dedicados a otros ámbitos, con la excusa de la formación de una opinión pública libre, no lesionen la misma.

Por otro lado, ¿gozará de la misma protección jurídica un personaje público que airea su vida en los medios de comunicación o comercializa su imagen para la publicidad que otro personaje público, conocido por su trabajo o proyección pública, pero que nunca se ha lucrado con ello? Y en relación a las personas anónimas, ¿tienen la misma protección o hay diferencias entre ellas?

En este estudio analizaremos la incidencia de la muerte en la defensa del honor, intimidad e imagen de la persona fallecida, la importancia que tiene la protección a la memoria del difunto, las personas legitimadas para su defensa así como el daño a la misma.

Por ello, en la primera parte del trabajo, estudiaremos la muerte desde el punto de vista jurídico, sin olvidar un breve análisis de la posición de la persona en el Ordenamiento Jurídico y el concepto de personalidad. En relación a la figura jurídica de la muerte, nos detendremos en el momento en que ésta tiene lugar y en su prueba, aspectos que son cruciales para comenzar a operar los efectos jurídicos de la muerte, y por tanto, para saber cuándo podemos comenzar a proteger la *memoria defuncti*. Con más detalle abordaremos el estudio de los efectos jurídicos de la muerte, para posteriormente centrarnos en uno de ellos, en la extinción de la personalidad que, entre otras consecuencias jurídicas, conlleva la protección de la personalidad pretérita. Veremos que existen varias vías para la defensa de esta personalidad pretérita, y finalmente, nos detendremos en una de ellas, en la *memoria defuncti* contemplada en esa LO

1/1982 y objeto de nuestro estudio.

En la segunda parte, nos centramos en el concepto de *memoria defuncti*, en exponer por qué sobrevive ésta a la extinción física de la persona, por qué se debe proteger y qué es lo que se protege y sobrevive. Así como el fundamento de esa protección, si se basa en los legitimados o si por el contrario tiene un fundamento propio. Nos referiremos al derecho al honor, a derecho a la intimidad y al derecho a la imagen, y su relación con la persona fallecida. También hemos creído conveniente analizar el límite de la memoria del difunto respecto del derecho a la libertad de información y a la libertad de expresión, así como la tutela constitucional de las ofensas a la memoria del difunto.

En la tercera parte del presente trabajo nos centraremos en estudiar quiénes son las personas legitimadas para defender la *memoria defuncti*, sus peculiaridades y límites para poder ejercitar dicha protección. Así como otras vías de protección de la *memoria defuncti*.

En la cuarta parte analizaremos si puede dañarse la *memoria defuncti*, si es posible repararla y en caso afirmativo, las diferentes formas de reparación. También nos detendremos en la protección de dicha figura antes de la entrada en vigor de la LO, la peculiaridad de la presunción del daño contenida en dicha LO, las diferentes vías de protección que ofrece, desde la tutela inhibitoria a la reparación de la misma. Y finalmente, examinaremos la manera de valorar el daño, el destino de la indemnización y el plazo para interponer las acciones en defensa de la memoria.

Para ello, hemos acudido a bibliografía de distintas épocas, a las diferentes corrientes doctrinales que han tratado el estudio de la muerte y sus efectos jurídicos, los derechos de la personalidad, derecho de daños y la protección de la memoria del fallecido. Para completar el estudio hemos

analizado la jurisprudencia de nuestro país y de más allá de nuestras fronteras.

Todo, para ver qué significa en nuestro Derecho la *memoria defuncti*, por qué se debe defender y cuándo estamos ante daños a la misma.

MUERTE, PERSONA Y PERSONALIDAD

1.1. FIN DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA: LA MUERTE

Es una obviedad que la muerte pone fin a la existencia física de la persona⁴. Dicha muerte no sólo supone para sus allegados la pérdida de un ser querido, con el daño que esto conlleva, sino también el nacimiento de una serie de efectos jurídicos⁵ que hacen especialmente importante esta figura para el Derecho.

La muerte supone la cesación o término de la vida⁶, finaliza el trayecto del hombre, de la persona⁷.

Si nos detenemos brevemente en el concepto de persona⁸ tenemos que tener en cuenta ciertas observaciones. En un sentido vulgar, coloquial, persona

⁴ Destaca en este sentido la ya clásica afirmación de LACRUZ, J. L., y continuadores, *Elementos de Derecho civil*, tomo I, Bosh, Barcelona, 2004, pág. 178: “desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades, cesando de ser centro de poder y de responsabilidad. Transformándose el cuerpo en cosa: el cadáver”.

⁵ En efecto, no cabe duda de su importancia, sostiene DE LAS HERAS, G.R., *La consideración del cadáver en Derecho romano: su posible repercusión en la actualidad*, Bomarzo, Albacete, 1987, pág. 9: “Uno de los hechos más importantes y que más repercusiones tiene en diversas esferas del Derecho es, ha sido y será la muerte de la persona, sobre el que giran toda una serie de relaciones jurídicas, calificadas de mortis causa”.

⁶ En el pensamiento tradicional, separación del cuerpo y alma en, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, 22.ª edición; también recogía esta definición De Castro y apuntaba la frase *Dissolutione corporis et animae*, D. 17, 2, 64 en, DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, tomo II, vol. I, Madrid, 1952, pág. 139, cita 1. La opinión primitiva de las antiguas generaciones ítalas y griegas, “era que el ser humano vivía en la tumba, que el alma no se separaba del cuerpo, y que permanecía fija en la parte del suelo donde los huesos quedaban enterrados”, DE COULANGES, F., *La ciudad antigua*, Madrid, 1984, págs. 42 y ss.

⁷ La palabra persona proviene del latín, del verbo *sono* (sonar) y del prefijo *per* (resonar), y se relacionaba con la máscara que originariamente usaban los actores en el teatro para representar su papel, de ahí pasaron a llamar persona al actor y luego a los actores de la vida social y jurídica, es decir, al hombre. Otros orígenes etimológicos de persona podemos verlos en, DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 20, cita 3.

⁸ Como afirmaba el gran maestro FEDERICO DE CASTRO: “comenzar por la persona, como hiciera Gayo, parece lógico, porque sin ella no es imaginable ninguna institución jurídica” y así recordar que *hominum causa omne ius institutum sit*, en DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 18.

es sinónimo de hombre, por antonomasia todos los seres humanos son personas. Si lo miramos desde el prisma filosófico, es de obligada mención la definición que SEVERINO BOECIO hace de persona, entendiendo por tal: una “sustancia individual de naturaleza racional” (*naturae rationalis individua substantia*) o “bien el supuesto dotado de entendimiento”⁹. Para el mundo del Derecho todo hombre es persona, pero además son personas otros entes distintos¹⁰. Y desde este punto de vista jurídico, persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones¹¹.

Sin embargo, este concepto que hoy en día usamos de persona, como todo ser capaz de derechos y obligaciones, no ha sido siempre el mismo¹². Ha

Asimismo, una obra clave sobre el concepto de persona y su importancia en el Derecho Civil la encontramos en, ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España”, en *ADC*, 1983. No podemos olvidar la posición que tiene la persona en el ordenamiento jurídico y menos aún que es el alma del Derecho civil, DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, págs. 126 y ss. Afirma FERRARA, F., *Le Persone Giuridiche*, tomo II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2ª edición, Torino, 1956, pág. 34: “*Perciò il fine del diritto è sempre la realizzazione d'interessi umani (...) L'uomo è sempre il punto centrale del diritto, ed è solo per ordinare relazioni umani che il diritto esiste*”. Hay que destacar la importancia que tiene la persona en el ordenamiento jurídico y en concreto en el Derecho Civil, donde aquella compone el principio y el fin de esta disciplina, es su esencia, en RICO-PÉREZ, F., “Protección civil de la dignidad personal”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, 1989, pág. 747. En palabras de Díez-Picazo, L., “El sentido histórico del Derecho civil”, en *RGLJ*, 1959, pág. 652: “de todo el recorrido histórico del Derecho civil se destacan dos características esenciales del mismo: 1ª. Ser el Derecho dictado para la defensa y protección de la persona y para la realización de sus fines. 2ª. Ser el Derecho común, que guarda los principios generales del ordenamiento positivo. El quehacer actual del Derecho civil consiste en permanecer fiel a sí mismo, recogiendo, por tanto, la totalidad de las manifestaciones de la persona”.

⁹ Otros sentidos filosóficos de la palabra persona los encontramos en, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963, págs. 94 y ss.

¹⁰ Obra clave en este sentido la encontramos en FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929; FERRARA, F., *Le persone...*, *cit.*; Apuntan ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, tomo I, parte general, decimosexta edición, Madrid, 1981, pág. 56 que “la persona en el alcance jurídico de la palabra, no es sinónimo de individuo humano”. De la misma manera, LETE DEL RIO, J. M., *Derecho de la persona*, Tecnos, 1986, pág. 22 apunta que persona en el lenguaje jurídico no equivale a individuo humano, y añade que existen personas físicas y jurídicas.

¹¹ Destaca la observación de Gierke sobre la obtención del concepto de persona, dicha obtención es merced, sostiene Gierke, a una abstracción que la conciencia jurídica lleva a cabo separando de las cualidades todas que se dan en la realidad de un ser y constituyen su individualidad una: la aptitud para los derechos y deberes. Persona es en su sentido jurídico, todo ser capaz de derechos y obligaciones, en DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929, pág. 163.

¹² Un amplio e imprescindible estudio sobre la persona lo encontramos en FERRARA, F., *Teoría...*, *cit.*, págs. 313 y ss. FERRARA, F., *Le Persone...*, *cit.*, pág. 32.

evolucionado, como es lógico, dependiendo de la época histórica. No era lo mismo el concepto de persona que se tenía en Roma¹³, que el que se tenía en la Edad Media hasta llegar al concepto de persona como lo conocemos actualmente¹⁴. Es un hecho que el Derecho ha ido elaborando conceptos que, si bien reposan en concepciones romanas, no equivalen con el pensamiento romano, ni plasman el proceso histórico de resolución de problemas concretos. Un ejemplo lo encontramos en la esfera de la personalidad donde se puede ver esta falta de adecuación de los conceptos modernos a las circunstancias

¹³ En Roma se usaban términos relacionados con la idea de persona, sujeto de derechos y capacidad jurídica, pero con un significado muy distinto al que conocemos actualmente, con más detalle en, ALVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones de Derecho romano III. Personas físicas y colectivas en el Derecho romano*, Madrid, 1977, págs. 1 y ss. De tal manera que la palabra persona no equivalía a sujeto de derecho y obligaciones, como hoy en día lo entendemos. De hecho en Roma para ser sujeto de derechos y obligaciones debían darse varios requisitos para adquirir tal condición, y tampoco contemplaban el término persona jurídica. Decía GAYO, I, 3, 9 a 12, que el término persona en Roma equivale a hombre. Bien es cierto que algunos autores, como por ejemplo Arias Ramos y Arias Bonet, o Argüello, proclaman que en Roma, no todos los hombres eran personas, así los esclavos no eran personas. No bastaba ser hombre para ser persona en, ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J.A., *Derecho...*, *cit.*, págs. 56 y ss; ARGÜELLO, L. R., *Manual de Derecho romano, Historia e Instituciones*, Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 126. En la definición extensa de persona ofrecida por GAYO introduce entre las *personae* tanto a los hombres libres, unos son ingenuos y otros libertos, como a los esclavos, y también incluye como persona a los *sui iuris* y *alieni iuris* (I, 48). Sin embargo, a pesar de que en un principio, consideraban que todo hombre era persona, realmente, eso no significaba que fuera sujeto de derechos y obligaciones, es decir, el término persona, tal y como lo conocemos hoy en día desde el punto de vista jurídico como sujeto de derechos y obligaciones, no equivale al concepto de persona que se tenía en Roma. Si volvemos a la clasificación elaborada por GAYO, los esclavos son hombres que incluía entre las *personae* pero no eran sujetos de derecho, de la misma manera que los extranjeros eran hombres y también personas pero no sujetos de derecho, y limitadamente los latinos y los *alieni iuris* eran sujetos de derecho. Por lo que, en un principio, a todo hombre se le llamaba persona, pero ser hombre no garantizaba ser sujeto de derechos y obligaciones en Roma. Ser hombre en Roma era condición necesaria, pero no suficiente para ser sujeto de derecho, en PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág.204. Esta noción de persona utilizada para designar al hombre pierde terreno frente a la idea de persona desde el punto de vista jurídico. Dicha concepción, como señala ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones...”, *cit.*, págs. 1121 y ss., se impone en autores literarios e incluso en Derecho romano tardío y en los juristas de Derecho común, por el nexo a su base etimológica, se habla de persona como ente que actúa en el mundo jurídico, con independencia de su concepción humana. Se empieza a identificar persona, ya no con hombre, sino con sujeto de derechos, con todo aquel que reúne los requisitos, empiezan a considerar que no toda persona es hombre, ni todo hombre persona, ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J.A., *Derecho...*, *cit.*, pág. 57., (los esclavos, a pesar de ser hombres, ya no se les considera personas como hacía GAYO).

¹⁴ Así, DE COSSÍO, A., “Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho privado”, en *RDP*, tomo XXVI, Madrid, 1942, págs. 749 y ss, cita la reflexión de Hermogianiano: “El hombre es el centro del derecho”, y la utiliza como punto de partida para afirmar con rotundidad que dicha definición de persona carecía de validez universal y de aplicabilidad en cualquier momento de la historia. El concepto de persona ha cambiado en cada momento histórico.

históricas. Hace mucho tiempo que quedaron superadas las teorías que negaban que el hombre por sí mismo fuera sujeto de derecho¹⁵.

Actualmente, es indiscutible en nuestro Ordenamiento Jurídico, que personas son todos los hombres y éstos son sujetos de derechos y obligaciones¹⁶.

Persona es una cualidad que singulariza al ser humano, le pertenece por el mero hecho de ser hombre, de tener dignidad. Es consustancial al mismo, desde el nacimiento se es persona. Por lo tanto, no es algo que, a diferencia de lo que ocurría en Roma, el Derecho tenga que otorgar, sino que pertenece al hombre por el mero hecho de serlo, de ser un ser con dignidad¹⁷. Así que al Derecho sólo le queda determinar qué es persona desde el punto de vista jurídico.

¹⁵ Ese era el caso que se daba en Roma, o en nuestro Derecho, que hasta la Ley de matrimonio civil de 1870 sólo se consideraba que el ser humano era persona tras el bautismo, en LASARTE, C., *Principios derecho civil*, tomo I, Marcial Pons, 2006, pag. 176.

¹⁶ Destacan las afirmaciones de FERRARA, F., *Teoría...cit.*, págs. 318 y ss: “El concepto de persona no coincide y es más amplio que el de hombre y, por consiguiente, nada obsta a que haya personas que no sean hombres (...) se trata de una categoría jurídica, que de por sí no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido (...)”. Añade el autor en FERRARA, F., *Le Persone...*, *cit.*, pág. 33 que: “(...) e del resto la storia c’insegna che a taluni uonimi è stata spesso negata o sopressa o mutilata la personalità (gli schiavi, gli ebrei, gli appartenenti ad ordini monastici, i condannati a pena capitale). Dàltro lato, se lo Statu eleva a soggetti di diritto glio uomini, non, v’è alcun ostacolo perchè esso non possa igualmente attribuiré la soggettività guiridica anche ad enti non umani, a figure dell’intelletto, ad entità ideali”.

¹⁷ Es clásica la definición que hace De Castro de persona, entiende que para dar una noción de ésta es necesario empezar por la definición de persona humana y destacar su significado general en el Derecho, considera que son personas: “el hombre y traslaticamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica”. Persona, afirma, es el hombre, compuesto de alma y cuerpo. La palabra persona alude, entre otras de sus cualidades del hombre, a su dignidad de ser racional. Y entiende que la persona jurídica es persona por extensión analógica, en DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, 30. Por su parte, GALINDO GARFIAS, I., *Derecho civil*, Porrúa, México, 1973, págs. 289 y ss, considera que la palabra hombre designa la especie y que persona supone mucho más, significa la dignidad del ser humano porque está dotado de libertad, es un ser responsable para si mismo. También destacan las palabras de ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones...”, *cit.* pág. 1123, afirma que persona es un atributo del hombre por ser portador de una dignidad consustancial, pensante, reflexivo. Considerando que se trata de una categoría dada y no creada por las normas jurídicas. Más recientemente SPAEMANN, R., A., *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”, en titulo original Personem. Versuche über den Unterschied zwischen “etwas” und “jemand”*, Stuttgart, 1996, pág. 235, apunta que la noción de persona no es un concepto concreto, es como son los individuos de la especie hombre.

Como antes mencionábamos, persona es el sujeto de derechos y obligaciones al derivar de él una serie de relaciones jurídicas¹⁸. Hay autores que subrayan la dificultad de delimitar el concepto jurídico de persona¹⁹, sin embargo, esta definición, como todo sujeto de derechos y obligaciones, está pacíficamente aceptada.

Estos derechos y obligaciones desaparecen tras la muerte, ya que la misma supone el fin de la persona, con todo lo que conlleva en el mundo del Derecho dejar de ser persona. Inexorablemente, persona y muerte están ligadas.

Hay autores que al estudiar la figura de la muerte, influenciados por doctrinas religiosas, escriben con el convencimiento de que la muerte no es el fin de la vida, sino el comienzo de una nueva existencia eterna²⁰. Esta idea refleja sin duda el sentido religioso que envuelve a la muerte. Desde épocas muy

¹⁸ ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*, Madrid, 1894, págs. 4 y ss, afirma que el hombre está obligado a cumplir con las relaciones de Derecho que tenga con otros, pudiendo exigir que éstos le presten los medios para la realización, por eso entiende el autor que persona se define como todo ser capaz de derechos y obligaciones. Subrayaba el Prof. De Castro que persona y su concepto no son creación del derecho, existe fuera de el y con su significado es utilizado por la norma, en DE CASTRO, F., *Derecho...*, cit., pág. 27. Para GALINDO GARFIAS, I., *Derecho civil*, Porrúa, México, 1973, págs. 289 y ss, al Derecho sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella que el Derecho toma en cuenta para derivar de ella consecuencias jurídicas, es en este sentido donde se dice que es persona el sujeto de derechos y obligaciones.

¹⁹ Dejando claro y liquidado el concepto de persona como todo ser capaz de derechos y obligaciones, aun así conviene destacar la opinión de RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 143 y ss, dicho autor considera que es una ardua labor dar una definición real de persona. Sostiene que el hecho de que la noción real de persona haya cohabitado desde, prácticamente su germen, con la abstracta demuestra, a su juicio, que “la construcción realista no ha logrado su perfecta autonomía conceptual” y por tanto se sitúa al hombre como realidad primaria ante el Derecho, sacando las notas de su definición jurídica. Por lo que afirma Ramos Chaparro que la definición real de persona debería abarcar la mención al hombre pero conservando las categorías técnicas principales (que conforman su situación especial en las relaciones de derecho). Afirma que persona es el ser humano y la personalidad es la naturaleza jurídica del hombre. Asevera que los nombrados sentido vulgar y jurídico podrían configurar la noción real., matizando que siempre y cuando el sentido vulgar se perciba desde la realidad social de nuestro tiempo. Termina planteándose si prevalece en la doctrina la noción real o la abstracta de persona, ya que insiste que conviven y de alguna manera se necesitan. Señala a Castán para referirse al aumento del humanismo jurídico, y algunos autores han visto consagrada la construcción realista en la CE. Por lo que entiende que la primacía de la noción real se observa tan solo al ver la primacía valorativa que el actual ordenamiento reconoce a la persona humana, al conformar como valores superiores los mismos atributos ontológicos de ella (libertad e igualdad).

²⁰ ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, cit., pág. 399.

antiguas surgen creencias y sentimientos en torno al misterio de la muerte y el alma, convicciones primitivas de una segunda existencia después de la actual, considerando la muerte como un simple cambio de vida. Según sus ideales, continuaba viviendo el alma bajo tierra, y tenían toda una serie de ritos de sepultura que giraban en torno a estas opiniones²¹. Pero sin duda, más que una visión jurídica, se trata de puntos de vista alejados de la misma. Y al Derecho lo que interesa es la muerte como hecho jurídico, “*conditio iuris*”. Sus consecuencias jurídicas.

La muerte, en el plano jurídico, se examina desde el punto de vista del momento en que tiene lugar, su prueba y los efectos que produce, las consecuencias²². Éstas, en principio son más que evidentes, como comprobaremos más adelante²³.

El punto de partida es el artículo 32 CC cuando dispone: “la personalidad civil se extingue por la muerte de la persona”²⁴. Este artículo no tuvo siempre esta redacción, originariamente constaba de un párrafo más. En concreto en su redacción primitiva disponía: “La personalidad civil se extingue por la muerte de la persona. La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos, y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero”. Se

²¹ Con más detalle, DE COULANGES, F., *La ciudad...*, cit., págs. 39 y ss.

²² GALINDO GARFIAS, I., *Derecho...*, cit., págs. 301 y ss.

²³ En palabras de LASARTE, C., *Principios...*, cit., pag. 185: “las consecuencias de la muerte, como hecho físico que a todos nos ha de llegar, son claras”. Son tan obvias como que al extinguirse la personalidad del difunto, todas las relaciones personales se entienden extinguidas y su cuerpo pasa a ser cadáver y deja de ser calificado persona para considerarse cosa.

²⁴ Apuntaba DE CASTRO, F., *Derecho civil...*, cit., pág. 146, cita 1, que esta idea se reflejaba desde antiguo con el axioma “*mors omnia solvitur*”, regla que no consideraba conveniente porque no es exacto que la muerte extingue todas las relaciones jurídicas, en. “Se extinguen las relaciones jurídicas de carácter personal, pero en general perduran inalterados los derechos patrimoniales”; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1970, pág. 184.

trataba de una disposición con claras restricciones²⁵ de lo que el mismo artículo denominaba personalidad jurídica.

Es importante señalar, en relación a los términos persona y personalidad, que aunque en ocasiones se usen como sinónimos²⁶ y sean consecuencia uno del otro, no se deben confundir²⁷. Consideramos que personalidad y capacidad jurídica²⁸ sí son coincidentes²⁹. En el Derecho italiano también se sigue esta

²⁵ Restricciones que apunta MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, tomo 1, revisada y puesta al día por MARÍN PEREZ, P., edic. 6ª, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, pág. 483 y ss, varían mucho en cuanto a sus condiciones y efectos. Puntualiza que “unas proviene de la Naturaleza, como la demencia, la imbecilidad y la sordomudez; otras se imponen por la ley, como la interdicción civil” (interdicción civil, ya suprimida por nuestro derecho, que en pinceladas mas adelante estudiaremos), la prodigalidad, y la menor edad, añade que puede estimarse como mixta ya que es establecida por la ley pero teniendo en cuenta el desarrollo físico e intelectual de la persona. Adiciona que “unas pueden ser perpetuas, como la demencia, imbecilidad o sordomudez, y otras, temporales, como la menor edad, la prodigalidad y la interdicción” y que los efectos también son variados.

²⁶ CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, cit., pág. 97.

²⁷ De Castro, distinguía a la persona (esencia) con personalidad (la cualidad jurídica), en DE CASTRO, F., *Derecho civil...*, cit., pág.31.

²⁸ Por otra parte, en Roma, tampoco la palabra persona tenía relación con la capacidad jurídica. La personalidad jurídica no era un atributo, una cualidad esencial del ser humano, éste tan sólo es un ser capaz de recibirla mediante concesión de ley. No se reconocía a todos los hombres. De ahí la frase anteriormente mencionada de: “no todo hombre es persona, ni toda persona es hombre”. Algo que actualmente es impensable. Esta idea de la personalidad en Roma, si bien la teoría de la personalidad procede del Derecho romano, ha llegado al Derecho moderno con un sentido distinto, así lo expone CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, cit. pág. 97, se apoya en la concepción del hombre que elaboraba ARISTÓTELES en (Política, I, 2), proclamaba que: “Indudablemente si los hombres difieren unos de otros por la mera forma de su cuerpo, tanto como las estatuas de los dioses difieren de los hombres, todos convendrán en que la clase inferior sea esclava de la superior y que por tanto es evidente que algunos hombres son libres por naturaleza y otros esclavos, y que para estos últimos es conveniente y justa la esclavitud”. Por tanto, para los juristas romanos la personalidad es la consecuencia de los distintos estados en que el hombre se puede encontrar. Por lo que, es la posición dentro del grupo social la que determina los derechos de cada uno, en DE COSSÍO, A., “Evolución...”, cit., págs. 751 y ss. En Roma, las personas, entendida en el sentido actual, solo tenían plena capacidad jurídica y por tanto eran sujetos de derechos los que gozaban de tres status: *libertatis, civitatis y familiae*, con más detalle, ALVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones...cit.*, págs. 6 y ss. Es decir, el hombre libre, ciudadano y jefe de familia eran considerados sujetos de derecho y personas, esta concepción de persona, fue utilizada por distintos autores en épocas posteriores gracias a la influencia de las fuentes romanas. Sin embargo fue rechazada por Hugo y Savigny, con más detalle en, ALONSO PEREZ, M., “Reflexiones...”, cit., pág. 1122.

²⁹ Sostiene SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, tomo II, Establecimiento tipográfico “sucesores de Rivadeneyra”, 1911, págs. 14 y 18, que no son idénticos pero están en íntima conexión, apuntando que en aquella época “la plenitud de la capacidad jurídica y la consiguiente personalidad, la reúne el individuo varón y católico”; Calogero Gangi afirma que personalidad y capacidad jurídica se equivalen en cierto sentido, GANGI, C., *Personae fisiche e personae giuridiche*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1948, pág. 5; BORREL MACIÁ, A., *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y*

tesis³⁰. Por personalidad entendemos la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo de derechos y obligaciones. Destacan las palabras de DE CUPIS a este respecto: “El hombre también es persona para el Derecho positivo. Y precisamente: siendo persona fuera y dentro del Derecho, también lo es dentro del Derecho positivo. El valor natural que se llama personalidad está en el hombre independientemente de todo orden jurídico; en el orden jurídico se traduce en personalidad jurídica (...)”³¹. Por tanto, se es persona: se tiene personalidad. Personalidad es la condición de persona³². Toda persona por el hecho de serlo, posee capacidad jurídica, es cualidad esencial de toda persona, reflejo de su dignidad³³. Y como veremos esa dignidad perdura.

En la Declaración universal de los derechos humanos se establece en el art. 6: *Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law*. (Todo el mundo tiene derecho, por todas partes a ser reconocido como persona ante el Derecho). En nuestro Derecho, el art. 10 CE reconoce el valor central de la persona. La dignidad de la persona humana es fundamento del orden jurídico y de la paz social. Artículo sobre el que incidiremos más adelante.

En resumen, persona es el hombre, que es poseedor de dignidad, y trasladado al plano jurídico supone, además, ser sujeto de derechos y

muerto de otros hombres, Bosh, Barcelona, 1954, pág. 14; Carlos Lasarte afirma que “a fin de cuentas, los términos capacidad jurídica y personalidad vienen a ser coincidentes”, en LASARTE, C., *Principios...*, *cit.*, pág. 177.

³⁰ Señala GANGLI, C., *Persone...*, *cit.*, págs. 5 y ss: “*Persona è quinde l’uomo, che ha la capacità guiridica, e personalità equivale quinde, in un certo sensom a capacità guiridica*”.

³¹ DE CUPIS, A., “La persona humana en el Derecho Privado”, en *RDP.*, 1957, pág. 863.

³² En palabras de DE CUPIS, “el hombre, sólo por serlo, está provisto por el ordenamiento con una capacidad, virtual o potencial, que constituye como una primera vestidura jurídica impuesta a su humana sustancia”, en DE CUPIS, A., “La persona...”, *cit.*, pág. 863 y ss. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, vol. I, Bosh, Barcelona, 1985, pág. 213.

³³ DIEZ-PICAZO, L y GUILLON, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, 2003, pág. 213 y ss, consideran que la personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento asigna de manera arbitraria, es una exigencia de al naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho tiene que reconocer.

obligaciones³⁴. Pero hay más, para el Derecho: ser persona conlleva, a su vez, considerar que tiene la aptitud necesaria para ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, el ser persona implica tener personalidad jurídica, o lo que es lo mismo capacidad jurídica³⁵. Por lo que una es presupuesto de la otra, pero no son sinónimos. Y es esta dignidad del hombre la que supone que seamos titulares de los llamados derechos de la personalidad³⁶, y que por tanto al Derecho le corresponde proteger³⁷.

Y a tenor de lo comentado anteriormente, si por el mero hecho de ser persona, y por tanto, dotada de dignidad, tenemos personalidad jurídica, no puede ser que el Derecho enumere una serie de limitaciones a ésta, todos tenemos personalidad jurídica independientemente de nuestra condición o forma de ser, nace de nuestra dignidad³⁸; por lo que consideramos que, realmente, el viejo artículo 32 del CC se refería a restricciones a la capacidad de obrar³⁹. También lo veremos a la hora de estudiar la interdicción civil.

³⁴ Volvemos a la definición que DE CASTRO, F., *Compendio...*, *cit.*, pág. 163, hacía de persona, considerándola: “en sentido estricto que es cada hombre, en cuanto se considera la dignidad jurídica que, como tal merece”.

³⁵ Afirma DE CASTRO, F., *Compendio...*, *cit.*, pág. 163 que personalidad tiene un significado más impreciso, y que realmente se trata de manifestaciones especiales de la condición de persona. Por su parte, LETE DEL RIO, J. M., *Derecho...*, *cit.*, pag. 22. subraya que personalidad, jurídicamente es la cualidad que distingue a el hombre sobre los demás seres vivos.

³⁶ Los derechos de la personalidad que, como atinadamente señalaba DE CASTRO, se refieren a los valores del hombre como persona, en DE CASTRO, F., “Los llamados derechos de la personalidad”, en, *ADC*. núm. XII, pág. 1237.

³⁷ Subraya ALONSO PEREZ, M., “Reflexiones...” , *cit.*, pág. 1127, que persona es el hombre, ser de fines, portador de una dignidad inalienable, servidor del bien común y necesitado acuciante de la protección de su esfera jurídica, lo que De Castro llamó, bienes de la personalidad. En esta línea, LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.* pág. 2, afirma que es esta dignidad del ser humano, la que conlleva que tengamos la posesión de los llamados derechos de la personalidad.

³⁸ Este artículo 32 de nuestro Código Civil, en su redacción originaria fue ampliamente criticado por Díez-Picazo. En primer lugar, advierte de la existencia de inexactitud terminológica de lo que se denominó “restricciones de la personalidad jurídica”, con gran acierto señala que “desde el punto de vista de la más depurada técnica jurídica, no son en puridad restricciones de la personalidad”. Añade que la personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento asigna de manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho tiene que reconocer. Apunta que “la personalidad, como traducción jurídica de la dignidad de la condición humana, no admite ningún tipo de restricciones o de limitaciones. No se puede ser más persona o menos persona, ni se tiene mayor o menor personalidad jurídica” en, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Artículos 1 al 41”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, tomo I, Revista de Derecho Privado, Jaén, 1978, pág. 822 y ss.

³⁹ En este concreto, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Artículos 1...”, *cit.*, págs. 822 y ss, considera que el antiguo artículo 32 del CC recogía limitaciones de la llamada capacidad de

Eliminadas, hoy en día, de nuestro actual artículo 32 CC esas limitaciones o restricciones, antes de avanzar en nuestro análisis, consideramos oportuno recordar que la redacción actual de dicho artículo dispone que: “*La personalidad civil se extingue por la muerte de la persona*”. Ante esto la lógica nos lleva a la afirmación de que si la persona física se extingue con la muerte, es ésta y sólo ésta la que ocasiona que se despoje a aquélla de personalidad⁴⁰.

Ahora bien, en el Derecho anterior a nuestro Código Civil hubo autores que en sus estudios sobre el concepto jurídico de la muerte se preguntaron si ésta es causa que modifica el ejercicio de la capacidad jurídica o si quizá es el hecho que determina la extinción de dicha capacidad⁴¹. Es indudable la importancia que tiene la muerte desde el punto de vista jurídico, con ella nacen una serie de efectos jurídicos lo suficientemente significativos como para estudiar las consecuencias de la muerte en la capacidad jurídica y de obrar del que fue sujeto de derechos y obligaciones. Por lo que es comprensible la importancia⁴² que tenía determinar si la muerte modifica o extingue la capacidad jurídica⁴³.

obrar y no a la personalidad jurídica, ya que aquélla es la que, realmente, admite limitaciones o modificaciones. Ahora bien, matiza que estas limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse restrictivamente. Precisamente afirma: “Si la regla general es que la persona dispone y disfruta de su capacidad de obrar, todo lo que sea limitativo de dicha capacidad de obrar es excepcional y como odioso debe ser restringido”. Son limitaciones generales, es decir, no se trata de peticiones de capacidad concreta para realizar actos jurídicos determinados. Considera que esta enumeración de las causas limitativas es puramente declarativa, es decir, el autor puntualiza que no supone “que el estatuto jurídico de cada una de las personas incluidas en la enumeración sea idéntico, ni que todos ellos deben considerarse incapaces, ni que sea el mismo el grado de su incapacidad o de su limitación de la capacidad”. Son limitaciones establecidas en función de formas de protección de intereses. Repertorio de causas que considera sufre de algún anacronismo. Concluye afirmando lo desafortunado que es el párrafo final del artículo, sosteniendo que encierra “una enunciación muy amplia y en cualquier caso inexacta”.

⁴⁰ Destacamos las palabras de Di Benedetto: “*La persona física si estingue con la morte e solo con questo evento finisce la posizione del soggetto fisico de essere personalità di diritto, cioè soggetto in senso stretto per il diritto*”, DI BENEDETTO, F., “La morte”, en *Le persone*, vol. I, Utet, Torino, 2000, pág. 109; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 335.

⁴¹ ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, cit., pág. 397, sostiene que según sea la respuesta, así serán las consecuencias y efectos que produzca la muerte en el mundo del Derecho.

⁴² En concreto este autor destaca la importancia del problema, en ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, cit., pág. 397.

⁴³ Sostiene SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...*, cit., pág. 423, que: “la muerte es la ley de la vida, y que si el Derecho es la vida, y para la vida existe, y si la naturaleza del sujeto del derecho está tocada de esa suprema e ineludible finitud, preciso es determinar cómo la muerte influye en la

La solución al problema partía entonces de la distinción del sujeto de derecho como individualidad determinada, donde no cabe duda que con su muerte se extingue la capacidad jurídica, porque es obvio que para su ejercicio se necesita la existencia física, por lo que bajo este supuesto, ya no existe la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y por tanto, la muerte es causa extintiva de la personalidad⁴⁴.

Por el contrario, si se consideraba al sujeto de derecho en unión a sus relaciones de derecho existentes al tiempo del fallecimiento, porque para el cumplimiento del orden jurídico no vale la justificación de la eventualidad de la muerte⁴⁵, estas relaciones no se extinguen ni desaparecen, consideraban que tienen que subsistir, si bien esa capacidad jurídica es inherente a todas las personas cuando se aplica al mantenimiento y conservación de las relaciones ya constituidas al momento de la muerte, pasa por el hecho de ésta, a otras personas. Y según esto, afirmaban que podía estimarse que la muerte era causa que modificaba la capacidad jurídica. Partían de la pregunta de si la capacidad de los muertos podía traducirse en derechos y obligaciones para poder emplear convenientemente algunas cosas de este mundo, a lo que respondían que si la capacidad existe cuando llega la muerte, no cabe afirmar que la capacidad se extingue por completo y que no pueda traducirse en derechos y obligaciones que ejercitará, desempeñará, el heredero⁴⁶. Y avala este pensamiento que según las leyes de Partidas y las de la Novísima Recopilación, la muerte supone la extinción de la capacidad jurídica, pero que no se acaban las relaciones de Derecho en que el difunto estuviere interesado con la muerte. Con la excepción

capacidad jurídica y de obrar de aquel, y produce novedad más o menos trascendente en las relaciones de Derecho, en que era término personal”. Por lo que estima que es por este razonamiento por lo que se debe preguntar si la muerte es causa modificativa o extintiva de la capacidad jurídica.

⁴⁴ Apuntaba ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, *cit.*, pág. 398, que “la muerte es causa extintiva de esa capacidad, en cuanto es susceptible de actuación”. Añade SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...*, *cit.*, pág. 423 y ss., que al morir, ya no se admite la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, ni tampoco realizar actos jurídicos eficaces, capacidad de obrar.

⁴⁵ ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, *cit.*, pág. 398.

⁴⁶ ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, *cit.*, págs. 398 y ss. Matiza SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...*, *cit.*, pág. 424, que si bien “la capacidad jurídica aplicada a una determinada relación de transmite, no sucede lo mismo con la capacidad de obrar”.

de las relaciones jurídicas de carácter personalísimo, las cuales terminan con la muerte⁴⁷.

Hoy en día es evidente que este problema está superado, así lo deja claro el artículo 32 CC, al determinar que la personalidad civil se extingue⁴⁸ por la muerte de las personas, es decir, la muerte extingue la capacidad jurídica. Eso sí, se transmiten los derechos y obligaciones del difunto, salvo los personalísimos, a los herederos. A la vista de este artículo 32 del CC, lo que de entrada nos sugiere es que la muerte implica, desde el punto de vista jurídico, algo tan obvio como la desaparición del sujeto de derechos y obligaciones, ya no se puede hablar de sujeto en sentido técnico porque al morir se lleva su personalidad⁴⁹. Es decir, la muerte pone fin a la capacidad jurídica⁵⁰. Sin embargo, defiende BONNECASE, que en el Derecho francés, la personalidad no está siempre delimitada entre el nacimiento y la muerte, sino que hay ciertos supuestos donde la personalidad va más allá de la muerte, en algunas hipótesis es independiente de la personalidad⁵¹.

Por otro lado, como mencionábamos anteriormente, este artículo 32 CC nos indica que la muerte natural es la única causa que extingue la personalidad. Por lo que se excluyen otras causas históricas que existían en el Derecho antiguo

⁴⁷ Con más detalle en, ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, cit., págs. 400 y ss y en SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...*, cit., pág. 424.

⁴⁸ Matizando que hablamos siempre de extinción, una cosa es pérdida y otra extinción. Aquélla, en palabras de CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, cit., págs. 80 y ss: “supone la desaparición relativa o meramente subjetiva, que tiene lugar por la separación del derecho de su actual titular, a la que puede seguir la adquisición por otro, ya sea derivativamente, ya originariamente”. Mientras que extinción supone “la desaparición absoluta del derecho, que deja de existir para el titular y para los demás”. En nuestro caso, la muerte, como “hecho involuntario o natural produce la extinción del derecho si éste es personalísimo, o la sucesión en otro caso”. Lo cierto es que a veces pueden coincidir, pero la mayoría de las ocasiones no.

⁴⁹ PUIG PEÑA, F., *Introducción al Derecho civil español común y foral*, Bosch, Barcelona, 1942, pág. 224.

⁵⁰ Como decía DE DIEGO, C., *Instituciones...cit.*, pág. 168: “la capacidad es atributo de la persona humana, por lo que si el hombre es el soporte de la personalidad jurídica es natural que ésta se extinga cuando aquel desaparece”.

⁵¹ BONNECASE, J., *Elementos del Derecho civil*, tomo I, Porrúa, México, 1945, págs. 237 y ss.

a través de las cuales se perdía la personalidad⁵². Por ejemplo en el Derecho griego, la *atimia* era causa de extinción de la personalidad, se privaba total o parcialmente de los derechos cívicos a quien se convertía en *átimos*. En Roma, la *capitis deminutio maxima*⁵³, significaba que el hombre libre se convertía en esclavo⁵⁴ por algunas de las causas previstas⁵⁵.

Posteriormente se consideraron otras causas de extinción de la personalidad como la muerte civil y la muerte del claustro. Históricamente las legislaciones distinguieron entre la muerte física de la persona y la llamada muerte civil, que constituía la pérdida de la capacidad civil de la persona viva, ésta se daba “en determinados casos, como podían ser la pérdida de la libertad, la profesión religiosa, la condena a muerte, a trabajos forzados a perpetuidad, la deportación u otros semejantes”⁵⁶. Esta muerte civil suponía que el condenado, entre otras cosas, perdía la propiedad de sus bienes, que pasaban a los herederos como si hubiera muerto de manera natural, no podía casarse, ni nombrarle tutor, etc.⁵⁷.

En el Derecho español se descartó pronto la muerte civil⁵⁸. Ésta era una institución que desapareció de las legislaciones modernas como causa de

⁵² Causas que en palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 336, “son contrarias a la más elemental dignidad humana, y en nuestro ordenamiento positivo, a la Constitución”.

⁵³ Cossío, recoge el planteamiento de Desserteaux que se conduce al rechazo de que la *capitis deminutio* conlleve una muerte civil, admite que son instituciones de una gran tradición pero que se han confundido entre sí, por lo defiende Desserteaux que la *capitis deminutio* se refiere solo a un hecho negativo pero que el nuevo concepto de muerte civil se ha ido introduciendo en la teoría de la *capitis deminutio*, con más detalle en, DE COSSÍO, A., “Evolución...”, *cit.* pág. 754.

⁵⁴ Apuntan ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J. A., *Derecho...*, *cit.*, pág. 81, que el prisionero de guerra no sufría una *capitis deminutio*, ya que por la *fictio legis Corneliae* y el *ius postliminii* se impedía, porque o bien se le consideraba muerto o de otra manera si regresaba en las condiciones indicadas para que se aplicara el *ius postliminii*, recobraba su situación jurídica anterior.

⁵⁵ Con detalle en ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J. A., *Derecho...cit.* págs. 59 y ss.

⁵⁶ PUIG BRUTAU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo 1, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 47.

⁵⁷ Con más detalle en GANGI, C., *Personae...*, *cit.*, pág. 34 y ss.

⁵⁸ Apunta DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 138, cita 1 y 2, que la muerte civil, no parece que tuviera arraigo en las costumbres. En relación a la muerte del claustro, sostiene De Castro que “no se consideró tampoco causa de verdadera pérdida de la personalidad civil”, añade que el religioso, después de la profesión, puede adquirir por sí, por su trabajo, donación, sucesión, en

extinción de la personalidad. Sin embargo, es importante destacar que se mantuvo de alguna manera, pero ya no como causa de extinción de la personalidad sino como causa restrictiva de la capacidad de obrar, como anteriormente vimos en la redacción originaria del artículo 32 del CC, la llamada interdicción civil⁵⁹. Ésta era una forma de suavización de la antigua muerte civil y mantiene su carácter de sanción penal⁶⁰ (artículos 32.2 y 228-230 CC), y algunos autores defendían esta interdicción civil, diferenciándola de la antigua muerte civil, que a su juicio comportaba grandes dificultades. Convenían que una de las maneras de limitar la capacidad de obrar era la pena. Ésta, sólo podía afectar a la capacidad de obrar, nunca la capacidad jurídica, ya que ésta última no puede despojarse del hombre, salvo con la muerte física⁶¹. Se reguló en el Derecho español, como pena accesoria para algunos delitos, hasta la LO 8/1983 de 25 de octubre, de reforma urgente y parcial del Código Penal. Por su parte, en materia civil, la interdicción civil como una especie de muerte civil limitada como anteriormente hemos visto, que suponía una modificación o incapacitación de la capacidad de obrar se reguló hasta la ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. Ley que modificó el artículo 32 del CC, eliminando la interdicción civil como causa de extinción de

capellanías, etc., por cualquier título, pero no adquiría para sí, adquiriendo inmediatamente para le monasterio, estando en una situación parecida a la del servidor y a la del hijo de familia; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículos 17 a 41 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 3, RDP, Madrid, 1993, pág. 810.

⁵⁹ Escribe CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 810, que “la figura histórica de la muerte civil, que era una privación completa de derechos, por consecuencia de una pena, desaparece desde el momento en que los Códigos penales la sustituyen por la interdicción civil”.

⁶⁰ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Artículos 1...”, *cit.*, pág. 824.

⁶¹ Señalaba SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...*, *cit.*, págs. 275 y ss, que una de las causas modificativas que priva temporalmente de la capacidad de obrar es la pena, y aclaraba que no era la antigua muerte civil que, debiendo su origen a la ficción legal de haber muerto el que la sufría, produjo muchas dificultades. Apunta que “la interdicción civil no pretende extinguir lo inextinguible, e inextinguible es la aptitud inherente a toda persona para ser sujeto en una relación de derecho”. La pena no puede afectar la capacidad civil, sólo sobre la capacidad de obrar, “privando temporalmente del poder de realizar actos jurídicos eficaces al penado”. Y matizaba que ya el Código penal de 1870 le da carta de naturaleza entre sus sanciones, determina su concepto y los casos en los que se va a aplicar. Resalta que la interdicción civil es de dos clases, la absoluta o propia, por regla general se aplica en los supuestos establecidos por el Código penal y la relativa o modificada, que es regla de excepción, priva sólo de ciertos derechos civiles.

la personalidad⁶², quedando el artículo con la redacción que hoy en día conocemos.

Por todo lo anterior la única causa de extinción de la personalidad que se admite y se reconoce⁶³ es la muerte física⁶⁴, a tenor de interpretación del artículo 32 CC. Hecho físico, que como escribe CARLOS MALUQUER, “es el determinante real de la desaparición de la persona como tal y que suele ser no voluntario, en cuanto es un acontecimiento generalmente no deseado, imprevisible y fuera del alcance del sujeto”⁶⁵.

En conclusión, subrayamos la doble vertiente de este artículo 32 del CC. Por un lado, existe un sentido negativo, es decir, no hay otra causa de la extinción de la personalidad civil que la muerte física de la persona; y por otro lado, un sentido positivo: la muerte produce la extinción de la personalidad⁶⁶. Sobre esto volveremos más adelante al analizar los efectos de la muerte.

Antes de determinar el momento, la prueba y los efectos jurídicos de la muerte, consideramos necesario detenernos en el concepto de personalidad civil y las características de los derechos de la personalidad para poder entender

⁶² Y por tanto, en palabras de SÁNCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 810, cita 1: “Desapareciendo todo vestigio de la llamada muerte civil”; CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona, el estado civil y el registro civil. Parte primera. La persona en general”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, vol. II, Civitas, 2003, págs. 77 y ss, cita 91.

⁶³ Así lo afirma DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 138 y ss, donde, además, añade que: “ni hay otro hecho que el de la muerte probada que determine el fin de la capacidad y la disolución del patrimonio personal”, por lo que considera el autor que la situación del desaparecido se tiene que regular de otra manera; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 810.

⁶⁴ Señalan PUIG BRUATU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 47, que: “en nuestro ordenamiento jurídico son sinónimas las expresiones muerte física y extinción de la personalidad”.

⁶⁵ MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 20.

⁶⁶ En concreto DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 146, distingue un sentido negativo y otro positivo del artículo 32 del C. C; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 810. El negativo, como matiza, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, págs. 335 y ss, para el caso de personas físicas, supone lo dicho anteriormente que no hay más causa de pérdida de pérdida de la personalidad que su fallecimiento; el positivo se refiere a que es el fallecimiento el que ocasiona la extinción de la personalidad;

mejor las consecuencias de la muerte ante la extinción de la personalidad civil, puesto que estos derechos dejarán de pertenecer a la persona al morir.

Si la persona es sujeto de derechos y obligaciones, y la personalidad jurídica es la aptitud necesaria para desplegar esa titularidad de derechos y obligaciones, es lógico determinar el nacimiento de la persona para fijar desde cuándo existen esos derechos y obligaciones.

El artículo 29 de nuestro Código Civil establece que *el nacimiento determina la personalidad*, por lo que se es persona desde el nacimiento⁶⁷. Para el Derecho, el nacimiento tiene lugar una vez que se produce el entero desprendimiento del seno materno. La única “condición” es la de nacer vivo⁶⁸. A partir de ese momento se adquiere la personalidad⁶⁹. Aún así, sin llegar a nacer, el Derecho concede protección al concebido para los efectos que le sean favorables, pero no se le reconoce personalidad a tenor del artículo 29 CC antes citado, tan sólo cuando nace vivo una vez que se ha producido el entero desprendimiento del seno materno. En ese momento el recién nacido tendrá la aptitud necesaria para ser titular de derechos y obligaciones. La personalidad nace con el hombre e inherente al mismo, nacen una serie de derechos⁷⁰ llamados de la personalidad.

En relación a los derechos de la personalidad, hoy en día, la mayoría de la doctrina utiliza la expresión derechos de la personalidad⁷¹ para denominarlos. Sin embargo, se han manejado distintas terminologías⁷².

⁶⁷ DIEZ-PICAZO, L., Y GULLON, A., *Sistema...*, cit., pág. 215.

⁶⁸ El actual art. 30 del CC, modificado por la Ley 20/2011, de 21 de julio, establece: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

⁶⁹ El art. 30 del CC, antes de la modificación por la Ley 20/2011, de 21 de julio, exigía unos requisitos previos para que se pudiera considerar nacido el feto. En concreto disponía: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

⁷⁰ Un amplio estudio en LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad Civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium S. A., 1ª edic., Madrid, 1988, págs. 26 y ss.

⁷¹ Matiza BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción jurídica de los derechos de la personalidad”, en *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*,

a) Entre ellas, una de las más usadas es la de *derechos de la personalidad* cuya denominación fue muy criticada por un sector doctrinal que sostenía que utilizar esta terminología, equivalía a mermar la protección ante cualquier lesión que degradara a la personalidad, debido a que tan sólo conoce un objeto o un bien: la persona. Este sector doctrinal también critica la denominación de los derechos de la personalidad, al entender que elaborar un *numerus clausus* de derechos de la personalidad, con el interés de evitar una multiplicidad de estos derechos, deja prácticamente sin protección algunos bienes merecedores de la misma. Por tanto, este sector doctrinal llega a la conclusión de que técnicamente deben ser denominados bienes de la personalidad por ser bienes no materiales⁷³ y no derechos de la personalidad⁷⁴.

b) Otro sector doctrinal prefiere denominarlos derechos esenciales o fundamentales de la persona⁷⁵.

c) Otros sectores doctrinales prefieren llamarlos derechos de estado, derechos personales, derechos individuales e incluso derechos de la propia persona⁷⁶.

Madrid, 1976, pág. 29, que el término correcto es “derechos de la personalidad” y no “los derechos de la personalidad”, aunque reconoce que este último se utiliza normalmente, en puridad considera que: “cerraría el círculo casuístico de los mismos, cuando la verdad es que aquella unidad es susceptible de los posibles fraccionamientos que cada momento histórico esté en condiciones de estimar con consistencia jurídica”.

⁷² A este respecto señalaba el brillante autor De Cupis que no puede hablarse de derecho a la personalidad, ya que este derecho corresponde a un momento pre-jurídico y “no es otra cosa que una instancia ética que se afirma ante el ordenamiento jurídico”, con detalle en, DE CUPIS, A., “La persona...”, *cit.*, pág. 866 y ss.

⁷³ DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, págs. 1261 y ss.; BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo S.A, Madrid, 1976, pág. 198 y ss.; MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho...*, *cit.*, pág. 30.

⁷⁴ Señala el Prof. LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 26, que la expresión “bienes de la personalidad” ha sido utilizada por nuestra doctrina, entre otros por el Prof. DE CASTRO, y subraya que éste autor afirma analizar la cuestión con ciertas vacilaciones y dudas.

⁷⁵ Escribía GANGI: “*E appunto perciò essi possono esattamente designarsi,...., come diritti essenziali o fondamentali della persona*”, GANGI C., *Persone...*, *cit.*, pág. 167. En la misma línea DE CUPIS, A., *I Diritti della personalità*, Giuffrè, Milano 1950, pág. 18 y ss.

⁷⁶ Un amplio estudio sobre los derechos de la personalidad, el problema de su denominación y construcción jurídica lo encontramos con más detalle en, BELTRÁN HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, págs. 19 y ss.

Sea cual fuere la denominación, en palabras de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, “(...) y si lo que se quiere indicar es que son derechos que afectan, en cuanto a finalidad, a la persona misma independientemente de sus acciones externas con respecto de bienes u objetos que no son la propia persona, no cabe duda que es mucho más gráfico, incisivo y preciso, que tiene el aval de la tradición y del uso por la doctrina dominante, el término que aquí se adopta de derechos de la personalidad. Todas las definiciones formuladas, vienen a coincidir en el fondo, aunque den mayor relieve a uno u otro de los elementos o puntos que integran la relación”. Es decir, a pesar de que un sector doctrinal dé más importancia a unos elementos y otro sector doctrinal a otros, ambos unos tienen la misma base⁷⁷.

Actualmente, como decimos, predomina la mencionada denominación derechos de la personalidad. El propio Código Civil en el artículo 162⁷⁸, reformado por la ley de 13 de mayo de 1981, en su apartado primero utiliza esta expresión de derechos de la personalidad. También se puede decir que la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982⁷⁹, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, consagra esta terminología⁸⁰ en su Exposición de Motivos al afirmar que: “Los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad (...)”. Esta denominación es mucho más gráfica, incisiva y precisa, y además goza del aval de la tradición y del uso de la misma por parte de la doctrina dominante⁸¹.

⁷⁷ BELTRÁN HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.* pág. 20 y ss.

⁷⁸ El artículo 162. 1 CC, en concreto dispone que: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

⁷⁹ Ya LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 26, pone de relieve la existencia de esta terminología tanto en el Código Civil, art. 162, como en la LO 1/1982. Y adelanta la importancia que comprende esta cuestión en concreto afirma que: “La cuestión, que en apariencia es meramente terminológica encierra sin embargo importantes connotaciones de fondo, En efecto, lo que se está discutiendo al emplear una u otra expresión es la naturaleza de la misma de los poderes a que nos referimos, si se trata de auténticos derechos subjetivos o meros efectos reflejos del Derecho Objetivo, posición sostenida por De Castro”.

⁸⁰ LACRUZ, J.L., *Elementos...*, *cit.* pág. 56.

⁸¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, págs. 20 y ss.

Por otro lado, se han escrito ríos de tinta sobre la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, si bien actualmente se considera que son derechos subjetivos⁸². La catalogación de estos derechos como subjetivos no ha sido pacífica para la doctrina.

1. Una tesis contraria a aceptar que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos se basaba en que no era necesario estimarlos como tales derechos subjetivos, ya que para protegerles era suficiente la protección penal. Esta tesis, claramente, no puede sostenerse porque no todos los ataques a los derechos de la personalidad provienen de la comisión de un delito⁸³, y admitir esta tesis supondría dejar sin protección a estos derechos cuando la lesión resulta de un ilícito civil.

2. Otra de las tesis que niega este carácter subjetivo de los derechos de la personalidad se basa en que admitir este carácter conlleva una confusión entre el sujeto del derecho y el objeto del mismo⁸⁴. Para intentar solucionar este problema se han elaborado múltiples soluciones⁸⁵.

a) Entre otras, las teorías que afirman que esta confusión entre sujeto y objeto nace al considerar que el objeto es la persona, y por tanto afirman que al ser los derechos de la personalidad inherentes a ésta lo que existe es un derecho sobre sí misma⁸⁶, donde la persona tiene facultad sobre ella, sobre su honor,

⁸² Señala LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 26 que “La doctrina moderna entiende que realmente responden al mecanismo funcional habitual y típico de los derechos subjetivos, aunque con ciertos matices”, y subraya dos sentencias, STC. de 14 de julio de 1981 y la STC. de 9 de diciembre de 1985 donde los consideran derechos subjetivos.

⁸³ En este sentido Lasarte afirma que: “la falsedad del argumento radica en creer que todas las conductas atentatorias contra los derechos de la personalidad tienen alcance o significación penal”, en LASARTE, C., *Principios...*, pág. 213.

⁸⁴ Como señala LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 27: “(...) la afirmación de una coincidencia entre sujeto y objeto ha dado lugar a no pocos problemas e incluso ha llevado a negar la existencia de los derechos de la personalidad como subjetivos”.

⁸⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.* págs. 15 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 330.

⁸⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos de la personalidad”, en *RGLJ*, julio-agosto, 1952, tomo XXIV, págs. 10.

fama, alma y bienes espirituales, poder que se denomina *facultas*⁸⁷. Esta teoría fue criticada al considerar que es imposible que la persona sea a la vez sujeto y objeto⁸⁸, y porque al ser derechos absolutos, que todos tienen que respetar, el mismo sujeto-objeto tiene a su vez por tanto el deber de abstención y el respeto sobre su propio derecho⁸⁹. También los críticos de esta teoría subrayan que se confunde entre el derecho subjetivo y las facultades⁹⁰.

b) Por otra parte, otra tesis contraria a la denominación de derechos subjetivos a los derechos de la personalidad es la que ofrece DE CASTRO. Como hemos visto anteriormente, habla de bien jurídico en lugar de derechos subjetivos⁹¹, ya que considera que los derechos de la personalidad no son auténticos derechos subjetivos⁹². Partiendo de la definición de derecho subjetivo argumenta que: “la vida, el cuerpo, el honor, están unidas a la persona desde el nacimiento hasta la muerte; mientras que todos los derechos de la esfera del tener han de ser ejercitados por el sujeto, que ha de demostrar su título, son poseídos, y, de algún modo, su atribución depende de la conducta del mismo sujeto”, concluyendo que: “el poder contenido en tales derechos no añade nada a lo debido al ser de la persona respecto a la vida, cuerpo y libertad”⁹³. Por otro

⁸⁷ BELTRÁN DE HEREDIA, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 59 y ss.

⁸⁸ Recoge Castán la contestación de Campogrande a esta afirmación, sosteniendo que la confusión entre sujeto y objeto no existe en la realidad: “El sujeto in *ius inse ipsum* es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona propia consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, bien sea física o moral (...) Como sujeto, el hombre obra con todas sus facultades, físicas y morales, indistintamente; como objeto funciona el hombre mismo, pero limitándose a una manifestación especial de su personalidad”. A pesar de estas aclaraciones opina Castán que esta doctrina cuenta con pocas simpatías, CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 16 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 331.

⁸⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 60.

⁹⁰ Con más detalle, DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, págs. 1248 y ss.

⁹¹ DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, págs. 1260 y ss.

⁹² Destaca la opinión de LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 28 a este respecto, afirma que: “Tal vez sea ir demasiado lejos negar la existencia de los derechos de la personalidad, dado que, como ya decíamos anteriormente, su mecanismo funcional responde al de tales derechos; pero lo cierto es que los argumentos del profesor De Castro parecen impecables, cuando niega la doctrina de los modos de ser de la persona (...) Todo ello no deja de llevarnos, en cierto modo a la que ha sido llamada posición escéptica de la materia, y que, como ha señalado de Ángel Yagüez, es un deseo en las más recientes formulaciones doctrinales de eludir la idea y la imagen del derecho subjetivo”.

⁹³ DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, pág. 1257.

lado, hay voces que consideran que derecho subjetivo y bien jurídico son compatibles y se complementan⁹⁴.

c) Otros autores, consideran que existen verdaderos derechos de la personalidad, pero que hay otros que sólo son meros derechos reflejos, difusos o limitados, eso sí, para unos y para otros existe un deber general de respeto⁹⁵. Así, algunos autores consideran que algunos bienes de la personalidad son derechos subjetivos, en cierta medida y en cierto modo, y que otros todavía no lo son o no está claro que lo sean; ahora bien, es necesario que todos se transformen en derechos subjetivos, ya que no hay obstáculo para ello⁹⁶.

d) Por otro lado, otros autores consideran que se puede realizar una construcción jurídica de los derechos de la personalidad sin necesidad de declarar la presencia de un concreto derecho subjetivo⁹⁷.

Ciertamente la distinción entre el sujeto y objeto del derecho subjetivo en materia de derechos de la personalidad es cuanto menos difícil⁹⁸. La denominación derechos de la personalidad, para muchos autores, ya indica que el objeto del derecho no es externo al sujeto, es la persona o ciertas facetas de la

⁹⁴ Destaca la opinión de DÍEZ DÍAZ, J., ¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?, en *RGLJ*, 1963, pág. 885, respecto de bien jurídico y derecho subjetivo, considera que “no se repelen, sino que, precisamente se complementan: los derechos subjetivos de la personalidad versan o recaen sobre toda esa gama de bienes jurídicos personales (...)”.

⁹⁵ En concreto Clavería Gosálvez afirma que lo que se pretende es que “el Derecho proteja tales intereses mediante el procedimiento consistente en la concesión de poderes jurídicos efectivos a la persona a la que pretende proteger”, en BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., “Los derechos de la personalidad”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, vol. II, Civitas, 2003, pág. 323.

⁹⁶ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, págs. 112 y 115.

⁹⁷ En concreto, PUIG BRUTAU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 68, llegan a la conclusión de que: “es posible una construcción jurídica de los derechos de la personalidad, como institución puesta al servicio de la persona para hacer valer su dignidad de tal, y sin que sea preciso afirmar la existencia de un concreto derecho subjetivo con respecto a cada uno de los atributos personales”.

⁹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 59; DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 328; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 58; LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad...*, *cit.*, págs. 27 y ss.

misma⁹⁹. Es decir, para estos autores el objeto de los derechos de la personalidad, claramente no es exterior, ahora que no tiene por qué ser exigencia forzosa para poder hablar y calificar los derechos de la personalidad como derechos subjetivos¹⁰⁰. Es más, la mayoría de la doctrina considera que sí son derechos subjetivos. Afirmación con la que estamos de acuerdo, ya que como impecablemente sostiene BELTRÁN DE HEREDIA: “Los derechos de la personalidad están conectados con la persona de la que traen causa y nombre, pero con carácter autónomo (...), el objeto de estos derechos de la personalidad, no es ya la propia persona, sino las cualidades, partes, bienes, intereses de la misma, que adquieren propia autonomía, como consecuencia de la protección autónoma y separada del ordenamiento jurídico (...) No son las cosas, ni los objetos en general lo que el Derecho aprecia, sino la relación necesidad-bien-interés que en torno a ellos existe (...) En cuanto éste interés es tutelado, por reputarse digno de protección y ésta efectivamente se concede, estaremos en presencia de auténticos derechos subjetivos”¹⁰¹.

Por tanto, en la medida en que estos intereses disfrutan de tutela jurídica, adquieren la categoría de derechos subjetivos¹⁰² al poder, su titular, hacer valer su protección¹⁰³. En cuanto se protege a la persona humana es un logro catalogar

⁹⁹ PUIG BRUTAU, J. Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 65. En este sentido, LaCruz señala que: “La persona, o la personalidad, no podría ser objeto de un derecho del que la persona es, necesariamente el sujeto”, en LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 58.

¹⁰⁰ En palabras de Díez-Picazo y Gullón: El objeto de los derechos de la personalidad no es externo, pero: “en ningún sitio dice el legislador que sea una exigencia ineludible para poder hablar de derecho subjetivo DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, págs. 328 y ss. De la misma manera cabe señalar las palabras de LaCruz, el cual afirma no ser un inconveniente que: “el objeto de estos derechos de la personalidad sea una manifestación de la persona titular del mismo”, ni debe confundirse con la idea de objeto en el Derecho patrimonial. Añadiendo al argumento que: “Los derechos de la personalidad se refieren a la propia entidad e integridad de la persona y a sus manifestaciones físicas y espirituales vistas desde una perspectiva distinta a la de persona en cuanto sujeto de derecho”, en LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 58.

¹⁰¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 53 y 73.

¹⁰² Por su parte, Ferrara, citado por Castán afirma: “la simple concurrencia de la protección pública en determinados bienes personales no es índice de la existencia de derecho subjetivo; pero esta existencia es evidente cuando esa tutela pública se individualiza a favor del particular o se deja a su arbitrio”, en CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 20 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, págs. 334 y ss

¹⁰³ En concreto afirma BELTRÁN DE HEREDIA, J., “Construcción...”, *cit.*, págs. 68 y ss: “en la medida en que estos intereses gocen de protección jurídica, es cuando adquieren la categoría de derecho subjetivo, puesto que es entonces cuando el titular goza de facultad o poder de hacer

los derechos de la personalidad como derechos subjetivos¹⁰⁴. Realmente no hay razones de peso para negar el carácter subjetivo de los derechos de la personalidad¹⁰⁵. En principio, si existe un elemento subjetivo, el titular; si existe un elemento objetivo, concretado en el interés del titular a los bienes inmateriales de su propia personalidad y si existe un contenido, integrado por la facultad de disfrutar de estos bienes, resulta clara la naturaleza de los derechos de la personalidad: se trata de auténticos derechos subjetivos¹⁰⁶. En definitiva a nuestro juicio, los derechos de la personalidad son derechos subjetivos que permiten a su titular reclamar el deber de respeto y acudir a la justicia para su defensa¹⁰⁷.

En cuanto a los caracteres de los derechos de la personalidad, la mayoría de la doctrina considera que los derechos de la personalidad tienen carácter esencial, que son inherentes a la persona y, por tanto son individuales, privados y absolutos. También tienen carácter extrapatrimonial, lo que conlleva a su vez¹⁰⁸ que sean intrasmisibles, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles e inexpropiables e inembargables¹⁰⁹.

1. La característica más importante de estos derechos es la esencialidad, ya que dichos derechos son la esencia de la personalidad, esenciales para la misma tal y como la conocemos. Como impecablemente afirma BELTRÁN DE HEREDIA Y

valer su interés en la dirección que indique su contenido y obtener la tutela en el caso de que fuese controvertido por los demás”.

¹⁰⁴ DÍEZ DÍAZ, J., *¿Derechos...? cit.*, pág. 886.

¹⁰⁵ En este sentido CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 20 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, págs. 334 y ss, sostiene que: “no hay razones decisivas para negar la existencia de la categoría jurídica constituida por los derechos subjetivos de la personalidad.

¹⁰⁶ GARCÍA AMIGO, M., *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, parte general, Madrid, 1979, pág. 303.

¹⁰⁷ LASARTE, C., *Principios...*, *cit.*, pág. 213, afirma que: “son derechos subjetivos en cuanto permiten a su titular reclamar el respeto general y, en caso de lesión, impetrar el auxilio de la justicia y la oportuna sanción del infractor LASARTE, C., *Principios...*, *cit.*, pág. 213.

¹⁰⁸ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Madrid, 2007, págs. 30 y ss.

¹⁰⁹ Éstas son las características comunes a estos derechos, ahora bien, no podemos olvidar que otros autores añaden más caracteres. Por ejemplo, BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 331 y ss añade características que a su juicio no han sido recogidas o excluye las que no siguen la mayoría de los autores, BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 331 y ss.

CASTAÑO: “DE todas las características de estos derechos, la primera y más importante es la esencialidad, con lo que se quiere significar que sin ellos quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada de valor real, inactuada en su plenitud. En otras palabras, constituyen la esencia de la misma, en el sentido estricto del término (...) No son simples atributos, notas o cualidades que rodeen o adornen la personalidad, sino que son necesarios a ella, aquello que no puede faltar sin que la personalidad deje de ser lo que es”¹¹⁰. Es decir, son derechos esenciales a la persona, y sin ellos no podría imaginarse a la misma en el ámbito social y jurídico.

Por el contrario, hay autores que consideran, a la hora de clasificar los derechos de la personalidad, que no es viable catalogar como característica común a estos derechos la esencialidad. Sostienen que la esencialidad no puede ser la característica común de los derechos de la personalidad. Si bien es cierto que la esencialidad es inherente, indudablemente, a algunos derechos de la personalidad, en cambio, no todos los derechos de la personalidad reconocidos como tales, son esenciales, como por ejemplo, afirman, el derecho a la imagen. Consideran que más bien los derechos de la personalidad se distinguen por su objeto y no por la nota de esencialidad que no es común, es decir, no se puede utilizar como común a todas¹¹¹. Opinión con la que no estamos de acuerdo. Ya que para nosotros la característica que define a los derechos de la personalidad es sobre todo la esencialidad, son derechos básicos.

Este carácter esencial, que pertenece a todo ser humano, es lo que lleva a considerar que los derechos de la personalidad son a su vez innatos y

¹¹⁰ Obra clave a este respecto es la realizada por BELTRÁN DE HEREDIA, J., “Construcción...”, *cit.*, págs. 89 y ss.

¹¹¹ En este sentido, destaca la opinión de ONDEI, E., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Editrice Torinese, 1965, págs. 236 y ss, este autor afirma que: “(...) en cuanto a la posibilidad de clasificar los derechos de la personalidad y definir su característica común, se ve que no se puede tomar como base el carácter de la esencialidad (...) Por lo que los derechos de la personalidad se distinguen no tanto por la esencialidad, que no son comunes a todos, sino por su objeto que está representado por un bien y un valor inherente a la unidad fisiopsíquica de la persona, no exteriorizado ni separado en una cosa, aun así eventualmente inmaterial, o que forme atributo de una cosa”.

originarios¹¹². En otras palabras, el Ordenamiento Jurídico reconoce a estos derechos por el hecho del nacimiento, sin necesidad de formalidad para su adquisición, y se extinguen con la muerte, por lo que al tener personalidad se atribuyen estos derechos¹¹³, y por eso son, en este sentido, derechos innatos u originarios¹¹⁴. Sin embargo, considerar que los derechos de la personalidad son esenciales y que por tanto a su vez son innatos no es una idea seguida unánimemente por la doctrina. Al contrario, un sector doctrinal considera que la relación entre derechos esenciales de la persona y derechos innatos no es absoluta, ya que hay algunos derechos, como por ejemplo el derecho moral de autor, que no son innatos. Estos autores consideran que el derecho moral de autor no nace por el hecho de ser persona, necesita que ésta realice la obra científica, artística o literaria, por lo que a pesar de ser esencial no puede ser innato¹¹⁵.

2. Otra característica de los derechos de la personalidad es que son derechos inherentes a la persona, estrechamente vinculados a ella, pertenecen a los hombres sin necesidad de requisitos o demás circunstancias, es decir, estos derechos están ligados al ser humano¹¹⁶, de ahí que se les llame personalísimos¹¹⁷. En este sentido, destaca la afirmación que realiza DE CUPIS

¹¹²GARCÍA AMIGO, M., *Instituciones...*, *cit.*, págs. 303 y ss.

¹¹³HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual...*, *cit.*, pág. 333.

¹¹⁴BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, págs. 89 y ss.

¹¹⁵Entre otros autores destaca la opinión de De Cupis: “*I diritti innati sono tutti diritti Della personalità; ma può darsi l'ipotesi di diritti i quali non sorgono in base al semplice presupposto della personalità, e che tuttavia, una volta sorti, acquistano carattere di esencialità (...)* L'essenzialità si presenta, in tali specie di diritti, come attenuata (...)”, DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 21; CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 21 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 336; PUIG BRUTAU, J. Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 69 y ss; LACRUZ, J.L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 59; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 30 y ss; por su parte, señala Bañeguil Espinosa que la doctrina del Tribunal Constitucional considera que el derecho moral de autor es esencial y de alcance universal, en BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 332.

¹¹⁶A este respecto, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 97, afirma que: “(...) son personales en el más estricto sentido del término, en lo que significa conexión o vinculación a la misma”; BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 333.

¹¹⁷Sin embargo, O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidación e imagen*, Madrid, 1991, págs. 160 y ss, no los concibe como totalmente personalísimos, a pesar de estar totalmente unidos con la persona, y apoya su argumento citando las palabras de Díez-Picazo: “la inadmisibilidad de la representación se da sólo en aquellos casos en que el carácter

sobre el objeto de estos derechos de la personalidad. Este autor considera que tienen una doble característica, se encuentra con la persona por un nexo estrecho, pudiendo decirse orgánico y se identifica con los bienes más elevados de la persona¹¹⁸.

Muchos autores consideran que en consecuencia de este carácter inherente de los derechos de la personalidad, se derivan otras características, como que son extrapatrimoniales, intransmisibles, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inexpropiables e inembargables¹¹⁹.

En cambio, consideramos como indica BELTRÁN DE HEREDIA, que este carácter inherente conlleva tan sólo a su vez tres caracteres: que son derechos, privados, absolutos e individuales¹²⁰.

a) Son derechos individuales, porque lo que se pretende proteger con ellos es un interés individual, y son reconocidos a favor de una persona individual¹²¹.

b) Son subjetivos privados, pertenecen a la persona, y por tanto garantizan a su titular el disfrute y protección, el goce de su propio ser, privativo y

personalísimo sea estricto y en los demás, puede admitirse un cierto marco de actuación de la representación, siempre que se trate de poderes especiales”; Por otra parte, LASARTE, C., *Principios...*, cit., pág. 210, considera que los derechos de la personalidad son personalísimos, pero no todos éstos son derechos de la personalidad poniendo el ejemplo de la patria potestad de los padres sobre los hijos, que es personalísimo pero no derecho de la personalidad.

¹¹⁸ En concreto: “*Tale oggetto presenta difetti una duplice caratteristica: 1) si trova colla persona in un nexo strettissimo, così da potersi dire organico; 2) si identifica, tra i beni suscettibili di signoria giuridica, con quelli più elevati*”, DE CUPIS, A., *I diritti...*, cit., págs. 22 y ss; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 59.

¹¹⁹ GARCÍA AMIGO, M., *Instituciones...*, cit., pág. 304; PUIG BRUTAU, J. Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 71 y ss; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual...*, cit., pág. 333; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., págs. 59 y ss.

¹²⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “*Construcción...*”, cit., págs. 98 y ss.

¹²¹ En concreto BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “*Construcción...*”, cit., pág. 98, afirma que: “son derechos individuales, porque lo es el interés que con ellos se protege. Pero, además, porque son reconocidos concreta y específicamente a favor de cada persona individualmente considerada, con el fin de asegurar ciertos bienes personales e individuales suyos, distintos de los de toda otra persona”.

personal, tanto físico como espiritual o moral, frente a intromisiones ajenas¹²². Se protege la persona en lo que es, no en lo que tiene¹²³. Sin perjuicio, de que en ciertos aspectos los derechos de la personalidad pueden ser clasificados de públicos¹²⁴.

c) También son derechos absolutos, o de exclusión, en el sentido que pueden oponerse *erga omnes*¹²⁵, tanto frente a particulares como frente al Estado o entes públicos¹²⁶, es decir, conllevan el deber de respeto a la persona y a sus atributos¹²⁷. Ahora bien, que se considere a los derechos de la personalidad como derechos absolutos no quiere decir que sean derechos ilimitados, ya que no son absolutos en cuanto al contenido, sino que se basan en el respeto a los derechos de los demás y en el respeto a la norma jurídica¹²⁸. En este sentido, cabe destacar la Exposición de Motivos de la LO 1/1982, la cual dispone que

¹²² DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 27; CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 22; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, págs. 336 y ss; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, págs. 98 y ss; PUIG BRUTAU, J. Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 70.

¹²³ En este sentido BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 99, subraya que el primero en hacer esta distinción entre el ser y el tener fue Ihering, este último afirma que: “La persona debe ser tutelada no sólo en cuanto a las utilidades y bienes externos a su personalidad, sino también y con carácter preferente en cuanto es, o sea, en las facultades inseparables de la naturaleza humana que constituyen la razón y fundamento de su existencia y del desarrollo de su actividad para poder alcanzar los fines esenciales de la vida”.

¹²⁴ Así, DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 27 matiza que: “*Non è esclusa, tuttavia, l'esistenza di diritti pubblici della personalità. Anzi, la dottrina giuspubblicistica senz'altro classifica tra i diritti soggettivi pubblici taluni diritti della personalità; e tra questi annovera, particolarmente, i così detti diritti di libertà civile*”. Recogen este planteamiento, CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 22; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 336; PUIG BRUTAU, J. Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 70.

¹²⁵ Entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 22; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 337; PUIG BRUTAU, J. Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 70; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual...*, *cit.*, pág. 333; BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., *Los derechos...*, *cit.*, pág. 332 y ss; DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 329.

¹²⁶ PUIG BRUTAU, J. Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 70; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual...*, *cit.*, pág. 333.

¹²⁷ A este respecto es interesante la reflexión que realizan DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 329, los cuáles afirman que “se puede discutir en el ámbito de la filosofía del Derecho si ese deber de respeto es previo a la existencia del derecho subjetivo o bien si ocurre a la inversa, pero es previa la constancia de que todos tienen deber de respetar la personalidad ajena y sus atributos”.

¹²⁸ En este sentido Castán afirma que: “no son absolutos en cuanto a su contenido, pues están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común”, en CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 22; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 337; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 59.

“(…) los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse absolutamente limitados. En primer lugar, los imperativos del orden público pueden hacer que por ley se autorice expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas. De otro lado, tampoco tendrán ese carácter las consentidas por el propio interesado, 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”. Por último, que estos derechos se consideren absolutos supone también que el beneficio obtenido de una lesión a alguno de los derechos de la personalidad se va a considerar un enriquecimiento injusto y por tanto conllevará la correspondiente obligación de resarcimiento¹²⁹.

3. Otro carácter es la extrapatrimonialidad. Los derechos de la personalidad no son susceptibles de valoración económica, ya que precisamente al ser inherentes a la persona y al referirse a aspectos tan personales de la misma, no pueden estar en el tráfico jurídico y por tanto no pueden valorarse económicamente¹³⁰. Pero esto no significa que la lesión a los derechos de la personalidad no pueda tener una compensación económica por los daños morales que produzca tal lesión¹³¹.

Por otro lado, su lesión no siempre va a afectar al aspecto moral de estos derechos, también puede dar lugar a consecuencias patrimoniales, y eso por que hay derechos personales, como la imagen, o como la intimidad, que tienen una vertiente patrimonial que también se puede ver dañada, como por ejemplo la eventual comercialización de la imagen de una persona, etc.¹³². Y ante una

¹²⁹ DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 329.

¹³⁰ En palabras de LÓPEZ JACOISE, J. J., “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, en *ADC.*, 1986, pág. 1068: “se refieren a sentimientos y atributos humanos que están fuera del tráfico y no son susceptibles de valoración en dinero; se les considera indisolublemente unidos a la condición del ser humano”.

¹³¹ GARCÍA AMIGO, M., *Instituciones...*, *cit.*, pág. 304.

¹³² Es de destacar la afirmación de Cabezuelo Arenas, respecto a esto: “la nota de patrimonialidad, lógicamente, está presente en el hecho de que la prestación del consentimiento

lesión, la forma normal de reparación, aunque no es la única como ya se verá, es la imposición al infractor del deber de satisfacer la correspondiente indemnización para reparar el daño causado¹³³.

Luego, esta extrapatrimonialidad de los derechos de la personalidad debe ser matizada, ya que en cierta manera, como veremos más adelante, estos derechos anteriormente citados, son “comerciables” y tienen una vertiente patrimonial indiscutible¹³⁴. Sobre esto volveremos más adelante. De esta última consecuencia de extrapatrimonialidad¹³⁵ se deriva, a su vez que:

a) Los derechos de la personalidad tienen carácter intransmisible. Son derechos inseparables a la persona y por tanto no se pueden transmitir ni mediante actos *inter vivos* ni *mortis causa*¹³⁶. A este respecto, DE CUPIS vincula este carácter intransmisible de los derechos de la personalidad con el carácter inherente de los mismos afirmando que: “el objeto se identifica con los bienes

esté mediatizada por el ánimo de lucro o, más exactamente, se halla en función de la aptitud que presente el uso que se consiente para generar ganancias, independientemente de que le titular del derecho decida participar en ellas o, por el contrario, renuncie generosamente a las mismas a favor de otros”, CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen”, en *La Ley*, 1999-1, pág. 1582.

¹³³ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 22; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 337; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 101; PUIG BRUTAU, J. Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 71; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual...*, *cit.*, pág. 333, LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 59 y ss.

¹³⁴ En este sentido, YSÁS SOLANES, M., “La protección a la memoria del fallecido en la L.O 1/82”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, 1988, pág. 803 afirma que: “estos derechos en parte son comercializables y pueden tener un importante contenido patrimonial, por lo que distingue entre derechos de la personalidad en sentido estricto, y derechos patrimoniales derivados de ciertos aspectos de los derechos de la personalidad, con caracteres algo parecidos al derecho de propiedad”. También con detalle en GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y a la propia imagen y su trascendencia jurídica”, en *Libro Homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pág. 1874.

¹³⁵ Sostiene BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 102 y ss, que de la nota de extrapatrimonialidad “derivan unos requisitos que contribuyen a precisar la distinción de los derechos de la personalidad frente a los demás derechos subjetivos, siendo estos requisitos: son indisponibles (como consecuencia de esto también intransmisibles), irrenunciables, inexpropiables e inembargables y finalmente imprescritibles”.

¹³⁶ En palabras de Beltrán de Heredia y Castaño estos derechos no se pueden transmitir: “ni por actos *inter vida* ni *mortis causa*, es consustancial a su naturaleza, porque estos derechos constituyen modos o maneras del ser de la persona, de la que son inseparables (...)”, en BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 103.

más elevados de la persona, situados, respecto de esta, en un nexo que puede decirse de naturaleza orgánica (...). Este nexo orgánico supone la inseparabilidad del objeto con el sujeto originario: la vida e integridad física, la libertad, el honor, etc., de Ticio no pueden llegar a ser bienes de Cayo por una imposibilidad que radica en la naturaleza de las cosas”.¹³⁷

En el caso de los menores, la actuación de los padres o tutores no tiene nada que ver con este carácter intransmisible de los derechos de la personalidad. Dicha actuación no perjudicaría el carácter personal de estos derechos, ya que simplemente son los responsables de defenderlos¹³⁸. La propia LO 1/1982, en los artículos 3. 1 y 3. 2¹³⁹ dispone que en el caso de no tener los menores la suficiente madurez para prestar el consentimiento expreso a una intromisión ilegítima en el ámbito protegido, serán los representantes legales del menor los que, mediante escrito y previo conocimiento del Ministerio Fiscal den ese consentimiento. Ahora bien, estos representantes legales deben actuar como garantes del interés el menor y el Ministerio Fiscal debe intervenir de oficio y velar por este interés, ya que en muchas ocasiones la lesión a los derechos al honor, intimidad e imagen de los menores surgen del consentimiento emitido por los representantes legales¹⁴⁰

b) El carácter indisponible de los derechos de la personalidad, obvio si tenemos en cuenta el carácter intransmisible de estos derechos¹⁴¹. Los derechos

¹³⁷ DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 43.

¹³⁸ BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 333.

¹³⁹ Artículo 3.1 LO 1/1982: “El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”.

Artículo 3. 2. LO 1/1982: “En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiese, resolverá el juez”.

¹⁴⁰ Con detalle en, MACÍAS CASTILLO, A., “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, en *DLL*, núm. 6913, 2008, pág. 3.

¹⁴¹ En palabras de BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 334: “No se puede libremente comerciar o transmitir o renunciar a estos derechos”. LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 60.

de la personalidad en cuanto que son intrasmisibles, son también indisponibles¹⁴².

Sin perjuicio de su posible disponibilidad parcial y limitada¹⁴³, no se excluye la plena titularidad de estos derechos¹⁴⁴. Esto es por ejemplo, como sucede con la posibilidad de prestar el consentimiento expreso “para la utilización de la propia imagen o renuncia a la intimidad; o cuando la propia ley permite y regula la cesión de ciertos órganos del cuerpo humano, aunque sea limitada o condicionalmente”¹⁴⁵.

c) El carácter irrenunciable de los derechos de la personalidad, relacionado con la nota anterior y también contemplado en la L. O. 1/82 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. En su artículo 1º, párrafo 3º considera que: “El Derecho al Honor, Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen es irrenunciable (...) La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta Ley”. Para poder renunciar a los derechos reconocidos en las leyes, según el artículo 6. 2 del CC., esta renuncia sólo será válida cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros.

Los derechos de la personalidad son irrenunciables al igual que intransmisibles, en virtud de su carácter de esencialidad¹⁴⁶. La ausencia de la facultad de disposición, respecto de los derechos de la personalidad, se integra

¹⁴² DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 45.

¹⁴³ A este respecto consideraba BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 103 y ss, que bajo la regla de intransmisibilidad, como consecuencia de la indisponibilidad, existían excepciones, entendiéndolos que más bien se trata de excepciones a la idea de indisponibilidad. Escribía Beltrán de Heredia: “La vida moderna nos muestra casos que constituyen excepción (...), puede observarse en los trasplantes de órganos o partes del cuerpo humano, son permitidos por el ordenamiento por razones de interés público, con los límites que el mismo establece (...) No se incluye el acto dispositivo sobre el propio cadáver”.

¹⁴⁴ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 60.

¹⁴⁵ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 60.

¹⁴⁶ DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 46.

por la carencia de la facultad de renuncia¹⁴⁷. Si bien, como hemos visto en el artículo 1. 3 de la LO 1/1982, se permite la autorización o el consentimiento expreso al que se refiere el artículo 2 de la citada Ley, parece claro que la renuncia a estos derechos, fuera de estos casos, sería nula. Cabe plantearse la pregunta de quién es el que da el consentimiento en el caso de un fallecido. Sobre esto incidiremos más adelante. Por lo que son irrenunciables, ya que la posible renuncia atentaría contra el orden público¹⁴⁸.

Este carácter irrenunciable lo podemos ver en otros Ordenamientos Jurídicos, como por ejemplo en el Código Civil suizo en el artículo 27, dispone que nadie puede, ni siquiera parcialmente, renunciar al goce o al ejercicio de los derechos civiles. Nadie puede enajenar su libertad ni prohibir su uso de modo contrario a las leyes ni a las costumbres. De la misma manera lo podemos ver en el Código Civil portugués, en el artículo 81, en relación a su vez con el artículo 69 y 66¹⁴⁹.

d) El carácter imprescriptible de los derechos de la personalidad, debido a la característica de inherencia¹⁵⁰. Estos derechos nunca prescriben por no usarlos, se disfruta de ellos continuamente¹⁵¹. Por otro lado, el artículo 1936 CC determina que son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres, por lo que queda fuera del comercio los atributos fundamentales de la persona, al igual que la propia persona¹⁵². Ahora bien, en

¹⁴⁷ DE CUPIS, A., *I diritti...* cit., pág. 47.

¹⁴⁸ En palabras de MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho...*, cit., pág. 31, esto: “lo que supone atentar contra los principios generales del derecho imperativo”.

¹⁴⁹ Con más detalle, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, cit., págs. 107 y ss.

¹⁵⁰ En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...” cit., pág. 109, afirma que debido a la característica de la inherencia: “típica de estos derechos, es imposible pensar respecto de ellos en la aplicación del mecanismo de la prescripción extintiva (...), ésta produce la extinción de los derechos subjetivos sin intervención directa de la voluntad de su titular”.

¹⁵¹ En palabras de LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 60: “no tienen un plazo de ejercicio determinado; su goce, es continuo mientras no hay agresión o intromisión ilegítima”.

¹⁵² A este respecto BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, cit., pág. 109, sostiene que: “sería absurdo pensar que pudieran prescribir derechos que, como la vida, la integridad física o moral, la libertad, forman parte esencial de la personalidad; equivaldría a la prescripción y extinción de la persona misma”; PUIG BRUTAU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 72.

caso de intromisión, las acciones no prescriben de la misma manera que en el caso de los derechos patrimoniales, pero es de destacar que en algunos casos sí hay plazo de caducidad¹⁵³. Es el caso del artículo 9º, párrafo 5º de la Ley 1/ 82 de 5 de mayo de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que dispone que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

e) El carácter inexpropiable e inembargable de los derechos de la personalidad, debido a que son extramatrimoniales e intransmisibles¹⁵⁴. Inexpropiables ya que los derechos de la personalidad son, por lógica, incompatibles con la expropiación forzosa, no se puede expropiar una facultad inexistente¹⁵⁵. Son inembargables fundamentalmente por la falta de patrimonialidad, a parte, claro está, de la carencia de las facultades de disponer y de transmitir, dada la esencia del embargo, que supone impedir la disposición del deudor de sus cosas y derechos¹⁵⁶.

1.1.1. Momento de la muerte. Comoriencia y Premoriencia.

El CC no determina ni los requisitos ni el momento de la muerte¹⁵⁷, hecho biológico importante pues desde el momento de la misma desaparece el sujeto, y supone el punto y seguido a una serie de efectos que nacen tras este hecho. Por ello, es necesario e importante fijar el momento de la muerte¹⁵⁸, ya que, entre

¹⁵³ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 60.

¹⁵⁴ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 108; PUIG BRUTAU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 71; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 60.

¹⁵⁵ Cabe mencionar el argumento de Emilio Ondeí, “los derechos de la personalidad no son expropiables, y eso por el hecho de ser intransmisibles, siendo la expropiación una transmisión forzada, ope legis, del bien que es objeto de derecho”, en ONDEI, E., *Le persone...*, *cit.*, pág. 241.

¹⁵⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 108 y ss.

¹⁵⁷ Esta abstención del CC de fijar con carácter general los requisitos y momento de la muerte, para LETE DEL RIO, J. M., *Derecho...*, *cit.*, pág. 46, constituye un irrefutable acierto.

¹⁵⁸ Decía DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 139, que en relación con la muerte, al Derecho le interesan dos extremos: la prueba del hecho de la muerte de la persona y por la gran importancia práctica, fijar el momento de la muerte. A lo que añade: “de ahí la regulación cuidadosa de los

otros aspectos, afecta a la figura objeto de nuestro estudio, es decir, a la *memoria defuncti*. Como veremos, esa memoria del difunto “vive” en los designados en el testamento, en familiares o, en último término, en el Ministerio Fiscal, (artículo 4 LO 1/1982). Todos tienen legitimación para defender esta figura cuando sufra alguna ofensa. Por esto, reiteramos la importancia de determinar el momento en que se produce la muerte, porque como se ha dicho, tiene consecuencias. Por ejemplo, en el caso de la *memoria defuncti*, pueden producirse los siguientes problemas de legitimación:

a) Cuando se produce una lesión al derecho al honor, a la intimidad o imagen de una persona y esta fallece sin llegar a interponer las acciones previstas para su defensa en la LO 1/1982¹⁵⁹, por sí o por su representante legal (artículo 6.1 LO 1/1982), bien porque estaba consciente pero muy grave como para ejercitarlas¹⁶⁰, o bien porque murió sin saber que su honor, intimidad o imagen fueron objeto de alguna intromisión. El daño, como veremos, es a un derecho de la personalidad, no a la memoria del fallecido. Y como señala ALONSO PÉREZ, “la lesión se hizo a un derecho subjetivo, que la muerte extinguió sin posibilidad de transmitirse a familiares o herederos. Sobreviven, eso sí, el contenido patrimonial del derecho del dañado y por supuesto la acción”¹⁶¹. El problema es determinar si el difunto pudo o no actuar. Si no pudo actuar, las personas legitimadas por el artículo 4 LO 1/1982 podrán defender ese derecho al honor, intimidad o imagen lesionado en vida, eso sí, los legitimados tienen que demostrar que el fallecido no tuvo posibilidad de defenderse¹⁶².

asientos de fallecimiento y la importancia de las llamadas cuestiones de premoriencia y comoriencia”. También DE DIEGO, C., *Instituciones...*, *cit.*, pág. 169, afirmaba que dada la trascendencia de la muerte, el Derecho tiene que fijar el hecho de la muerte y el momento de la misma.

¹⁵⁹ Un amplio estudio en HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido”, *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2008, págs. 125 y ss.

¹⁶⁰ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 814.

¹⁶¹ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 25.

¹⁶² En palabras del Prof. Alonso Pérez: “(...) sólo pueden hacerlo si prueban que al difunto le fue imposible defenderse judicialmente en vida”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 25.

Ahora bien, si el difunto conociendo la ofensa pudo actuar y no lo hizo, las personas designadas por el artículo 4 no podrán hacerlo¹⁶³.

b) Por otro lado, puede que muera después de haber interpuesto la acción, y en este caso, queda reflejada la intención del legislador de romper con el sistema hereditario, porque son los designados en el artículo 4 LO 1/1982 los que suceden en el ejercicio de la acción¹⁶⁴ y no los herederos. Y si la ofensa es posterior a la muerte, se sigue el mecanismo anteriormente indicado. En caso de muerte simultánea, por ejemplo que muera el causante y designado testamentario, pasan a defenderla los del artículo 4.2 LO 1/1982, es decir, pasan a defenderla el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Por lo que es importante determinar el momento de la muerte.

Estamos ante una cuestión problemática, porque como hemos comentado anteriormente, los efectos jurídicos de la muerte dependen del momento en que se origina ésta, por lo que es obvio que al Derecho le interese saber con exactitud el instante en que se produce¹⁶⁵. Para solucionar el problema debemos acudir a la ciencia médica¹⁶⁶, es decir, el Derecho se debe ayudar de ésta para precisar el momento de la muerte. De esta manera, será necesario el informe del médico que declare producido el fallecimiento¹⁶⁷, ya que, como es lógico, es tarea de la medicina dictaminar el momento de la muerte física de una persona, que luego evidentemente generará consecuencias jurídicas, pero no es algo que

¹⁶³ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 815.

¹⁶⁴ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 26.

¹⁶⁵ Afirma RESCIGNO, P., “La fine della vita umana”, en *Revista di diritto civile*, num. VI, Cedam-Padova, 1982, pág. 641, que para el jurista, el problema más importante, es el de establecer el momento de la muerte con suficiente seguridad. Y que si bien, en un principio la doctrina tradicional, acudía al derecho sucesorio para resolver la determinación del momento de muerte, hoy en día, tenemos que acudir a preguntar sobre esta cuestión del momento de la muerte al ámbito de los transplantes.

¹⁶⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Derecho...*, *cit.*, pág. 168; PUIG BRUTAU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 48 y ss.; MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, págs. 336 y ss.; DIEZ PICAZO, L Y GULLON, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 307.

¹⁶⁷ En este sentido subrayaba DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 139, que para la fijación del momento exacto de la muerte era: “insustituible el dictamen del facultativo”.

el Derecho pueda establecer propiamente hablando¹⁶⁸. No cabe duda de que es la solución más razonable para determinar el momento de la muerte. Por tanto, debemos acudir a la Ley sobre trasplantes de órganos¹⁶⁹, ya que es ésta la que especifica las reglas para fijar la muerte de una persona¹⁷⁰.

Pero la medicina no siempre ha tenido los mismos criterios para determinar el momento del óbito. Es decir, la ciencia médica ha avanzado¹⁷¹, pues si durante mucho tiempo se identificaba la muerte con el cese de actividad del corazón¹⁷², hoy en día la muerte se relaciona con la ausencia de actividad cerebral o con el cese de actividad cardiorrespiratoria¹⁷³.

¹⁶⁸ En esta dirección afirma MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 337, que no es un asunto rigurosamente jurídico, considera que serán los especialistas los que determinaran con criterios médicos, el momento de la muerte de una persona.

¹⁶⁹ Advierten PUIG BRUTAU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...cit.*, pág. 49, que acudir a esta vía es lo más adecuado: “aún admitiendo que ello comporta un margen de inseguridades, agravadas actualmente por la incidencia que en este punto puede tener la problemática referente al trasplante de órganos humanos”.

¹⁷⁰ En este sentido afirma CABANILLAS SANCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 812, que: “la normativa sobre extracción de órganos a efectos de trasplantes establece criterios para determinar cuándo se ha producido la muerte de la persona”, por lo que señala que este es el motivo por el que la doctrina alude a esta normativa para fijar el criterio legal que ayuda a determinar el momento del óbito.

¹⁷¹ Destaca el pormenorizado estudio del Prof. LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad...cit.*, págs. 250 y ss, sobre el avance de la ciencia médica. Señala que: “El veloz desarrollo de la medicina actual no es absoluto ajeno al de otras ciencias, que han permitido tanto el empleo de técnicas curativas y de investigación absolutamente revolucionarias, como el planteamiento de nuevos y sofisticados enfoques de la sanidad (...)”, y subraya que: “(...) si tradicionalmente la Medicina centraba su atención primordial en la actividad curativa, a través el diagnóstico y el tratamiento, en los últimos tiempos han cobrado especial relevancia, tanto la fase previa a la enfermedad, dando lugar a la medicina preventiva, como la posterior a aquélla, objeto de la medicina rehabilitadora y de reinserción social”.

¹⁷² Apuntaba el DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 139, que se entiende el momento de la muerte de una persona “aquel en que cesó de latirle el corazón de modo definitivo, lo que sucede antes de que se presenten señales claras de descomposición”. Y puntualiza la distinción entre el hecho de la muerte en si y la fijación del momento concreto del fallecimiento, “mientras que el hecho de si alguien ha muerto puede ser afirmado por por simples testigos con la suficiente certidumbre, la fijación del momento exacto del fallecimiento no puede serlo, y cuando se necesite fijarlo con exactitud, será insustituible el dictamen facultativo”.

¹⁷³ Indica CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 93, que ha sido reciente en nuestro Derecho una regulación específica al respecto y cita a Hualde Sanchez con su observación de la falta de intervención legislativa para establecer los criterios para fijar el momento de la muerte. Y considera que ésta se ha producido por el progreso de la medicina en materia de trasplantes de órganos.

En efecto, en la legislación vigente sobre trasplantes de órganos¹⁷⁴, en concreto en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, y en el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos¹⁷⁵, que derogó el viejo RD 426/1980, de 22 de febrero, se ordena la constatación y concurrencia de determinadas circunstancias que darán como resultado el dictamen del momento de la muerte. Estas condiciones son: la ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia y la ausencia de respiración espontánea. Es decir, autorizan la extracción de órganos de personas ya fallecidas, siempre que se confirmen las circunstancias anteriormente citadas¹⁷⁶. En concreto el artículo 3.3 del RD 2070/1999, de 30 de diciembre establece qué se entiende por donante fallecido: “Se considera donante fallecido a aquella persona difunta de la que se pretende extraer órganos, que, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 10 del presente Real Decreto, no hubiera dejado constancia expresa de su oposición”. Y por su parte el artículo 10.2 de dicho RD, dispone que: “La extracción de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previa comprobación y certificación de la muerte realizadas en la forma, con los requisitos y por profesionales cualificados, con arreglo a lo establecido en este Real Decreto y teniendo en cuenta los protocolos incluidos en el anexo I del presente Real Decreto, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada. Los citados profesionales deberán ser médicos con cualificación o especialización adecuadas para esta finalidad, distintos de aquellos médicos que hayan de intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de éstos. La muerte del individuo podrá

¹⁷⁴ Subraya LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., págs. 375 y ss, que hasta la Ley de 27 de octubre de 1979 los trasplantes de órganos de donante vivo no fueron regulados, mientras que, por el contrario, los trasplantes de órganos procedentes de donante fallecido sí fueron objeto de regulación anterior por la Ley de 18 de diciembre de 1950. Destaca que debido a los inconvenientes de dicha Ley y la necesidad de regular los trasplantes de órganos de donante vivo, surge la Ley de 27 de octubre de 1979 que deroga a la precedente.

¹⁷⁵ Con más detalle y ampliamente desarrollado la regulación sobre trasplante de órganos en, CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., “La persona...”, cit., págs. 94 y ss.

¹⁷⁶ GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987; DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., pág. 341; LACRUZ, J.L., *Elementos...*, cit., págs. 21, 72 y ss.

certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o el cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora del fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte”. Estos criterios han quedado anticuados gracias a los avances de la biomedicina en el campo del diagnóstico del fallecimiento¹⁷⁷.

Por razones evidentes, el conocimiento del momento de la muerte es vital en el campo de los trasplantes de órganos: se espera a la muerte para extraer los órganos vitales del ya cadáver y practicar el trasplante, por lo que es decisivo que se realice la operación rápidamente para evitar los daños por la falta del riego sanguíneo¹⁷⁸. Pero es más evidente que la fijación del momento de la muerte reviste tal relevancia jurídica que esta normativa trasciende al mundo de los trasplantes, para ser aplicada a cualquier relación jurídica que dependa de la determinación del momento de la muerte¹⁷⁹. Un ejemplo de esto sería el problema de la eficacia de los negocios condicionados a la muerte de una persona, la regla *momentum mortis vitae tribuitur*¹⁸⁰, (el momento de la muerte ha de contarse como de vida). Esta es una cuestión antigua que trata de esclarecer si es eficaz que sea la muerte de una persona la condición o momento para que adquiera un derecho¹⁸¹.

¹⁷⁷ Con más detalle y argumentos en relación a la insuficiencia de estas normas en, MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, págs. 339 y ss.

¹⁷⁸ Es de esta opinión MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, págs. 338 y ss, este autor sostiene que: “la finalidad de tales intervenciones legislativas es la de lograr el difícil equilibrio entre la seguridad del fallecimiento del eventual donante, y la precocidad del diagnóstico de muerte, que permita una rápida extracción de órganos, a fin de que su vitalidad y funcionalidad no se resientan”; LA CRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 20.

¹⁷⁹ CASTIELLA RODRIGUEZ, J. J., “La persona...”*cit.*, pág. 93.

¹⁸⁰ Regla que si bien sostiene DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 144, “ha tenido una amplia difusión y se utiliza para resolver los problemas sobre la eficacia de los negocios jurídicos condicionados a la muerte de una persona, sin embargo considera que no ofrece un canon lógico seguro y por su propia naturaleza no es adecuada como criterio jurídico”.

¹⁸¹ Sostenía el Prof. DE CASTRO F., *Derecho...*, *cit.*, págs. 144 y ss que: “el momento de morir no pertenece a la muerte ni a la vida, pues tiene naturaleza repentina o instantánea, ya que morir es un tránsito y el momento de la muerte un límite que no pertenece a ninguno de los ámbitos que delimita”. Sin embargo, da razones por las cuales se puede considerar que morir pertenece a la vida, ya que si el morir se puede afirmar como fin de la vida, pertenece aun a ésta, a lo que da otras razones por las que pertenece a la muerte, que el muerto al no vivir, ya pertenece (entonces) a la muerte. Sea una cosa u otra, llegaba a la conclusión de que al Derecho lo que le importa realmente “es si puede ser eficaz y como se podría interpretar una disposición por la que se asigna un derecho bajo condición suspensiva negativa”. En esta línea afirma

Es importante destacar que la fijación del momento de la muerte presenta complicaciones cuando fallecen a la vez dos o más personas unidas jurídicamente¹⁸², es decir, resolver quien murió primero se precisa fundamental para la transmisión de derechos. O lo que es lo mismo, el hecho de que una persona muera antes que otra o simultáneamente, es decisivo en todos los casos en que la supervivencia es supuesto de la transmisión de derechos¹⁸³. Como, en nuestro caso, a la hora de defender la *memoria defuncti*. En torno a este problema destaca la opinión que ofrecía el profesor DE CASTRO: consideraba que el problema podía resolverse de distintas maneras: “(1) Que haya prueba de la supervivencia, en cuyo caso no hay ninguna dificultad; (2) Que haya prueba de la simultaneidad de los fallecimientos, en cuyo caso habrá que decidir si ha de haber o no transmisión de bienes, admitiendo una presunción de comoriencia o aplicando la regla de ser necesaria la supervivencia para la transmisión; (3) Resultar que se carece de prueba convincente o decisiva de uno y otro hecho, en cuyo caso la dificultad podría resolverse mediante la aplicación estricta de la carga de la prueba, o bien creando unas presunciones de premoriencia o comoriencia”. A lo que añade que: “el legislador ha resuelto estas cuestiones con el artículo 33 del Código Civil”¹⁸⁴.

Está claro que el primer camino para solventar este problema lo tenemos de la mano de la medicina, según lo visto anteriormente. Ahora bien, no siempre es fácil determinar el momento del fallecimiento de cada persona, ya que en determinados casos la muerte se produce en tales circunstancias que se

LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 21, que: “el momento mismo de la muerte no tiene entidad temporal, lo que no impide que, puesto el fallecimiento de una persona como condición o momento de la adquisición de un derecho por ella, como en los casos de condición suspensiva negativa a observar durante la vida del atributario, se entienda, por interpretación de voluntad, que la adquisición ocurre al morir: tal es el significado de la máxima “*momentum mortis vitae tribuitur*”.

¹⁸² Decimos jurídicamente porque como veremos más adelante este artículo no se aplica solamente en cuando mueren simultáneamente dos o mas personas llamadas a sucederse sino que abarca también todos aquellos casos donde la determinación de la muerte de uno sobre es otro es básica para adquirir algún derecho.

¹⁸³ DE CASTRO, F., *Derecho...*, cit., pág. 139 y ss.

¹⁸⁴ DE CASTRO, F., *Derecho...*, cit., pág. 139 y ss. ; CABANILLAS SANCHEZ, A., “Artículos...”, cit., pág. 817.

hace imposible para la ciencia determinar el orden de las mismas. Por lo que, un segundo camino lo tiene que ofrecer el Derecho para esclarecer quién sucede a quien en el caso de fallecer dos o más personas unidas jurídicamente¹⁸⁵. Lo que nos lleva para solucionarlo a las reglas de premoriencia y de comoriencia¹⁸⁶. Es decir, el problema surge cuando varias personas unidas jurídicamente fallecen sin poder determinar científicamente cuál de ellas muere primero. Ante esta eventualidad, el Ordenamiento jurídico no puede cruzarse de brazos ya que están en juego importantes consecuencias, por lo tanto el Derecho pone sobre la mesa la posibilidad de adoptar una presunción de premoriencia, que supone que una persona muere antes que otra, o admitir una presunción de comoriencia o lo que es lo mismo, la muerte simultánea¹⁸⁷. El hecho de acudir a estas reglas supone, en resumen, que estamos ante el fallecimiento de dos o más personas y el desconocimiento, la incertidumbre sobre el momento de la muerte¹⁸⁸, no siendo necesario que entre ellos exista una relación de naturaleza sucesoria, como anteriormente se ha mencionado.

¹⁸⁵En este sentido, CASTIELLA RODRIGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, págs. 102 y ss, afirma que: “en muchos casos las circunstancias que rodean al fallecimiento no hacen posible la aplicación de los criterios científicos con los que establecer el orden de fallecimientos” por lo que mantiene la necesidad de que el Derecho proporcione unos criterios complementarios para poder solventar las dudas sobre las transmisiones de derechos entre estas personas de las que se duda el orden de fallecimiento.

¹⁸⁶ En opinión de CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 113: “Cuando varias personas llamadas respectivamente, a sucederse perecen con ocasión de un mismo siniestro, por ejemplo, un terremoto o un naufragio, conviene determinar cuál ha muerto primero, pues el orden de los fallecimientos puede modificar los derechos sucesorios de los vivos. Y como la prueba de esa prioridad es en la práctica difícil, cuando no imposible, las legislaciones adoptan una de estas soluciones: o establecer presunciones de premoriencia o acogerse a una presunción de comoriencia o muerte simultánea”.

¹⁸⁷ No es requisito que mueran en el mismo accidente, por lo que también se aplica en el caso de morir simultáneamente pero en lugares o situaciones distintas. Recoge la opinión DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, págs. 139 y ss, cita 2, que “el término premoriencia es preferido en el uso cuando la cuestión es de supervivencia; el de comoriencia, cuando la cuestión es sobre la supervivencia de personas que mueren en el mismo accidente” y cita a Santoro Passarelli aludiendo su idea sobre que “no debe hablarse de comoriencia sino de ignorancia de supervivencia”.

¹⁸⁸ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 21.

Antes de avanzar en esta figura tal y como la contempla hoy en día el Derecho, conviene reflejar cómo se solucionaba este problema antes de la entrada en vigor de nuestro actual CC.¹⁸⁹.

En el Derecho romano clásico entendían que en el caso de fallecer en un mismo accidente varias personas unidas por lazos parentales y no saber el orden en que murieron, se estimaba que fallecieron a la vez¹⁹⁰. Esta regla llevó a algunos autores a considerar que se basaban en la comoriencia¹⁹¹.

En el derecho justiniano se rompe esta línea de pensamiento y como una excepción al principio general se empieza a presumir la premoriencia sobre la base de la fortaleza física, por lo que si mueren padre e hijo en un mismo accidente se presume que si el hijo es impúber premuere al padre y le sobrevive si es púber. También en caso de fallecer en una misma catástrofe el marido y la esposa, se presumía que ésta por ser más débil moría primero. En el caso de padres y un hijo mayor de catorce años, se entendía que morían los padres primero, no así si el hijo era menor de esa edad, ya que se consideraba que tenía menos resistencia física. En caso de madre e hijo que fallecen en un mismo accidente, dan por superviviente al hijo varón adulto, por el contrario, dan por superviviente a la madre cuando muere con un hijo varón impúber¹⁹². Estas

¹⁸⁹Recapitula LASARTE, C., *Principios...*, cit., págs. 185 y ss, que, “tradicionalmente desde el Derecho romano, pasando por las Partidas hasta el C.C., se solucionó el problema recurriendo a una serie de presunciones”.

¹⁹⁰ Apunta PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho...*, cit., pág. 215, cita 40, que es común recurrir a un texto de Marciano (D. 34, 5, 18) donde se aprecia la muerte de dos hermanos.

¹⁹¹ Defienden la idea de que en el Derecho romano clásico se presumía la concurrencia en el óbito, ARGÜELLO, L. R., *Manual...*, cit. pág. 127 y PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho...*, cit., pág. 215, entre otros. Y probablemente terminaron adoptando esa idea porque como apunta Cabanillas Sanchez en este periodo “se aplicaron los principios imperantes en materia de prueba, así quien fundaba un derecho en la prioridad de la muerte de una persona respecto de otra, debía probar tal prioridad, en la duda y a falta de prueba, no debía considerarse a ninguna de ellas como superviviente de la otra, (D. 34, 5, 18)”, insiste Cabanillas Sánchez que “esto no significa presumir las muertes ocurridas al tiempo (comoriencia), sino simplemente una aplicación de los principios generales”, CABANILLAS SANCHEZ, A., *Comentarios...*, cit., pág. 817. Sin embargo, ALVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones...*, cit., pág. 18, considera que en esta época clásica no existía regla en relación a la comoriencia y señala aún más, sostiene que “ni siquiera se encuentra la palabra comorientes”, señala que solamente en un texto de Ulpiano, que el autor considera sin ninguna duda “adulthood”.

¹⁹² D. 34, 5, 9, 1; D. 34, 5, 9, 4 y 22 y 23.

presunciones eran *iuris tantum*, es decir, admiten prueba en contrario y se basaban, como vemos, en considerar que fallece primero el más débil¹⁹³.

La regla de la premoriencia la siguieron las Partidas¹⁹⁴ (7, 33, 12), y el Proyecto de Código Civil de 1885 en los artículos 551 y 552. Este Proyecto de Código Civil de 1885 sigue las presunciones de premoriencia del Código Civil francés¹⁹⁵, por estimar que era más acorde con la tradición romanista, que tenía sus antecedentes en las Partidas¹⁹⁶. Por tanto, se inclina en presumir la muerte del más débil en razón de edad y sexo. Así lo establecen estos artículos que, en concreto, disponen que cuando fallecen personas en un incendio, ruina, naufragio u otra desgracia común, y por las circunstancias particulares del suceso no aparezca cuál de ellas murió primero, se decidirá por las reglas siguientes: si fallecen personas menores de dieciocho años muere primero la de menor edad, y si son mayores de dieciocho años muere primero la de más edad. Ahora bien, si son personas de distinto sexo, se presume en este caso que el hombre sobrevive a la mujer si ésta no es más joven que él en dos años. Cuando se trata de dos personas, una mayor de sesenta y cinco años y otra menor de doce, se presupone que ésta muere primero, pero si tenía más de doce, aunque no tuviera los dieciocho, se presume que le sobrevive a aquélla.

Actualmente, códigos modernos como el mismo Código Civil francés¹⁹⁷ han seguido estos criterios basados en considerar que fallece primero el más

¹⁹³ Subrayaba DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 140, que estas reglas: “fueron explicadas por la glosa como manifestaciones de una presunción general: la de que, en el caso de comoriencia, el orden de la premoriencia es el de la debilidad corporal”; MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 347.

¹⁹⁴ Matiza ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, *cit.*, págs. 403 y ss: “copiando al Digesto”; Leyes estas muy criticadas por este autor, ya advirtiendo entre otras muchas cosas que sólo se aplica para las sucesiones y que pese a que se formulan para la muerte simultánea en un mismo accidente o catástrofe, resalta Aramburu la posibilidad de que mueran a la vez pero en lugares distintos.

¹⁹⁵ Sostiene GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo I, Madrid, 1852, pág. 297, que “ha sido forzoso o parecido seguir el sistema francés, pero con las variaciones que resultan del simple cotejo de sus artículos 721 y 722 con el nuestro”.

¹⁹⁶ DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Artículos 1...”, *cit.*, pág. 829.

¹⁹⁷ Artículos 720, 721 y 722 del CC francés, que acogen la idea de que en caso de perecer en un mismo suceso varias personas llamadas a sucederse entre si y sin conocerse quien a muerto

débil¹⁹⁸. Por tanto, como atinadamente afirma RESCIGNO a este respecto, estas presunciones del Código Civil francés giran en torno a la debilidad femenina y a las tres épocas de la vida (infancia, madurez desde los quince a los sesenta, y la vejez)¹⁹⁹.

Este sistema no ha gozado de muchos seguidores, ya que como es lógico actualmente no serían admisibles unas presunciones tan arbitrarias como las mencionadas. Sobrevivir o no ante una muerte simultánea no puede basarse en la fortaleza física, en ser hombre o mujer, niño o adulto, ya que en muchos casos el azar, el aplomo y la constitución de cada uno tiene mucho que ver²⁰⁰. El Derecho no puede aceptar estas reglas basadas en la supervivencia del más fuerte en razón de esos criterios, tan poco científicas y tan poco rigurosas. Por lo que se entiende que nuestro Código Civil rechazara estos criterios de fortaleza física²⁰¹.

primero, la presunción de supervivencia se determinará por las circunstancias del hecho y en su defecto en razón de la edad y el sexo, art. 720 CC francés, para posteriormente en los otros dos artículos establecer combinaciones basadas en la edad y sexo, si mueren personas menores de quince años presumen que sobrevive el de mayor edad, si todos fueran mayores de sesenta, sobrevive el más joven, si unos tienen quince y otros sesenta, sobreviven los primeros, y la preferencia por el hombre que sobrevive a la mujer si existe igualdad en la edad o si la diferencia existente no es superior a un año.

¹⁹⁸Subrayaba CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, cit., págs. 113 y ss., que: “este sistema descansa en la base de que debe presumirse siempre la supervivencia del más fuerte, y que el grado de fortaleza se puede suponer legalmente teniendo en cuenta la edad y el sexo”. No podemos dejar de mencionar el matiz que apunta LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 21, y es que requiere: “prueba plena y no meramente probabilística”.

¹⁹⁹ RESCIGNO, P., *La fine...*, cit., pág. 636, en relación a estas reglas recuerda como ejemplo, la historia del asesinato de la hija de C. Dumounlin y de sus hijos, en la controversia civil entre la familia de origen y su marido, los jueces llegan al razonamiento de que los asesinos habían matado primero a la mujer.

²⁰⁰ Afirma a este respecto PUIG PEÑA, F., *Introducción...*, cit., pág. 225, que: “la supervivencia en las catástrofes no depende de la fortaleza, sino de circunstancias fortuitas, y además, la fortaleza no se mide ni por edad ni por el sexo, sino por la constitución individual”. Por eso concluye afirmando que esta es la razón por la que la mayoría de los códigos modernos lo han rechazado y ha terminado adoptando el sistema de la comoriencia.

²⁰¹ En este sentido, PUIG BRUTAU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 50, consideran que los Códigos civiles rechazaron estas reglas por ser complicadas y en ocasiones poco satisfactorias.

Efectivamente, la postura seguida por nuestro Código Civil rompe con este sistema de la premoriencia ²⁰² y recoge, en su artículo 33, la regla de la comoriencia. Ya en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888 se puede ver el cambio de orientación²⁰³, en concreto, determinaba el artículo 660 que: “si varias personas, respectivamente, llamadas a una sucesión, perecieran en un mismo desastre sin probar cuál había muerto la primera, no se verificará entre ellas derecho de transmisión”²⁰⁴.

Como ya hemos indicado, actualmente nuestro Código Civil parte de la presunción de comoriencia sin olvidar que puede acogerse al criterio de la premoriencia a través de las pruebas oportunas²⁰⁵. Recoge esta idea²⁰⁶ el comentado artículo 33 del CC., en concreto determina: “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”.

La expresión utilizada en el artículo de *personas llamadas a suceder* llevó a pensar que se refiere tan sólo a las sucesiones por causa de muerte. Incluso echando la vista atrás, los antiguos artículos que trataban esta figura

²⁰² Como hemos indicado, la mayoría de los Códigos modernos han descartado este sistema y han adoptado la regla de la commoriencia, el Código portugués de 1867 en el artículo 1.738 y el Código italiano de 1865 en el artículo 924, ya siguieron este criterio. El Código Civil italiano vigente de 1942 en su artículo 4 recoge *la commoriencia: Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento*. Por lo que observamos se cuida de no incluir la expresión “presunción”. Por su parte el Código civil portugués de 1967 en su artículo 68. 2, también en la misma línea establece: *Quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo*.

²⁰³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. 4ª, vol. I, Madrid, 1965, pág. 190.

²⁰⁴ Con más detalle en DE CASTRO, F., *Derecho...*, cit., pág. 140; CABANILLAS SANCHEZ, A., “Artículos...”, cit., págs. 818 y ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, cit., pág. 348.

²⁰⁵ Este sistema que sigue nuestro Código Civil está para CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, cit., pág. 114, fundado en principios razonables y con ventajas prácticas.

²⁰⁶ A juicio de CABANILLAS SANCHEZ, A., “Artículos...”, cit., pág. 819, si bien sigue este artículo 33 de nuestro Código Civil la orientación marcada por el artículo 660 del anteproyecto del Código Civil, el nuevo artículo tiene una mejor redacción.

(tanto el artículo 552 del Proyecto de Código Civil de 1851, como el mencionado artículo 660 del Anteproyecto de 1882-1888) estaban incorporados en materia de sucesiones. El vigente Código Civil rectifica y lo traslada al Título II del libro I, llamado “del nacimiento y extinción de la personalidad civil²⁰⁷”, lo que supuso que varios autores se pronunciaran a favor de que en una futura reforma del Código Civil este artículo se desplazara al libro III de sucesiones²⁰⁸. Sin embargo, este planteamiento no triunfó, entre otras razones porque se reduciría el ámbito de aplicación de dicho artículo y porque los casos donde la adquisición de algún derecho depende de la supervivencia del favorecido, y no procede sucesión por causa de muerte, quedarían sin solución²⁰⁹. Por tanto este artículo se puede aplicar a todos los problemas de premoriencia o comoriencia sin solución concreta en la ley, y si partimos de una noción técnica de sucesión, entendida ésta como todo posible cambio que puede padecer una relación jurídica en orden a los sujetos implicados en la misma, que abarca tanto las sucesiones *inter vivos* que *mortis causa*, la solución no debe ser diferente²¹⁰.

Por otra parte, a pesar de que en la redacción del artículo aparezca la palabra *presume*, no se refiere a una presunción como las señaladas anteriormente, sino a una carga de la prueba por quien alegue la anterioridad de la muerte. Es decir, la prueba de la premoriencia nos permite acudir, como

²⁰⁷ Este traslado, en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 348, al título de la personalidad: “le concede valor de regla general”.

²⁰⁸ En palabras de en MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código...*, *cit.*, pág. 487, por ejemplo: “El precepto del artículo en este punto aparece, sin duda establecido en relación a la materia de sucesiones, es decir, concierne a los derecho hereditarios de una de las personas que mueran, respecto de los bienes de la otra”. De ahí que consideren que este artículo 33 deba insertarse en el libro de sucesiones.

²⁰⁹ Si bien es sabido que el artículo 33 CC en su tenor literal dispone que: “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse (...)”, como vemos el artículo alude a dos o más personas llamadas a sucederse, sin embargo ya puntualizaba DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, págs. 142 y ss, que no se debe interpretar restrictivamente, por lo que no se refiere únicamente a dos o más personas llamadas recíprocamente a sucederse, sino también se aplica este artículo a los supuestos donde la supervivencia es clave para la adquisición de una facultad o derecho.

²¹⁰ PUIG BRUTAU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 50 y ss.; CABANILLAS SANCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 819.

hemos visto, a la medicina²¹¹, y en defecto de prueba en contrario, se considera que los comorientes fallecen a la vez²¹². Considerar que mueren al mismo tiempo es la opción más segura y por tanto es un acierto su inserción en el Código civil²¹³. Como señala MUCIUS SCAEVOLA: “La simultaneidad, que aunque no muy conforme con los hechos, dada la cuasi imposibilidad de que dos personas mueran en un mismo momento, es tal vez la más en armonía con la equidad y la menos expuesta a originar conflictos en la transmisión de derechos”²¹⁴.

En resumen, para aplicar este artículo tienen que haber fallecido dos o más personas y existir un estado de duda sobre cuál de ellas ha muerto primero. Y en relación a la interpretación extensiva de dicho artículo 33, el cambio de premoriencia a comoriencia de esta disposición, supone extender el ámbito de aplicación a todas las situaciones, no sólo a los supuestos de catástrofes o accidentes²¹⁵. También supone que, a pesar de que el tenor literal del artículo parte de que los comorientes son herederos entre sí²¹⁶ y que mueren simultáneamente en lugares y causas iguales, se aplicará a los casos que, siendo simultánea la muerte, su lugar o circunstancia son distintas. Siendo suficiente que la supervivencia de uno de ellos conlleve la adquisición de una facultad o

²¹¹ En este sentido afirma CASTIELLA RODRIGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 103, que el tener que probar la premoriencia supone dejar: “...abierto el sistema a todos los avances que la medicina pueda proporcionar”.

²¹² Considera BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Derecho...*, *cit.*, pág. 169, que es una solución neutra y lógica que el ordenamiento jurídico opte por ella si ninguno de los interesados puede probar quien murió antes e insiste en que “no supone ninguna presunción, sino todo lo contrario”.

²¹³ SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios...*, *cit.*, pág. 426.

²¹⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código...*, *cit.*, pág. 486.

²¹⁵ Señalan PUIG BRUTAU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 51 y ss, que en el artículo 33 de nuestro actual Código Civil: “se prescinde de toda alusión a los supuestos catastróficos” y apuntan que aunque el artículo 660 del Anteproyecto de 1882-1888, se basa en la declaración de comoriencia, sin embargo se refería al caso de personas que fallecieran en un mismo accidente, expresión que opinan, “acertadamente suprimieron los codificadores” para el artículo 33 C. C.

²¹⁶ Un caso particular de comoriencia SOLS GARCÍA, P., “Un caso realmente de comoriencia”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, tomo IV, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

derecho anteriormente ostentado por otro, siempre que lo permita expresa o tácitamente la voluntad que origina aquel caso.²¹⁷

La consecuencia de la comoriencia es clara, no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro. La herencia pasará, con exclusión del premuerto, a los que por ley (en ausencia de testamento) o por voluntad del causante vengan llamadas a sucederle²¹⁸. Por tanto debemos destacar la gran importancia de la prueba de la muerte.

1.1.2. La prueba de la muerte.

La muerte es una circunstancia de hecho y las personas que fundan sobre ella derechos, como hemos visto anteriormente, deben probarla²¹⁹, ya que tras la muerte, comienzan los efectos jurídicos de la misma, entre ellos, la apertura de la sucesión hereditaria por lo que su prueba tiene gran importancia.

Como es obvio, por un lado la prueba de la muerte supone la comprobación del hecho biológico de la cesación de toda vida orgánica²²⁰, y por otro, una vez verificado tal hecho se va a considerar probada oficialmente con la inscripción de la misma en el Registro civil.

En Roma no existía un Registro de defunciones, ni tampoco se anotaban los óbitos en el Registro de nacimientos. Sin embargo, sí se podían levantar *testationes*, con las que, en su caso probar el fallecimiento de una persona²²¹.

En épocas posteriores y ya en España, las Partidas y Novísima Recopilación, si bien no delimitaron el concepto jurídico de muerte, sí llegaron

²¹⁷DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, págs. 141 y ss; PUIG BRUTAU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 52 y ss; DIEZ-PICAZO, J. L., Y GULLON, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 308; MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, págs. 348 y ss.

²¹⁸CABANILLAS SANCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 823.

²¹⁹PUIG PEÑA, F., *Introducción...*, *cit.*, pág. 226.

²²⁰GALINDO GARFIAS, I., *Derecho...*, *cit.*, pág. 301.

²²¹ALVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones...*, *cit.*, pág. 17.

a considerar la necesidad de confirmar la misma por todos los medios de prueba posibles determinados en estas leyes a tal efecto²²².

Actualmente, la prueba oficial del fallecimiento de una persona, como ya hemos mencionado, es la inscripción del mismo en el Registro civil, (artículo 326 del CC)²²³, del lugar donde ha acaecido el fallecimiento o si se desconoce, en el Registro civil del lugar donde se ha hallado el cadáver²²⁴, ya que a tenor del artículo 81 LRC de la Ley, de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro civil, (en adelante LRC): “La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece”.

En este punto conviene hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1948, que pone en entredicho esta fe registral en relación al comentado artículo 33 del CC²²⁵. Dicha sentencia efectúa una aplicación llamativa de uno de los requisitos para la aplicación del artículo 33 CC, en concreto, el Tribunal considera que basta con acreditar la existencia de un estado de duda acerca de quién ha fallecido primero para anular el valor probatorio de la inscripción²²⁶. En esta interesante sentencia se enjuiciaba el caso de unos cónyuges, Juan Vives y Mercedes Ciervo que se habían instituido

²²² Apunta ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudios...*, *cit.*, págs. 401 y ss, que se derivan consecuencias importantes, de la exposición detallada y circunspecta de los medios probatorios establecidos en estas leyes.

²²³ El artículo 326 de nuestro Código civil dispone: “El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones o anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad, y estará a cargo de los Jueces municipales u otros funcionarios del orden civil en España y de los Agentes consulares o diplomáticos en el extranjero”.

²²⁴ El artículo 16 LRC establece: “Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen. Si se desconoce dicho lugar, la inscripción de nacimiento o defunción se hará en el Registro correspondiente a aquel en que se encuentre el niño abandonado o el cadáver (...)”. Así como el artículo 68 RRC: “Los nacimientos, matrimonios y defunciones, se inscribirán en el Registro Municipal o Consular de sitio en que acaecen, cualquiera que sea el domicilio de los afectados, la incardinación de la parroquia o el lugar de enterramiento”.

²²⁵ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 22.

²²⁶ En este sentido, MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 348, considera que el Tribunal: “hace pasar ese estado de duda por delante de la constancia registral de tiempo de la muerte”.

recíprocamente herederos y que fueron fusilados en un breve intervalo de tiempo, durante la Guerra Civil el 21 de agosto de 1936. Se dudaba si la muerte había sido simultánea o en atención a lo que manifestaban testigos presenciales, obligaron al marido a presenciar la ejecución de su mujer, fusilándole instantes después. La hermana de Juan Vives, María Vives, heredera *ab intestato* de ambos conyuges, instó la incoación de un expediente para practicar la inscripción de la defunción de su hermano en el Registro Civil. En dicho expediente se dictó auto donde se ordenó la inscripción de la defunción de ambos cónyuges. En las actas de inscripción de las defunciones en el Registro Civil constaba finalmente que la mujer había muerto primero, en concreto a las siete horas y treinta y cuatro minutos y el marido a las siete horas y treinta y nueve minutos del 22 de agosto de 1936. Así las cosas, los familiares de Mercedes Ciervo, promovieron un juicio declarativo de mayor cuantía con la pretensión de que se declarara la presunción de muerte simultánea de los cónyuges, con la consecuencia jurídica por tanto, de la no transmisión de derechos entre los fallecidos y también pedían que se declarara la nulidad de las inscripciones practicadas en el Registro Civil.

A pesar de que en el Registro civil constaba que la mujer fue la primera en morir, el Tribunal Supremo consideró que no era bastante para desvirtuar la presunción legal²²⁷, al ponerse en entredicho la verdad registral no despliegan sus efectos las inscripciones registrales, en concreto afirmó: “Aunque sea cierto el principio general de que quien haga una afirmación relativa al estado civil de las personas contraria a lo resulte del Registro Civil debe probarla, no lo es menos que, en el caso a que se refiere el artículo 33 del CC., a saber, la existencia de un estado de duda, sobre cuál de dos o más personas llamadas a sucederse haya muerto primero, aquel que sostenga la muerte anterior de una u otra es el que debe de justificarla, pero quien afirme la comoriencia y, consiguientemente, la intransmisión de derechos entre las mismas, no tiene que probar otra cosa sino que el estado de duda existe, porque supuesta tal situación,

²²⁷ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 22.

la comoriencia es una presunción establecida por la ley y las presunciones establecidas por la ley revelan de toda prueba a los favorecidos por ellas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.250 del CC.”. El Tribunal Supremo afirma literalmente que “la sentencia recurrida declara que no ha podido determinarse, dadas las circunstancias en que la muerte de ambos cónyuges se produjo, cuál de los dos murió primero, es decir, afirma la existencia de un estado de duda sobre el momento de la muerte de uno en relación a la del otro, y como a tal declaración de hecho llega la sentencia como consecuencia de la apreciación de las pruebas (...), las actas del Registro Civil constituyen la prueba del estado civil de las personas, tal prueba tiene carácter provisional en cuanto no se suscita contienda ante los Tribunales, que ponga en entredicho la verdad del contenido de tales actas, pues cuando tal contienda se suscita, la eficacia de las mismas queda subordinada a que los Tribunales la confirmen, por responder su contenido a la realidad de los hechos, o la nieguen, por no reflejarse en ellas tal realidad, siendo esto último lo que declara la sentencia recurrida”. Por lo que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

Esta sentencia ha sido objeto de crítica por varios autores²²⁸ debido a lo insólito de su argumentación. Ya que ante el conflicto entre la presunción de comoriencia, instada por los familiares de la mujer, y el valor probatorio de la inscripción en el Registro Civil, que constataba que murió primero ésta, el Tribunal Supremo dio prioridad a la presunción de comoriencia establecida en el artículo 33 del CC, frente a lo inscrito en el Registro Civil, basando su argumentación en que a los demandantes les bastaba probar un estado de duda sobre el momento de la muerte y obviando la necesidad de exigir la nulidad de los asientos para poder darles la razón²²⁹. De otro modo, como señala

²²⁸ Entre otros, DIEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 41 y ss; Por su parte, a MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 349, también le parece llamativa esta sentencia pero también ofrece, como veremos, otro posible punto de vista de la misma.

²²⁹ En concreto DIEZ-PICAZO, L., *Estudios...*, *cit.*, págs. 41 y ss, considera en relación a esta sentencia que: “el problema más grave de la sentencia se encuentra en la colisión entre la presunción de comoriencia del artículo 33 y el valor probatorio de la inscripción en el Registro

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, se puede ver esta sentencia desde otro punto de vista, literalmente afirma que: “la doctrina de esta sentencia no es tan incorrecta, en cuanto considera como hechos probados, así establecidos en la sentencia de instancia, que no ha podido demostrarse cuál de los cónyuges falleció primero; es decir, que se desvirtúa mediante una declaración judicial esa “verdad oficial” que consta registralmente, y a partir de ahí se hace correcta aplicación del artículo 33 CC”. A lo que añade el autor que otra cosa es que deba tener acceso al Registro Civil, esa realidad extrarregistral, judicialmente constatada, lo que, apunta, no figura que se efectuase. Aunque sostiene que también se podría defender que “basta una solicitud implícita de rectificación registral, deducible de la acción principal ejercitada”²³⁰.

Sea como fuere, la argumentación dada en esta sentencia, hoy en día choca con el comentado artículo 81 de la LRC y con el 3 de la misma ley²³¹, así como con el artículo 327 del CC. Y es un hecho que la inscripción da fe de la fecha, hora y lugar del fallecimiento de una persona. Esta inscripción se hace al margen de la de nacimiento y se realiza según indica el artículo 82 LRC mediante la declaración de quien tenga conocimiento de la muerte. En concreto, en relación a las personas que deben presentar dicha declaración, el artículo 84 de LRC, dispone que deberán promover la inscripción: “los parientes del difunto o habitantes de su misma casa, o, en su defecto, los vecinos. Si el fallecimiento

Civil, en la cual se había hecho constar la anterioridad de la muerte de la mujer. Sostiene que el Tribunal Supremo prefiere la presunción de comoriencia y que sacrifica en este caso el valor probatorio de la inscripción, pero sus argumentos en un orden excesivamente teórico no parecen convincentes”, por lo que llega a la acertada conclusión de que: “el problema no puede resolverse, como el Tribunal Supremo apunta, entendiendo que a las demandantes les bastaba probar un estado de duda sobre el momento de la muerte, pues, practicadas las inscripciones y convertidas éstas en la verdad oficial, la aplicación del criterio de las demandantes exigía la nulidad de los asientos, que era un presupuesto y no una consecuencia del triunfo de su pretensión”.

²³⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 349.

²³¹ El artículo 3 LRC dispone que: no podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el registro sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente. Artículo 81 LRC: la inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece. Por su parte el artículo 327 CC determina que: “las actas del Registro Civil serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros del Registro, o cuando ante los Tribunales se suscite contienda”.

ocurre fuera de casa, están obligados los parientes, el jefe del establecimiento o cabeza de familia de la casa en que hubiere ocurrido o la autoridad gubernativa”. Cabe añadir que, a este respecto, el artículo 273 del Reglamento del Registro civil, (en adelante RRC), establece que la obligación de declarar de los parientes del difunto, “afecta a los consanguíneos hasta el cuarto grado y a los afines hasta el segundo grado”. En cuanto a la propia declaración, ésta se debe realizar inmediatamente después de producirse la muerte y antes del enterramiento, de conformidad al artículo 82 *in fine* LRC, que determina este requisito esencial. Esto tiene consecuencias relevantes ya que “en tanto no se practique la inscripción no se expedirá la licencia para el entierro, que tendrá lugar transcurridas al menos veinticuatro horas desde el momento de la muerte”, según lo dispone el artículo 83 LRC. Ahora bien, continúa este artículo que “si hubiere indicios de muerte violenta se suspenderá la licencia hasta que, según el criterio de la autoridad judicial correspondiente, lo permita el estado de las diligencias”. En el caso de que el cuerpo hubiera desaparecido o se hubiera inhumado antes de la inscripción es necesario de conformidad con el artículo 86 LRC: “sentencia firme, expediente gubernativo u orden de la autoridad judicial que instruya las diligencias seguidas por muerte violenta, que afirmen sin duda alguna el fallecimiento, para inscribir éste”²³². En concreto el artículo 278 RRC determina que “no basta para la inscripción la fama de muerte, sino que se requiere certeza que excluya cualquier duda racional”²³³.

Unida a esta declaración, y una vez aclarado quiénes pueden inscribir el fallecimiento en el Registro Civil, conviene determinar qué requisitos tienen que darse para poder inscribir dicho fallecimiento. Como mencionábamos anteriormente, debemos acudir a la medicina para poder ratificar la misma, así nos lo indica el artículo 85 LRC que determina: “Será necesaria certificación médica de la existencia de señales inequívocas de muerte para proceder a la inscripción de defunción...”. A lo que aclara el artículo 274 del RRC, que en este sentido: “El facultativo que haya asistido al difunto en su última

²³² Artículo desarrollado por los artículos 277 a 279 del RRC.

²³³ Con amplitud en MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, *cit.*, págs. 345 y ss.

enfermedad o cualquier otro que reconozca el cadáver enviará inmediatamente al Registro parte de defunción en el que, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación del que lo suscribe, constará que existen señales inequívocas de muerte, su causa y, con la precisión que la inscripción requiere, fecha, hora y lugar del fallecimiento y menciones de identidad del difunto, indicando si es conocido de ciencia propia o acreditada y, en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual también firmará el parte”. Cuando se carezca de dicho certificado o esté incompleto o sea contradictorio, o el encargado considere que es necesario, será el médico forense adscrito al Registro civil o su sustituto quienes emitan un dictamen sobre la causa de la muerte de la persona, o incluso: “mediante examen del cadáver por sí mismo”, de acuerdo con dicho artículo 85 in fine LRC.

La prueba oficial del fallecimiento es esta inscripción del mismo en el Registro civil, que da fe de la fecha, hora y lugar en acontece la muerte, conforme el ya mencionado artículo 81 LRL, completa el artículo 280 del RRC, que en la inscripción deben constar: (1) Las menciones de identidad del fallecido, a lo que añade el artículo 281 del RRC que en el caso de ser desconocidas, se suplirán por los nombres o apodos, señales o defectos de conformación, o cualquier otro dato identificado, (2) Hora, fecha y lugar del fallecimiento. De no poderse manifestar estos datos, el artículo 281 RRC establece que se indicarán los límites máximo y mínimo del tiempo en que ocurrió y el primer lugar conocido de situación del cadáver, (3) Número que se asigna en el legajo al parte o comprobación. En un principio, la causa de la muerte constaba en la inscripción de fallecimiento pero tras una Orden del Ministerio de Justicia, de 8 de junio de 1994, se excluye esta información de la publicidad registral en aras de la defensa de la privacidad²³⁴. En concreto, establece la Orden que “este dato es ajeno a los fines de la institución registral porque, a los efectos de probar de defunción, sólo interesa a los particulares que

²³⁴ CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 104, nota 123.

esté acreditada la identidad del difunto y la fecha y lugar de la muerte. Además, la publicación y divulgación de la causa de ésta puede en ocasiones atentar a la intimidad personal y familiar si por cualquier motivo la expresión de dicha causa lleva en sí misma connotaciones negativas”. Razonamiento con el que estamos de acuerdo. A nuestro juicio, el hecho de hacer constar la causa de la muerte es una vulneración a la *memoria defuncti*, dado que no hay nada más íntimo que la muerte y todo lo que la rodea. El conocimiento de las causas puede llevar a afectar a la reputación de la memoria cuando además sólo les interesa a los familiares y amigos del finado y todo lo demás no sería más que satisfacer una curiosidad morbosa.

Independientemente de la inscripción en el Registro, pero relacionado con el conocimiento de las causas de la muerte de una conocida famosa vemos cómo en ocasiones el TS considera que su conocimiento no supone una intromisión a la *memoria defuncti*. Los derechos de la personalidad no son derechos absolutos (mucho menos la *memoria defuncti*) y por tanto al presentarse una serie de circunstancias se puede considerar que no existe vulneración.

Este es el caso de la STS 1532/2009 de 25 de febrero, donde se estudia el conflicto entre el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen de un conocido torero a propósito de unas informaciones publicadas en las revistas *Que me dices* y *Diez Minutos* sobre aspectos de su vida sentimental y de las circunstancias de la muerte de su madre. En relación al tema que nos ocupa, primero hay que matizar que el actor no interpone la acción en defensa de la *memoria defuncti* de su madre, aunque esté legitimado para hacerlo, sino en defensa de su intimidad personal y familiar. Consideró que el conocimiento de las causas de la muerte de su madre lesionaba dichos derechos. Las citadas revistas relacionaron el fallecimiento con: “sobredosis de cocaína, barbitúricos y tranquilizantes” y se justificaban afirmando que la mayoría de los medios de comunicación tanto audiovisuales como escritos habían hecho un amplio seguimiento de la noticia del fallecimiento especulando sobre la relación de su

adicción con las causas de la muerte. Tanto el JPI como la AP y el TS consideraron que no hubo intromisión porque las revistas habían utilizado la doctrina del “reportaje neutral” limitándose a recoger lo que otros medios relataban justificándose en que la fallecida había reconocido en varios medios de comunicación su adicción a pastillas y somníferos. En concreto, el TS determinó que si bien es cierto que el actor no divulgó, ni permitió que lo hicieran personas de su entorno, datos relativos a la muerte de su madre, sí consideró que: “ (...) era una persona famosa, habitual de los medios de comunicación de la llamada prensa rosa, y que voluntariamente había limitado extremadamente su esfera de privacidad, siendo por ello que la muerte súbita e inesperada, por causas desconocidas, de un personaje de notoriedad social alcanzada por dicha Antonieta, constituía un hecho noticioso ubicable, por su objeto y valor, en el ámbito de lo público, es decir, más allá del mero cotilleo o de la satisfacción de la curiosidad ajena, con la consecuencia de que la cobertura dispensada por los medios, orientada a formar a la opinión pública sobre las razones o causas de su muerte a tan temprana edad, justifica la priorización de la libertad de información por encima de la preservación de ese reducto de intimidad que corresponde al hijo para que no se revelen esos detalles (...) en torno a la información sobre la muerte de su madre, concurriendo la misma relevancia pública, en este caso tanto por la persona como por las circunstancias en que se produjo, lo que dio lugar a un seguimiento mayoritario por parte de los medios de comunicación, que no se limitó al sector de la prensa rosa, no puede obviarse, en cuanto al requisito de la veracidad que, de una parte, la revista *Que me dices* (...) al titular: “Carmina murió a causa de una sobredosis”, e informar sobre esta posible causa de la muerte, se ciñó a una mera función transmisora de lo manifestado y recogido por otro medio (*Así son las cosas*) en torno a la posible causa de fallecimiento (...), lo que permite amparar su actuación en la doctrina del “reportaje neutral” ante la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito (...) habida cuenta que en la información que se transcribe se señalaba como fuente de la noticia el informe de la autopsia, y la propia víctima había confesado públicamente su adicción al

menos a dos de las sustancias que se mencionaban como encontradas en el cadáver. Y ésta última circunstancia, revelación de su adicción por parte de la fallecida, es lo que permite considerar veraz la información contenida en el reportaje (...) siendo irrelevante en orden a restringir la libertad informativa la falta de exactitud absoluta de la información, ligada a esta circunstancia, aducida por el recurrente, de que no haberse acreditado realmente que aquella fuera la causa del óbito, o que, de serlo, la cocaína fuera una de las sustancias ingeridas en exceso por la señora (...)"'. Como vemos en estos casos sí hay una razón por la cual el conocer las causas de la muerte de una persona no supone una vulneración a su memoria ya que aquí entra en conflicto con el derecho a la libertad de información y expresión. Ello, reiteramos permite considerar que no hay vulneración al informar sobre las causas de la muerte de esa persona pública.

En definitiva, a la hora de probar la muerte de una persona, la certificación médica, la inscripción y las actas del Registro civil son las condiciones requeridas para probarla y, por tanto, probar la extinción de la personalidad²³⁵.

Una vez determinado el momento y la prueba de la muerte necesarios para determinar el punto de inflexión donde comienzan sus efectos, pasamos a analizar los mismos.

1.2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA MUERTE

La muerte produce múltiples consecuencias jurídicas. DE CASTRO afirmaba que es un hecho que produce importantes efectos, extingue los derechos y obligaciones personales, los derechos de la personalidad, pero en cambio, es la condición para la eficacia del testamento²³⁶ y del seguro para caso de muerte²³⁷.

²³⁵ MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho...*, cit., pág. 24.

²³⁶ Artículo 667 CC.: El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento.

Es evidente que hay numerosos derechos y obligaciones que dependen de la muerte de la persona para que nazcan o terminen extinguiéndose, por lo que la muerte presenta la peculiar característica de ser al mismo tiempo causa de extinción de derechos subjetivos y causa de atribución de ciertos derechos²³⁸.

Son numerosísimos los autores que recogen los efectos jurídicos de la muerte²³⁹, en líneas generales consideramos que fundamentalmente son dos:

1. La transformación, el cambio de persona a cosa: cadáver.

2. La extinción de la personalidad²⁴⁰. Esta extinción de la personalidad conlleva a su vez:

a) Que las relaciones patrimoniales, susceptibles de transmisión, pasan a los sucesores²⁴¹. A pesar de extinguirse la personalidad y no poder constituir nuevas relaciones jurídicas, no desaparecen las ya creadas y no cumplidas como

²³⁷ DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 146; CABANILLAS SANCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 811.

²³⁸ SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la persona*, La Ley, 1992, pág. 12; CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 91.

²³⁹ Entre otros, destacan PUIG BRUTAU, J., y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 48, que recordaban que tras la muerte, se produce en todo su entorno una transformación, empezando como es lógico por el sujeto, que por un lado queda extinguida su personalidad y por otro se transforma en cosa, el cadáver, donde pasa a ser objeto, es decir, tendrá la condición de objeto de las relaciones jurídicas; MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho...*, *cit.*, pág. 20. Por su lado, LA CRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 20, en su conocida y mencionada, anteriormente, consideración sobre los efectos jurídicos de la muerte establece que tras la muerte de la persona física, ésta “desaparece en cuanto a tal, con sus atributos y cualidades, cesando de ser centro de poder y de responsabilidad; se extinguen los derechos y relaciones personalísimos o vitalicios que le competían; y se abre la sucesión en los restantes, transformándose el patrimonio en herencia y el cuerpo de la persona en una cosa (mueble): el cadáver”; También CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 89, citando a Delgado Echevarría, afirma que las consecuencias fundamentales son: “la transformación del patrimonio del fallecido en herencia y el cuerpo del mismo en cadáver, en cosa”. En el mismo sentido, LASARTE, C., *Principios...*, *cit.*, pág. 185, recoge que: “al extinguirse la personalidad, lógicamente todas las situaciones o relaciones sociales a él atinentes habrán de darse igualmente por extinguidas, por la desaparición del sujeto”.

²⁴⁰ Escribe PUIG PEÑA, F., *Introducción...*, *cit.*, pág. 224, que “al morir se lleva su personalidad jurídica”.

²⁴¹ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho...*, *cit.*, pág. 169.

así lo refleja el artículo 659 CC²⁴², por lo que, como decimos, se transmiten aquéllas a los herederos²⁴³.

b) En relación con lo anterior, supone también la extinción de las relaciones y derechos personalísimos del difunto.

c) Por último, implica la protección de la personalidad pretérita. Ésta última consecuencia de la extinción de la personalidad es el objeto de nuestro estudio.

Visto de manera resumida los efectos jurídicos de la muerte, pasamos a estudiarlos.

1.2.1. El régimen jurídico del cadáver

Respecto a este tema, es relevante rescatar las palabras de BORRELL Y MACIÁ: “Pero el hombre, al cesar en su peregrinación por este mundo, no tan sólo deja un patrimonio más o menos extenso, unos bienes, unos derechos y acciones, sino que con éstos o sin éstos, al separarse el alma del cuerpo, queda un cadáver”²⁴⁴.

El ordenamiento jurídico no consiente que la personalidad jurídica persista después de la muerte. Una vez que la existencia se gasta deja de subsistir el presupuesto de la personalidad. La persona exige precisamente la fusión de un elemento espiritual con un elemento corpóreo²⁴⁵. Y es únicamente la muerte la

²⁴² En concreto el artículo 659 del CC establece: La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.

²⁴³ En este sentido CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 113, apuntaba que: “aunque la muerte extinga la personalidad, es decir, la potencialidad para crear nuevas relaciones, no destruye las ya constituidas y pendientes aún de cumplimiento, pues por el principio de sucesión hereditaria, los derechos y obligaciones del difunto, salvo los personalísimos, se transmiten a los herederos”.

²⁴⁴ BORRELL Y MACIÁ, A., *La persona...*, *cit.*, pág. 115.

²⁴⁵ ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones...”, *cit.*, pág. 1125.

que elimina a la persona y produce un cambio total en la sustancia y en las funciones del cuerpo, que deja de ser elemento de la persona y deviene cadáver. Y si bien la personalidad no va más allá de la muerte, esto no quiere decir que el cadáver no sea objeto de consideración para el ordenamiento jurídico²⁴⁶. Es decir, la muerte es el hecho jurídico que muta la calificación jurídica del cuerpo, extinguida la personalidad, el cuerpo de la persona, sustrato material de la personalidad, pasa a convertirse en una cosa mueble en sentido jurídico: el cadáver,²⁴⁷ que el Derecho²⁴⁸ tiene que entrar a proteger.

En relación a la calificación jurídica del cuerpo humano vivo, a pesar de que en ocasiones se ha incluido entre las cosas *extra commercium*, la doctrina niega la consideración de cosa al cuerpo humano vivo. Eso sí, éste sin ser jurídicamente cosa es objeto de derechos de especial entidad²⁴⁹.

Como señalábamos antes, en cuanto al cuerpo humano muerto, el cadáver, se convierte en cosa que se encuentra sujeta a un régimen jurídico peculiar, no pudiendo asimilarse a cualquier otro objeto²⁵⁰.

Las épocas, las creencias religiosas en relación con el más allá, con el nivel cultural, han modificado el régimen jurídico del cadáver. Así, por ejemplo, observamos el culto al cadáver de la cultura egipcia que usaba la técnica de la momificación²⁵¹. El culto a los muertos en la cultura itala y en la griega, donde

²⁴⁶ DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 77. En este sentido también DE LAS HERAS, G. R., *La consideración...*, *cit.*, pág. 21 y ss, que cita a Pesante y De Cupis, en sus obras *Cadavere (diritto civile)* y *Diritto sul cadavere* respectivamente, recoge sus ideas destacando que “es notorio que el ordenamiento no admite la persistencia de la personalidad jurídica después de la muerte”.

²⁴⁷ Afirma DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 146, que: “en el momento de la muerte, el ser terrestre de la persona se convierte en especial cosa mueble que es el cadáver”. En este sentido mencionábamos anteriormente la opinión de Puig Brutau y Puig Ferriol. Por su parte, GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, pág. 24 y ss, señala que el cadáver: “de elemento personal, pasa a ser jurídicamente cosa”.

²⁴⁸ En este sentido, DE CUPIS, A., “La persona...”, *cit.*, pág. 869, afirma que el Derecho actúa para proteger “las huellas de la humana personalidad”.

²⁴⁹ En detalle en, GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, pág. 21 y ss.

²⁵⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 341; DIEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 340; CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 92.

²⁵¹ CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 92.

consideraban que los muertos eran seres sagrados, cada muerto era un dios, donde sus tumbas eran templos, en las cuales existía un altar²⁵², eran dioses, *manes*; en relación a esto, cabe mencionar las palabras de DE MARCHI: “el muerto mismo, hecho *man*, santifica el lugar donde reposa, y que es dedicado a él y conjuntamente a todos los antepasados, es el hecho mismo de su inhumación, de su penetración en la tierra, lo que debe determinar en gran parte, según la concepción romana, la divinización de los restos mortales”²⁵³.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, es opinión mayoritaria que el cadáver es cosa y además cosa *extra commercium*²⁵⁴, ya que el cadáver tiene que estar fuera de todo comercio²⁵⁵. Sin embargo, algunos autores consideraron que tendría que hacerse una distinción entre los cadáveres que iban a ser inhumados y los que se iban a destinar a la investigación, llegando a la conclusión que aquéllos eran *res extra commercium* y los últimos no²⁵⁶.

Obviamente, esta distinción no es posible ya que unos y otros como portadores aún de un residuo de dignidad tienen que considerarse fuera del comercio de los hombres. En consecuencia, y siguiendo la línea antes expresada, el cuerpo se transforma en cosa *extra commercium*, por lo que “el cadáver es objeto de un derecho privado no patrimonial”²⁵⁷, ya que la posible comerciabilidad del mismo es contraria a la dignidad humana²⁵⁸.

²⁵² DE COULANGES, F., *La ciudad...*, *cit.*, págs. 45 y ss.

²⁵³ DE LAS HERAS, G. R., *La consideración...*, *cit.*, pág. 54.

²⁵⁴ GANGI, C., *Persone...*, *cit.*, pág. 170; DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 77; BORRELL Y MACIÁ, A., *La persona...*, *cit.*, pág. 127 y ss.

²⁵⁵ En este sentido afirmaba CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, págs. 351 y ss, que: “el cadáver no es una cosa susceptible de apropiación y comercio, sino *res extracommercium* sujeta a normas de interés público y social”.

²⁵⁶ Con más detalle en, BORRELL MACIÁ, A., *La persona...*, *cit.*, pág. 128 y ss.

²⁵⁷ Escribe De Cupis: “Una cosa, debe notarse, la quale, non potendo essere oggetto di diritti privati patrimoniali, è da classificarci tra quelle extra commercium. Non essendo il vivente oggetto di diritti patrimoniali, non può esserlo nemmeno il cadavere », DE CUPIS, A, *I diritti...*, *cit.*, pág. 77.

²⁵⁸ En palabras de DE LAS HERAS, G. R., *La consideración...*, *cit.*, pág. 22, considerar que el cadáver está dentro del comercio de los hombres: “menoscabaría la dignidad humana y entraría en contradicción con la esencia del cadáver, como residuo e impronta del hombre vivo”.

Ya no estamos ante una persona, el cadáver ya no es sujeto de derechos y obligaciones como veíamos al principio. Sin embargo, no podemos ignorar el respeto que merece y tampoco que la supervivencia de la dignidad de la persona va más allá de la muerte. El cadáver conserva la huella y el residuo del vivo, y la comercialización estaría en claro contraste con la esencia del cadáver y ofendería la dignidad humana²⁵⁹ que persiste en él²⁶⁰. No es sólo un cuerpo inerte, sobrevive la dignidad del hombre que fue y debe ser respetada²⁶¹. Este es el motivo por el cual se considera al cadáver como *res extracommercium*²⁶², es decir, el cadáver no es objeto de derechos patrimoniales, está fuera de todo comercio²⁶³.

Se podría considerar que el cadáver es cosa *sui generis* con un régimen jurídico peculiar debido al respeto a su dignidad. Sin embargo, no podemos olvidar que realmente no hay un marco normativo determinado²⁶⁴.

²⁵⁹ DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 77.

²⁶⁰ En este sentido Hervada, citado por Martínez de Aguirre y Aldaz, consideraba que: “el cuerpo muerto ha sido parte constitutiva esencial de una persona humana, y algo de tal dignidad queda en él”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 341. En idéntica línea, DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 340, afirman que los restos de una persona: “quedan impregnados por la dignidad de la persona, lo que introduce importantes limitaciones en orden a su disposición y destino”.

²⁶¹ DE LAS HERAS, G. R., *La consideración...*, *cit.*, pág. 17.

²⁶² En esta línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 341, señala que se tiene que respetar la dignidad del hombre, y: “por tanto el trato que se dispense al cadáver debe ser acorde con ese respeto debido: de ahí, que se afirme su extrapatrimonialidad”.

²⁶³ En relación a este tema, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, tomo I, vol. II, Barcelona, 1985, pág. 86 y ss, señala que el cadáver no puede ser considerado cosa ya que, desde el punto de vista jurídico, cosa debe ser susceptible de valoración patrimonial. Por tanto afirma que el cadáver o restos humanos no son cosas en sentido jurídico, ahora bien sobre ellas sí es posible un poder de mero hecho.

²⁶⁴ Fadda y Bensa, así como De Cupis, citados por Gordillo Cañas, en este sentido afirmaban que: “cosa no reconducible al régimen general de las cosas. En definitiva, el cadáver se calificará como cosa *sui generis*, fuertemente improntada en su peculiar tratamiento jurídico por su consideración de ser huella y residuo de la personalidad”. El propio Gordillo Cañas señala que: “en el cadáver se ve algo muy distinto a una simple cosa: el resto quasi sacro de la personalidad”, en GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, págs. 25 y ss. ; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 341. Por otro lado, apunta José Javier Hualde Sánchez que no existe un marco normativo definido que tenga en cuenta la especialidad de este objeto, del cual se predica su extrapatrimonialidad y del que considera que no caben derechos, en HUALDE SÁNCHEZ, J. J., PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., GIL RODRÍGUEZ, J., *Manual de Derecho civil*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 124.

También hay que tener en cuenta, el poder de disposición de la persona sobre sus restos, es decir, la voluntad sobre el destino de su cuerpo. Unos consideran que tiene naturaleza real, otros que se trataría de un derecho de la personalidad²⁶⁵. Sin embargo, la opinión dominante es la que considera que se trata, más bien, de un derecho de naturaleza especial como es especial su objeto. Es importante destacar que existe el derecho de la persona para disponer de su cadáver y también se reconoce a los familiares poder para determinar el destino del cadáver del familiar fallecido²⁶⁶.

En relación al poder de disposición de una persona sobre su propio cuerpo, si el Derecho permite disponer *post mortem* de los bienes, también debe permitir que la voluntad de disponer de su cadáver sea efectiva²⁶⁷. Hay que tener en cuenta que en el cadáver sobrevive la dignidad de la persona, se respeta a esa persona que fue y por eso también se respeta su voluntad sobre el destino de su cuerpo²⁶⁸. Este destino puede ser la inhumación, el lugar de la sepultura, la incineración²⁶⁹, el destino de las cenizas, la voluntad de donar órganos²⁷⁰ o

²⁶⁵ Apunta GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, pág. 33, que “podría parecer que la calificación del cadáver humano como residuo de la personalidad así lo recomendaría”. A lo que añade que sin embargo no es muy acertado porque no tardarán en aparecer dificultades. Por otro lado, CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 350, afirma que el derecho sobre el cadáver sale de la esfera de los derechos de la personalidad, a pesar de tener alguna conexión, y cita la afirmación de De Cupis, comentada anteriormente, que mantiene que la persona exige precisamente la fusión de un elemento espiritual con un elemento corpóreo, y la muerte pone fin a esta fusión y, consiguientemente, a la persona.

²⁶⁶ GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, págs. 33 y ss.; DIEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 340.

²⁶⁷ En relación a este tema, GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, pág. 34, afirma que: “El Derecho no hace aquí sino secundar una espontánea y arraigada convicción social. La decisión sobre el destino de su cuerpo es como una derivación *post mortem* del derecho de la persona sobre su propio cuerpo”.

²⁶⁸ CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 92.

²⁶⁹ Destaca CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 92, que si bien era costumbre, los cristianos la asociaron con el rechazo a la fe en la vida eterna, por lo que la prohibieron al ir en contra de la creencia en la resurrección del cuerpo. Con el nuevo código canónico en 1963, se permite la incineración “mientras no sea hecha por razones contrarias a la fe Cristiana, cuando no se cuestiona la fe en la resurrección de cuerpo”.

²⁷⁰ Apunta MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho...*, *cit.*, págs. 20 y ss, que es con la Ley de 27 de octubre de 1979, sobre trasplantes de órganos, donde podemos considerar que la donación “puede considerarse como un acto de disposición del propio cadáver”, señala que va en la línea de la asimilación del cuerpo a un objeto.

destinar el cuerpo para fines científicos o didácticos²⁷¹. En definitiva, se trata una vez más de respetar la voluntad del causante a decidir sobre su propio cuerpo.

En cuanto al derecho que tienen los familiares para decidir sobre el destino del cuerpo de su familiar, lo primero que hay que tener en cuenta es que la voluntad del difunto antecede a la de sus familiares. A falta de esta voluntad del fallecido sobre su propio cuerpo es cuando se tiene que tener en cuenta la voluntad de los familiares, respetando, eso sí, la conciencia social y las buenas costumbres, sin ser posible contratos con prestaciones económicas que tengan por objeto el futuro cadáver de la persona²⁷².

Realmente, como ya hemos señalado, el cadáver tiene carácter extrapatrimonial, no puede ser propiedad de nadie, ni del propio difunto²⁷³, ni de sus herederos. El poder de los familiares para decidir el destino de los restos del familiar fallecido, no lo tienen como herederos ni como un derecho que pudiera estar integrado en la herencia, sino en su específica condición de familiares del fallecido²⁷⁴. Por tanto, no es necesario que sean estrictamente los

²⁷¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 341; DIEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 340.

²⁷² GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, pág. 34; CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 92; DIEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, págs. 340 y ss. Sin embargo frente a la opinión mayoritaria que considera la existencia de ese derecho de los familiares en defecto de la voluntad del difunto, autores como Albaladejo, sostienen que no cabe este derecho y que solo es posible el derecho que tiene la persona, como un derecho de la personalidad que le permite disponer para el futuro del propio cadáver entero o partes del mismo, con los límites de la ley, moral y las buenas costumbres, en ALBALADEJO, M., *Derecho...*, *cit.*, pág. 74.

²⁷³ El hecho de que la propia persona pueda disponer de él tras su muerte en cuanto a su destino final obedece a lo anteriormente expuesto de debido respeto al ser humano que fue y a lo apuntado por Gordillo Cañas de considerarlo un “acto de voluntad como derivación *post mortem* del derecho de la persona sobre su propio cuerpo”, al igual que podemos disponer de nuestro bienes tras nuestra muerte. Esta idea también la plantea De Cupis: “*colui che manifesta la propria volontà riguardo alla destinazione del proprio corpo dopo morte, pone in essere un negozio giuridico avente per oggetto una cosa futura*”, DE CUPIS, A., *I diritti...*, *cit.*, pág. 78. Reitera Beltrán de Heredia, “es más bien reflejo de la facultad de disposición en vida del futuro cadáver, en suma, de una cosa futura”, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 104. GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, págs. 35 y ss.

²⁷⁴ A este respecto considera GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes...*, *cit.*, pág. 37, que la naturaleza de este derecho de los familiares es: “de contenido notablemente limitado (ordenar, dentro de la normalidad, la forma y modo de la sepultura y excluir cualquier actuación sobre el cadáver

herederos quienes puedan decidir sobre el destino del cadáver del difunto. En esta línea también se dirige el artículo 1894 del Código Civil²⁷⁵, que establece que los obligados a los gastos funerarios son los familiares que en vida tenían la obligación de alimentar al difunto, que no son necesariamente los herederos. De la misma manera, 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 relación a la protección de la personalidad pretérita comprendida en los artículos 4 al 6, delega dicha protección a quien el difunto designe en testamento o en su defecto a su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo del fallecimiento y en su defecto al Ministerio Fiscal. Nuevamente, antes de encomendar la defensa de la personalidad pretérita sobre la base de vínculos sucesorios, se da cabida, en primer lugar, a la voluntad del difunto, en segundo lugar, a vínculos matrimoniales y de parentesco; y por último, al Ministerio Fiscal. Es cierto que no coinciden estrictamente las personas encargadas en decidir el destino del cadáver con la protección de la memoria, en cuanto que para el primer caso son aquellos que en vida del finado tenían la obligación de alimentarle, que ni tienen que ser herederos ni tampoco son obviamente amigos o designados en testamento por el causante para defender su memoria. En estos casos el fallecido puede decidir quién le protegerá, en el otro serán los que tienen la obligación de alimentarle, no hay elección por parte del causante. Aunque,

lesiva de la dignidad de éste y de los sentimientos de los familiares), con marcado predominio en él del deber sobre el derecho, fundamentado en la *pietas* familiar, de carácter, consiguientemente, personal y con encuadramiento específicamente familiar”. Considerándolo en todo caso un derecho pero de menor entidad que el derecho a disponer en vida del propio cadáver; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, págs. 343 y ss. De la misma manera cabe señalar a DE LAS HERAS, G. R., *La consideración...*, *cit.*, págs. 22 y ss, que siguiendo la misma opinión determina que: “el derecho que incide sobre el cadáver es, por tanto, un derecho privado no patrimonial, que corresponde a los familiares del difunto por razón del sentimiento de piedad que los une al difunto mismo”. Con la lógica limitación, matiza de las leyes y reglamentos, y por supuesto de las limitaciones propias de la voluntad expresada por el difunto sobre el destino de su cuerpo tras su muerte. En la misma línea MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 341, sostiene que se debe tener en cuenta: “el respeto a la *pietas* familiar, con lo que se alude a los legítimos derechos y sentimientos de los familiares del fallecido, a quienes corresponde el cuidado de su cadáver y, en cierta medida (en que no haya quedado dispuesto por el fallecido, o su voluntad sea de imposible cumplimiento) la determinación de su destino”.

²⁷⁵ En concreto el artículo 1894 CC determina que: “Los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle”.

como decimos, en lo que coinciden es en que no se encomienda dicha misión directamente a los herederos.

1.2.2. Extinción de la personalidad

El artículo 32 CC determina que tras la muerte de la persona se extingue la personalidad y por tanto el fallecido ya no es titular de derechos y obligaciones. Este efecto jurídico de la muerte, consistente en la extinción de la personalidad, genera una serie de consecuencias jurídicas, tales como: la apertura de la sucesión por causa de muerte para los derechos y obligaciones que se pueden transmitir, la extinción de los personalísimos y la protección de la personalidad pretérita.

a) Apertura de la sucesión *mortis causa*

El fenómeno de la sucesión *mortis causa* es la consecuencia jurídica que más se asocia al fallecimiento de la persona, y que además goza de una extensa y precisa regulación²⁷⁶.

La apertura de la sucesión comienza con el fallecimiento de la persona, en concreto el artículo 657 CC dispone que “Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”. Por tanto, como habíamos apuntado anteriormente, el momento de la muerte de una persona, la problemática de la comoriencia, etc., es trascendental, ya que tras este momento empieza a operar el Derecho hereditario²⁷⁷.

Sin duda, la muerte es causa de atribución de ciertos derechos y obligaciones. Tras ella cobra eficacia el testamento; también es causa de apertura de la sucesión *ab intestato* si el fallecido muere sin testamento, o con

²⁷⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, págs. 340 y ss.

²⁷⁷ Como señala LASARTE, C., *Principios...*, *cit.*, pág. 19: “el momento de la apertura de la sucesión es determinante para múltiples aspectos del Derecho hereditario”.

testamento nulo o que haya perdido después su validez²⁷⁸, (art. 912)²⁷⁹. Todo esto porque, obviamente, tras la muerte los derechos y obligaciones que tenía el fallecido se quedan sin titular, se extingue la personalidad civil y por tanto se hace imposible el ejercicio de estos derechos y obligaciones. Sin embargo las relaciones jurídicas no extinguidas por la muerte de su titular pasan a convertirse en herencia y se transmiten a los herederos²⁸⁰. Es decir, la extinción de la personalidad civil conlleva la regla general de la transmisibilidad, desde el momento de la muerte, de todos los derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte (arts. 657, 659 y 661 CC.). Como por ejemplo el derecho a explotar el elemento patrimonial de la “imagen” del fallecido, que pasará a formar parte del caudal hereditario. De la misma manera, el heredero recibe derechos patrimoniales y algunos aspectos de la persona de naturaleza moral, como el derecho a rectificar datos falsos o inexactos, exigir el derecho moral a la paternidad, integridad y divulgación de una obra intelectual del causante²⁸¹.

Sin embargo, esta regla no es general, ya que hay derechos y obligaciones de carácter personalísimo que no se pueden transmitir²⁸².

²⁷⁸ Con más detalle las relaciones jurídicas afectadas por la muerte de una persona en, CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, págs. 89 y ss.

²⁷⁹ En concreto el artículo 912 del C. C. dispone que: “La sucesión legítima tiene lugar: 1. Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.

2. Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto. 3. Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. 4. Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder”.

²⁸⁰ DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 146; PUIG BRUTAU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 48; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 811; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 340. En este sentido señala LASARTE, C., *Principios...*, *cit.*, pág. 5: “el fenómeno de la sucesión mortis causa es, naturalmente, generado por el fallecimiento de una persona, pues al desaparecer ésta el conjunto de las relaciones jurídicas a ella imputables queda sin titular, planteando el problema de qué ocurrirá con los bienes y derechos de que era titular, así como con las deudas y obligaciones que dicha persona tenía asumidas o que se han producido precisamente por su muerte”.

²⁸¹ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 3.

²⁸² ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio...*, *cit.*, págs. 401, 407; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 424; DE CASTRO, F., *Derecho...*, *cit.*, pág. 146; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículos...”, *cit.*, pág. 811.

b) Extinción de las relaciones y derechos personalísimos o vitalícosos.

Otra de las consecuencias de este efecto jurídico de la extinción de la personalidad civil, es la extinción de los derechos y obligaciones personalísimos así como de los vitalicios. Por ejemplo, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen mueren con la persona.

La muerte hace imposible el ejercicio personal de la capacidad. Si ya no se es persona, y por tanto se extingue la personalidad, también se extinguen los derechos directamente vinculados a ella, los derechos de la personalidad²⁸³. Las relaciones jurídicas íntimamente relacionadas con la persona se quedan sin titular²⁸⁴ ya que no pueden sobrevivir sin ella, son inseparables e inherentes a la misma²⁸⁵ y cuando ésta muere, irremediablemente se extinguen con ella²⁸⁶. Y esto es así porque, como anteriormente mencionábamos, la personalidad y los derechos de la personalidad son categorías jurídicas distintas; la personalidad es el presupuesto de los derechos de la personalidad, y sin aquella, no cabría hablar de estos últimos²⁸⁷.

²⁸³ Derechos de la personalidad que como atinadamente señalaba DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, pág. 1237, son “los valores del hombre como persona”.

²⁸⁴ LASARTE, C., *Principios...*, *cit.*, pág. 19.

²⁸⁵ En este sentido, impecablemente afirmaba BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 98, que estos derechos no podían sobrevivir a la muerte de la persona porque están: “siempre en conexión con la persona, porque son inseparables e insustituibles de la personalidad”. De la misma manera señala HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual...*, *cit.*, pág. 124, que estos derechos: “tienen como presupuesto inexcusable la existencia de la persona”.

²⁸⁶ Como brillantemente afirmaba BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción...”, *cit.*, pág. 97: “estos derechos son personales en el más estricto sentido del término, en lo que significa conexión o vinculación de la persona. Por eso, añade, precisamente fueron llamados también personalísimos, con el fin de poderlos distinguir de los derechos de crédito, denominados personales en contraposición a los reales, dentro del ámbito de los patrimoniales”.

²⁸⁷ Como impecablemente señalaba CASTAN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 14: “La personalidad es la abstracta posibilidad de tener derechos, mientras que los derechos de la personalidad son aquellas facultades concretas en que está investido todo el que tiene personalidad”; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 56. Por su parte, Ferrara citado por Díez-Picazo y Gullón afirma que los derechos de la personalidad son “los derechos supremos del hombre, los que garantizan el goce de sus bienes personales: el goce de sí mismo, la actuación de sus propias fuerzas físicas o espirituales”, en DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 327.

Vistas las características de los derechos de la personalidad en el capítulo anterior, es lógico pensar que tras la muerte de la persona se extinguen los derechos directamente vinculados a él, es decir, los mencionados derechos de la personalidad.

c) Protección de la personalidad pretérita

Tras la muerte, los bienes, los derechos y obligaciones, que no se extinguen con ésta, pasan a otros, se transmiten a los herederos, como por ejemplo los elementos patrimoniales de la imagen del fallecido. Por otro lado, se extinguen los derechos y relaciones personalísimas o vitalicias, como el honor, intimidad e imagen del fallecido. Pero como veremos más adelante, lo que uno es o fue siempre será suyo y en razón de su dignidad debe ser protegido.

Previamente habíamos tomado el artículo 32 CC como punto de partida, ya que la muerte pone fin a la persona pero también a la personalidad. El hecho conforme al cual la muerte extingue a la persona y a la personalidad, con todo lo que conlleva, no quiere decir que desaparezcan por completo, al contrario, en cierto sentido se puede observar la importancia que tienen tras la misma, ciertos residuos de la personalidad. Ciertamente, la muerte extingue la personalidad, pero esto no significa que desaparezca totalmente su trascendencia jurídica²⁸⁸. Precisamente podemos ver cómo permanece la voluntad del fallecido manifestada en el testamento, así como también perdura el derecho a la buena fama, a preservar su vida privada..., etc²⁸⁹. En efecto, esta voluntad del fallecido opera en relación al rumbo de su patrimonio²⁹⁰, también en relación al

²⁸⁸ Ya señalaba GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Imagen. (Derecho a la propia), en *NEJ*, t. XI. F.Seix, Barcelona, 1962, pág. 337., que: “ 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 (...)”; En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 343: “la muerte extingue la personalidad pero ello no impide que la personalidad extinguida no proyecte eficazmente su relevancia jurídica, más allá del límite temporal de su existencia”.

²⁸⁹ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 22 y ss.

²⁹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 343; CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona...”, *cit.*, pág. 91.

destino de su cuerpo²⁹¹, y sin olvidar en relación a esa buena fama y propia reputación, la protección de ciertos aspectos o manifestaciones de determinados derechos de la esfera personal de la persona, que de alguna manera sobreviven a esa personalidad ya extinta. Tal es el caso, por ejemplo, en el tema que nos ocupa, (conjugado con posibles ofensas, difamaciones, tergiversaciones, en definitiva posibles intromisiones ilegítimas a la memoria defuncti), de la protección a la memoria del difunto establecida también en el Ordenamiento jurídico por parte de las personas designadas por testamento o legalmente²⁹². Es decir, se protegen ciertos derechos personalísimos del fallecido, extinguidos, pero subsisten los aspectos o manifestaciones de los mismos, tales como el honor, la intimidad, la imagen, que como hemos visto son inherentes a la persona y por tanto a la dignidad humana y por tal no pueden desaparecer a la muerte de la persona²⁹³ y se tienen que defender.

La protección de la llamada esfera personal del fallecido la encontramos, principalmente en la Ley Orgánica 1/ 1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tema de nuestro estudio. Sin embargo, también se puede proteger la esfera personal del difunto en la L.O 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, así como en la Ley de Propiedad Intelectual, artículos 15 y 16, y en las acciones de filiación. Son vías de protección que analizaremos en el capítulo tercero del presente trabajo.

Nuestro estudio se centra en analizar la protección de la personalidad pretérita recogida en la L.O 1/82 de 5 de mayo, de Protección Civil al Honor, a

²⁹¹ En este sentido, señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 343 que: “la protección debida a la persona se prolonga, debilitada pero cierta, en el respeto debido a su cadáver”.

²⁹² En palabras de ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 4: “las personas designadas bien testamentariamente, bien legalmente han recibido una encomienda del difunto para cuidar la defensa de su memoria”.

²⁹³ En opinión de ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 1: “porque son valores inherentes a la dignidad humana, inmunes por ello mismo a la muerte”.

la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en concreto los artículos 4, 5 y 6 de dicha ley.

PROTECCIÓN DE LA *MEMORIA DEFUNCTI*

2.1. CONCEPTO DE *MEMORIA DEFUNCTI*

En la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 se reconoce la figura de la *memoria defuncti*, y va más allá de un simple reconocimiento, ya que considera que dicha memoria es una prolongación de la personalidad del fallecido, que debe ser respetada y por tanto tutelada jurídicamente. Así que puede decirse que esta LO estima necesario que el Derecho proteja la memoria del difunto²⁹⁴, a pesar del enunciado del artículo 32 de nuestro CC, que determina la extinción de la personalidad civil tras la muerte de la persona. Esta protección se plasma en los artículos 4 al 6 de dicha Ley al establecer las personas legitimadas para llevar a cabo la defensa de la *memoria defuncti*²⁹⁵.

Lo que subyace realmente a esta figura, y lo hace merecedor de tan especial protección, es el respeto debido al que ya no está. Cuando se ofende la memoria de un ser querido, surge entre los que le sobreviven, un sentimiento de preservación, de querer honrar su memoria; y esto es así porque entre otras cosas, el fallecido no puede defenderse, a diferencia de las personas vivas que pueden defenderse ante las posibles ofensas a su derecho al honor, a la intimidad o a la imagen. El respeto a los que nos precedieron genera en nosotros el interés de mantener intacta la memoria del difunto.

²⁹⁴ En concreto la LO 1/1982 en su Exposición de Motivos afirma: “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”.

²⁹⁵ En relación a la incorporación de una protección a la memoria del difunto BODAS DAGA, M^º. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 152 y ss., considera que la LO 1/1982 legitima a la persona titular de los derechos vulnerados a actuar y por otro lado “disocia la titularidad con el ejercicio de protección en los artículos 4 y 6.1”

Este respeto a la memoria de los antepasados, común a la mayoría de las civilizaciones²⁹⁶, es un tema cuya protección ha correspondido originariamente a normas religiosas. De hecho, en la casi totalidad de las religiones existe este sentimiento común de respeto al alma del difunto²⁹⁷.

Sin embargo, esta consideración a la memoria del fallecido ha sido extraño hasta hace relativamente poco para el Derecho²⁹⁸. Cuando comenzó a tenerse en cuenta en el Ordenamiento Jurídico español el respeto a la *memoria defuncti*, se basó en acciones penales ante calumnias o injurias vertidas sobre un difunto. En relación a la protección civil de la memoria de la persona fallecida, antes de la LO 1/1982, es de destacar el papel importantísimo de la jurisprudencia. Fue la ya mencionada LO la que introduce este respeto a la *memoria defuncti* en la doctrina civil.

A nuestro juicio, este respeto es el punto de partida de esta figura y que la hace en cierto modo, digna de protección. Sigue esta línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, núm. 73/2000 (Sección 3ª), de 17 de abril que contempla este sentimiento de respeto hacia el fallecido, incluso menciona el Tribunal el germen religioso de la figura y su protección por parte del Derecho: “Es indudable que la dignidad del ser humano y los sentimientos de respeto hacia los muertos, casi religiosos, trascienden a la realidad física, haciéndose meredores de lo que ha dado en llamarse "protección de la personalidad pretérita", como expresión explicativa de que lo que se intenta proteger es en suma la memoria de una persona ya desaparecida (...)”. De este modo, reiteramos con el apoyo de esta Sentencia que en la mayoría de los casos el respeto que familiares y allegados tienen al fallecido se traduce en querer salvaguardar la memoria del mismo y, definitiva, esto supone proteger esto lo

²⁹⁶ LASARTE, C., *Principios...*, cit., pág. 186.

²⁹⁷ En concreto afirma CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Teoría y práctica de los delitos contra los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos: el peso de una negativa influencia histórica”, en *La Ley*, núm. 6666”, pág. 11: “Es un sentimiento religioso profesado en la mayoría de las Religiones el respeto al alma inmortal de los difuntos (...)”.

²⁹⁸ LASARTE, C., *Principios...*, cit., pág. 186.

que supone la personalidad pretérita que como vimos, es uno de los efectos jurídicos que operan tras la muerte.

Queda claro que es el sentimiento de respeto lo que lleva a defender la memoria del fallecido, lo que no está tan claro es determinar qué se entiende exactamente por *memoria defuncti*. O lo que es lo mismo, definir qué es lo que realmente protege esta LO 1/1982.

Cada persona en vida crea una herencia moral con sus acciones, con su forma de ser, con sus vivencias, que sus allegados o familiares recuerdan tras su muerte. Este recuerdo unido al respeto, conlleva una continuidad afectiva y cultural de ese patrimonio moral que deja el fallecido y que sus allegados continúan²⁹⁹. Los vivos rememoran al fallecido, sus palabras, su comportamiento, su forma de ser³⁰⁰. De este modo, este recuerdo puede ser eterno, ya que sólo muere realmente el olvidado y las acciones, creaciones, opiniones del difunto se vuelven inmortales de mano de los familiares y amigos. Por tanto, consideramos a la *memoria defuncti* como ese recuerdo, el buen nombre, la reputación del fallecido que fue forjando en vida, ya sea mejor o peor, pero que se perpetúa en el tiempo por sus íntimos³⁰¹. En definitiva, como impecablemente señala ALONSO PÉREZ: “La *memoria defuncti* es algo vivo,

²⁹⁹ En este sentido declara LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. IV, 1988, pág. 613, que: el respeto a la memoria de nuestros antepasados “es elemento de continuidad cultural”, sostiene esta tesis citando a Caro Baroja: “la vida social, por ser eminentemente histórica, comporta continuidad; despliega función redentora de la conceptualización y la fama forjadas en torno a quien ya murió como elementos de su persistente patrimonio moral”. Más recientemente, destacan las palabras de Mariano Alonso: “El hombre nunca muere del todo. Perdura en el recuerdo, en sus obras, en los sentimientos de parientes, amigos e instituciones. Hay una continuidad histórica, afectiva y espiritual de unos hombres con otros. Vivos y muertos se enlazan en una cadena ininterrumpida”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 6.

³⁰⁰ En este sentido afirma Pablo Salvador Coderch: “a veces, las personas que nos precedieron han dejado en nosotros una memoria, un recuerdo o imagen”, en SALVADOR, P., *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1987, pág. 36; SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990, pág. 202.

³⁰¹ En definitiva, como escribe ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 6: “lo imperecedero del hombre que ha desaparecido del mundo de los vivos, lo que llamamos su buena memoria, se perpetúa en herederos, allegados, íntimos o cuerpos sociales a los que perteneció o contribuyó a crear”.

pues, dada por supuesta la extinción de la personalidad por efecto de la muerte, algo de ésta se prolonga o supervive³⁰². Y por tanto se entiende que debe ser una prolongación de la personalidad tutelada por la LO 1/1982³⁰³.

2.2. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA *MEMORIA* *DEFUNCTI*

Si el artículo 32 CC inexorablemente establece la extinción de la personalidad tras la muerte de la persona, parece irremediable plantearse qué es lo que protege el artículo 4 de esta LO 1/1982³⁰⁴ exactamente.

La personalidad ya no existe, fue, es pretérita³⁰⁵. Por ejemplo, el difunto ya no tiene derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, en los términos literales que regula la LO 1/1982. Ahora bien, la propia Exposición de Motivos de la LO determina 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, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona (...)”.

³⁰² ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 7.

³⁰³ Señala CABEZUELO ARENAS, A. L. “Breves...”, *cit.*, pág. 1577: “el Legislador quiso hacerse eco, así, del legítimo interés que asiste a la persona a la hora de preservar su buen nombre más allá de su muerte”.

³⁰⁴ En concreto este artículo dispone que: “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 hubieren transcurrido más de 80 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”.

³⁰⁵ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 4

Por tanto, lo que se persigue es proteger la memoria del difunto, y esto se traduce en defender “cualidades o rasgos de una persona ya desaparecida”³⁰⁶, a pesar de que, como anteriormente señalábamos, el fallecido no tenga derecho al honor. Porque no hay que olvidar que las ofensas a su reputación, las palabras que menoscaban sus cualidades o sus méritos, lesionan indudablemente esa memoria que se pretende tutelar; por otro lado, también se persigue proteger aspectos de la vida privada del difunto que íntimamente resguardó a lo largo de su supervivencia y cuya posible revelación puede dañar su memoria. Ahora bien, más adelante comprobaremos como la propia LO 1/1982 diferencia entre personas públicas y personas privadas a la hora de su protección³⁰⁷. Por último, también se pretende proteger la imagen de la persona fallecida.

Es decir, la LO 1/1982 estima digna de protección ante ciertas agresiones lesivas lo que en vida se llamó su derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen pero que tras su muerte se traduce en tutelar su memoria, eso sí, con peculiaridades frente a la protección de estos derechos en vida, puesto que por ejemplo, en principio no goza de tanta protección al no admitirse, en general, la posibilidad de acudir en amparo al TC para defender dicha memoria.

Esta protección a la memoria del difunto es lógica ya que de no existir esta tutela por parte del Ordenamiento Jurídico, muchas intromisiones a la misma quedarían impunes tras la muerte de la persona³⁰⁸. No podemos dejar que se pueda ofender, sin más, la memoria de aquel que ya no se puede defender. Y por tanto, el Derecho no puede ignorar la protección de los fallecidos³⁰⁹. En ese sentido, CABEZUELO ARENAS afirma que la muerte no puede utilizarse “como

³⁰⁶ LASARTE, C., *Principios...*, *cit.*, pág. 186.

³⁰⁷ Esta diferencia en palabras de YSÁS SOLANO, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 795, se basa en: “el interés de diferenciar las acciones que pertenecen al heredero como tal y las acciones protectoras de la memoria del acusante que no siguen la vía hereditaria”.

³⁰⁸ GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección jurídica del honor post mortem en Derecho Romano y en Derecho Civil*, Comares, Granada, 2002, pág. 64.

³⁰⁹ ROJO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública según Ley 5 de mayo de 1982*, Colex, 1987, pág. 124.

excusa para negar toda protección al respeto que nos merecen otros seres humanos, predicable en vida, respecto a la dignidad y más allá de aquélla, al recuerdo que perdura de su personalidad”³¹⁰. Es más, la *memoria defuncti* es un límite a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y el derecho a la información cuyo ejercicio va en paralelo y a menudo choca con los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española.

En conclusión, lo que protege esta LO 1/1982 es la memoria del difunto³¹¹, que engloba los aspectos comentados, en tanto la propia Exposición de Motivos considera que aquélla es una prolongación de la personalidad, y por tanto es un residuo de la dignidad humana³¹².

Si bien lo que se protege es la *memoria defuncti*, antes de avanzar, conviene detenernos en la justificación de la supervivencia de esta memoria a la extinción de la persona. Es decir, en ¿por qué se protege la *memoria defuncti*?

2.2.1. Diferentes posturas

Se han vertido muchas opiniones en torno a la supervivencia de la memoria del difunto tras la extinción de la persona. ¿Cómo se justifica que sobreviva esta *memoria defuncti*? Hay varias teorías³¹³:

³¹⁰ CABEZUELO ARENAS, A. L. Breves..., *cit.*, pág. 1577.

³¹¹ Señala YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 793, que esta LO 1/1982 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”. En este sentido escribe PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 119, que tras la muerte de la persona, el Ordenamiento jurídico estima que subsiste, no el derecho subjetivo, sí un bien jurídico digno de protección: el halo de la persona, su memoria.

³¹² En este sentido, ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 12.

³¹³ Con detalle en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 13 y ss.; BODAS DAGA, M^a. E. *La defensa...*, *cit.*, págs. 168 y ss.; Todas estas teorías nacen como señala HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, págs. 108 y ss., de: “(...) un empeño clásico en la doctrina continental (...) tratar de hallar el fundamento teórico sobre el que sostener la legitimación de determinadas personas (bien ciertos parientes próximo, bien los herederos) para actuar frente a lesiones o atentados a los derechos de la personalidad de una persona fallecida. Estas elaboraciones doctrinales (que comienzan a formularse a partir del primer tercio del siglo XX) se han ido construyendo con el objeto de compatibilizar la defensa de los derechos de la persona fallecida con el mantenimiento del dogma de que la muerte supone el fin de la personalidad y,

a) Una teoría se inclina por considerar que la memoria sobrevive a la extinción física de la persona porque, en el caso de verse ofendida, se transmite el derecho de defensa de dicha memoria, es decir, estaríamos ante una transmisión *mortis causa* del derecho de defensa del difunto a favor de sus herederos o familiares.

Esta teoría, aptada en Francia y en la República Federal Alemana³¹⁴, es defendida por PIERRE BLONDEL, que opina que determinados aspectos tutelables de los derechos de la personalidad perduran tras la muerte, y que los herederos realmente reciben por vía sucesoria son prerrogativas de protección, no la disposición del derecho³¹⁵. Que la memoria pervive en los herederos o familiares por la transmisión del derecho a su defensa lo afirma también el Tribunal Federal Alemán³¹⁶ en el renombrado caso conocido como *Mephisto*. El Tribunal aceptó que los familiares de un actor fallecido pudieran defender su memoria ante la biografía escrita por Klaus Mann. Mann relataba la vida de su paciente donde lo presentaba como colaborador nazi. El Tribunal consideró que a pesar de haber perdido su capacidad jurídica por el fallecimiento sobrevive el derecho general de la personalidad tras la muerte en manos de los familiares del difunto. Basó su argumento en que los parientes eran causahabientes del derecho general de la personalidad del difunto y recibían *iure successionis* las prerrogativas de defensa, se consideró que la intangibilidad de la dignidad humana era suficiente para la actuación de los familiares, afirmó que esta es inviolable y que defenderla y respetarla es un deber de la autoridad pública.

obviamente se han ido realizando en atención a la regulación de la materia, en cada momento histórico, en los distintos ordenamientos jurídicos y las soluciones jurisprudenciales que en ellos se iban produciendo (...).

³¹⁴ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona. Comentario de la sentencia 231/1988 de 2 de diciembre”, en La Ley 1, febrero, 1990, pág. 1068.

³¹⁵ BLONDEL, P., *La transmisión a cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux a caractère personnel*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, págs. 65 y ss. También expone el planteamiento de Blondel; YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 806.

³¹⁶ Con detalle en, IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1069; GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, *cit.*, pág. 85; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 11.

Literalmente el Tribunal estableció que “es incompatible con la obligación, radicada en la Constitución, a la inviolabilidad de la dignidad del hombre, en la que se basan todos los derechos fundamentales, el que el hombre, al que corresponde dignidad por el hecho de ser persona, pudiera ser degradado o humillado también después de su muerte”³¹⁷.

Esta línea seguida por los Tribunales Federal y Constitucional alemanes habría sido posible en nuestro país en opinión de IGARTÚA ARREGUI³¹⁸. Siguiendo a este autor, en nuestro Ordenamiento Jurídico parece que, sin embargo, no se admite esta opción ya que en la famosa sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, en concreto en el FJ 3, existe la base para entender que no se acepta esta transmisión especial en nuestro sistema, pues de existir aquélla, no habría duda de que también en amparo cabe la alegación de esos derechos. Por el contrario, los derechos de la personalidad se extinguen con ésta y habrá que buscar otra explicación para su protección civil *post mortem*³¹⁹.

Ahora bien, realmente esta teoría es innecesaria ya que si la propia Exposición de Motivos de la LO 1/1982 considera que la memoria es una prolongación de la personalidad pretérita que vive en los herederos, en los familiares o en el Ministerio Fiscal, no hay nada que transmitir, existe por sí misma³²⁰. Por tanto, no es necesario acudir a esta teoría para justificar la

³¹⁷ Considera IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1069, que si bien esta solución fue muy criticada en la doctrina alemana, tiene algo de cierto y que también nuestro TC podría secundar esta argumentación basándose en nuestro artículo 10.1 CE.

³¹⁸ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1069. Por el contrario, Mariano Alonso considera que igualmente ni el argumento de Blondel ni del Tribunal Federal Alemán explica: “cómo y por qué subsiste tan sólo el lado defensivo del derecho de la personalidad del causante, si la muerte extingue sin remedio todas sus manifestaciones morales o inmateriales, con independencia de que en ocasiones la ley atribuya a los herederos la protección de facultades jurídicas personales del difunto o el ejercicio de acciones. Pero en estos casos, actúan no como sucesores en el *universum ius*, sino como atributarios *ex lege* y *ex novo* de estas funciones *post mortem*”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 11.

³¹⁹ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1068.

³²⁰ En concreto, siguiendo a ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 11: “si la *memoria defuncti* es prolongación de la personalidad extinta en sucesores, familiares o representantes públicos, nada es preciso traspasar, porque la memoria del fallecido tiene subsistencia por sí misma y,

supervivencia de la *memoria defuncti*, no sobrevive porque se transmita el derecho a su defensa. Se extiende a los vivos por otras razones que veremos más adelante.

Es cierto que la LO 1/1982 legitima a determinadas personas a defender la *memoria defuncti*, y que esta ley rompe con el sistema susorio habitual de encomendar al heredero la defensa del patrimonio moral del causante ya que el legislador admitió que el difunto no estuviera sujeto tan sólo a vínculos susorios, sino que le permite al causante designar en testamento a la persona que considera que mejor va a proteger su memoria ofendida. Si no hay designación o fallece, se hizo incorrectamente o el designado renunció, estarán legitimados el cónyuge y los parientes, incluso colaterales hasta el cuarto grado³²¹. Por otro lado, pueden coincidir los designados testamentarios con los llamados a suceder, ahora bien, en el caso de no coincidir tienen vocación testamentaria y no hereditaria³²². Y en su defecto recae la legitimación en el Ministerio Fiscal. Este es el mismo criterio que adopta el artículo 15 de la Ley 22/ 1987 de Propiedad Intelectual, que ya hemos visto. En ambas, tanto el derecho moral de autor como la personalidad y por consiguiente los derechos personalísimos del causante desaparecen con la muerte, pero se legitima para defender ese derecho moral de autor o para defender la *memoria defuncti*.

Cabe preguntarse por qué sobrevive realmente la *memoria defuncti* tras la muerte del causante de modo que indagamos otras vías para justificar la protección civil de la *memoria defuncti*.

b) Otra teoría se basa en que hay que recurrir a la ficción de considerar la memoria del difunto como una prolongación de la personalidad del mismo. Y eso porque con la *fictio iuris*, se evita la ruptura de la intransmisibilidad del

mientras no desaparezca de los vivos, está hipostáticamente unida a ellos, porque emana de la dignidad del hombre, aunque éste haya muerto”.

³²¹ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 796.

³²² ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 20.

derecho, al considerar que el fallecido vive en este ámbito para el Ordenamiento Jurídico³²³.

Sin embargo, la protección de la personalidad pretérita descansa en la idea de respeto a la persona que fue, a los posos de dignidad que perduran, por lo que no conlleva recurrir a una ficción de supervivencia para justificar su protección, como señala DE CASTRO, “el tener en cuenta la pasada existencia de una persona, dar valor a sus disposiciones testamentarias (...), son, ciertamente, manifestaciones del respeto a la persona; pero, precisamente por ello, su significado jurídico no necesita apoyarse en una ficción de supervivencia”³²⁴.

Además, es cierto que en la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 se considera a la memoria como prolongación de la personalidad, pero tanto en la misma Exposición de Motivos, como en los artículos 4 a 6 de dicha LO se reconoce y tutela la figura de la memoria del difunto, por lo que no tiene sentido que se pretenda proteger una mera ficción jurídica³²⁵.

c) Otra de las teorías seguidas, que viene de la doctrina italiana, entre otros por DE CUPIS³²⁶, es considerar que la *memoria defuncti* se traslada al cónyuge y demás familiares, porque las ofensas realmente se dirigen a los

³²³ GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, cit., pág. 124.

³²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho...*, cit., pág. 147.

³²⁵ Señala ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, cit., págs. 6 y ss, que se esta defensa de la memoria del fallecido en cuanto prolongación de la personalidad se justificaría, *iure successionis* y recaería su defensa en sus herederos. Este fue el planeamiento del Grupo Comunista del Congreso, que presentó una enmienda a la totalidad, la cual manifestaba que el heredero testamentario del difunto debía ser el titular del derecho a la protección de la personalidad pretérita en base a que el heredero es el continuador de la personalidad del causante. Sin embargo, el heredero es un sucesor en el conjunto de relaciones jurídicas, no es un continuador. En palabras del autor: “aunque el heredero sea ordinariamente actor principal del escenario sucesorio, nada impide que otras personas (legatarios, albaceas, allegados o amigos) reciban bienes, encomiendas fiduciarias o facultades para ejercitar acciones (...). El caso es patente es los artículos 4 y ss de la LO 1/1982, porque, en definitiva, la persona del heredero cede ante la supremacía de la voluntad del causante o del legislador (...)”. Por lo que no se podría justificar *iure successionis* la supervivencia de la memoria del difunto debido a que el legislador optó por el planteamiento anteriormente comentado.

³²⁶ Afirma DE CUPIS, A., *I diritti...*, cit., pág. 98: “*la menomazione del buon nome del difunto può fàcilmente risolversi in una menomazione del buon nome dei suoi prossimi congiunti. Inoltre, questi possono sentirse offesi non solo nel loro buon nome, ma anche nel sentimento di pietà che hanno verso il defento*”.

sentimientos de piedad que tienen los familiares con el fallecido. Es decir, estiman que como a los muertos ya no se les puede lesionar ningún derecho, la lesión realmente se produce a los parientes unidos a él³²⁷. Según esta teoría la memoria sobrevive por nexos familiares. Éstos últimos protegen la *memoria defuncti* al verse afectados personal y familiarmente³²⁸.

En nuestro Derecho hay autores que apoyan esta teoría ya que consideran que esta tutela civil *post mortem* se basa en el mutuo deber de protección que se tiene que dar en una familia³²⁹, ya que es ésta la protectora por excelencia de los derechos personales del fallecido³³⁰. Afirma IGARTÚA que con esta teoría se mantiene “la indisponibilidad de los derechos de la personalidad en sentido estricto (en otras palabras, la personalidad acaba con la muerte del sujeto) y, a la vez, restringir la actividad de los familiares (o designados) a su ámbito exclusivo de protección, sin paralizar la actividad de otras personas que puedan argüir intereses legítimos en la vida del difunto (informadores o historiadores)”. Con la muerte, la memoria del difunto debe protegerse, ahora bien, sufre una reducción de la misma respecto de la que gozó en vida³³¹.

Por otra parte, parece que esta teoría la comparte el Tribunal Constitucional³³², a tenor de las sentencias 213/1988, de 2 de diciembre³³³ y 190/1996, de 25 de noviembre. La primera sentencia citada del Tribunal Constitucional: 213/1988, de 2 de diciembre, es la famosa sentencia del caso del torero “Paquirri”. La viuda del torero demanda a Prographic, S.A., por una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad e imagen del marido, así como al derecho a la intimidad de sus familiares, y concretamente de su viuda e hijos, alegando que se había grabado y comercializado: “sin autorización

³²⁷ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 7.

³²⁸ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.* pág. 8.

³²⁹ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, págs. 1068 y ss.

³³⁰ DE COSSÍO, M., *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993, pág. 97.

³³¹ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1069.

³³² Con detalle en, ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs 7 y ss.

³³³ Un completo análisis de la misma en, IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, págs. 1066 y ss; IGARTÚA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 205 y ss.

alguna, unas cintas de vídeo en las que se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de su difunto marido (...) y muy especialmente, imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) y de su posterior tratamiento médico en la enfermería de la citada plaza”. Cabe señalar que la sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo de fecha 28 de octubre de 1986, fue la primera en aplicar la LO 1/1982³³⁴.

La demanda de amparo se basaba en la vulneración por parte del Tribunal Supremo de los artículos 18. 1 y 20.4 de la CE. El TC concede el amparo. El TC interpreta que no se puede recurrir en amparo para defender los derechos de la personalidad de una persona fallecida, pero considera que sí cabe una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar de la viuda del diestro para acudir al amparo. La sentencia en el FJ 4 establece literalmente: “debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, 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 del individuo que los derechos del art. 18 de la CE protegen (...) No cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible”.

De la misma manera, la otra Sentencia citada del Tribunal Constitucional: 190/1996, de 25 de noviembre ratifica esta línea. En este caso los padres de una joven fallecida demandan a *Televisión Española* alegando que la noticia relativa al fallecimiento suponía una intromisión ilegítima al derecho al honor de la difunta. La noticia narraba la posibilidad de que la muerte se debiese al

³³⁴ Un estudio exhaustivo lo encontramos en, IGARTÚA ARREGUI, F., Comentario a la Sentencia de 28 de octubre de 1986, *CCJC*, núm. 12, 1987, pág. 4081 y ss, en concreto 4088.

consumo de estimulantes. El Tribunal Supremo dio la razón a los padres y es *Televisión Española* la que recurre en amparo alegando, entre otras cosas que: “no cabe referir el honor, como derecho, a una persona fallecida”.

El TC denegó el amparo a *TVE*, no porque realmente se hubiese dañado el honor de la joven fallecida, que ya no lo tiene, sino porque la difamación alcanzó a su familia. En concreto el Tribunal establece que “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”.

Esta tesis que basa en los vínculos familiares la protección de la *memoria defuncti*, como indica ALONSO PÉREZ, está mal planteada civilmente. En primer lugar, como veremos más adelante al hablar de la imposibilidad de acudir a la tutela constitucional por ofensas a la memoria del difunto, las ofensas a dicha memoria sólo se reparan a través de la responsabilidad civil, nunca constitucionalmente³³⁵. En segundo lugar, las personas vivas son las que tienen derechos fundamentales, no los fallecidos, y son las que pueden invocar un interés legítimo para acudir al amparo. Por tanto, basar la supervivencia de la memoria del difunto en el deber de protección entre los familiares es insuficiente³³⁶.

Ciertamente, hay ocasiones en las que las ofensas a la memoria de un difunto pueden afectar a sus familiares y provocar en ellos el deseo de defender su memoria maltrecha, obviamente por el sentimiento del deber de protección existente entre los miembros de una familia³³⁷. Aquí encajaría el problemático derecho a la intimidad familiar³³⁸ que recoge la LO 1/1982, y del que el propio

³³⁵ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 8.

³³⁶ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 8.

³³⁷ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 8.

³³⁸ Igartúa Arregui realiza un amplio e interesante estudio sobre la intimidad familiar, considerándolo como un concepto independiente pero bastante similar al sistema de protección

Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones se ha pronunciado, aceptando el amparo ante una posible lesión a este derecho³³⁹.

Sin embargo, como hemos apuntado anteriormente esta teoría realmente no justifica la supervivencia de la *memoria defuncti*, ya que si bien es cierto, que la lesión a la memoria de un fallecido puede afectar a su familia, no se puede decir que sobreviva sólo por esa razón y en base a lazos familiares, ya que puede sobrevivir por sí sola³⁴⁰. Por lo que debemos acudir a otra vía.

d) Otra teoría es pensar que sólo se ofende a la *memoria defuncti*, a la buena memoria, a la buena fama del fallecido. En este caso, los familiares no se sienten dañados. Pero por respeto al fallecido ante dicha lesión se lanzan a proteger la memoria del difunto³⁴¹. La memoria se defiende *alieno iure*, se protege un interés ajeno, no un derecho propio³⁴².

post mortem de la memoria defuncti basado en la actuación *iure proprio*, lo podemos ver en, IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1070 y ss; Por su parte, CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1578, considera que la intimidad familiar como tal derecho, “se configura más bien como una elaboración artificial del Legislador, el cual no otorga respuesta alguna sobre a los interrogantes que acerca de su objeto y de su misma titularidad pudieran suscitarse”.

³³⁹Ahora bien, esta teoría de deber de protección entre familiares no quiere decir que se admita un derecho al honor familiar, que no fue recogido por la LO 1/1982, ni por la Constitución Española, a pesar del antecedente que existía en el artículo 4 del Fuero de los Españoles. Fernando Igartúa niega el concepto de honor familiar, ya que “podría suponer una grave cortapisa a las libertades de expresión e información”, en IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1073, cita. 21; CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, págs. 1578 y ss, crítica del concepto del honor familiar, empezando con la STC 107/ 1988 de 8 de junio, donde se reconoce, “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”, aceptando que una lesión al honor de un familiar puede tener una repercusión a su familia, considera que “el honor de las personas (...) no puede supeditarse en cuanto a su existencia a la moral de sus parientes (...). Hablar de honor familiar supondría aumentar la confusión creada por el Legislador (...)”. Señala que, “el problema es que, a veces, no está tan claro, cuándo la lesión a la memoria del difunto se traduce también en un daño para el honor de la intimidad y el honor de sus familiares, aún vivos (...), en este caso, estamos en presencia de dos legitimaciones, de dos derechos distintos (...)”.

³⁴⁰En palabras de ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 8: “cuando se ofende, injuria o vilipendia la memoria de una persona fallecida, pueden presentarse varias situaciones (...). Su traslación exclusiva a las relaciones o lazos familiares no siempre se ajusta a la realidad. Las diversas situaciones en que la memoria sobrevive a la muerte de la persona nos muestran las insuficiencias de esta tesis”.

³⁴¹Como señala ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 8, estamos ante: “el supuesto estricto de lesiones a quien ya no se le puede herir (...), pero la memoria, como prolongación de la personalidad del fallecido, ha experimentado un detrimento que conviene reparar, con

Esta teoría es seguida por LACRUZ y por SALVADOR CODERCH entre otros autores. Consideran que las personas fallecidas ya no tienen derechos, no se les puede dañar, pero dejan un recuerdo, una memoria y las personas encargadas de su defensa por el artículo 4 de la LO 1/1982, actúan como fiduciarios³⁴³. Los herederos o parientes a favor de la buena memoria del difunto, actúan como gestores de ésta³⁴⁴, no como derechos propios³⁴⁵.

Es decir, para esta teoría, solamente se daña la memoria del difunto y los legitimados son tan sólo herramientas para defender un interés ajeno³⁴⁶. Los familiares actúan exclusivamente para defender el buen nombre del fallecido, independientemente de que se puedan ver afectados de alguna manera. Esta defensa a la memoria del difunto que los defensores van a realizar puede ser por motivos dispares; unos defenderán por respeto, solidaridad, cariño; otros por móviles menos altruistas como por ejemplo, la codiciada obtención de una ganancia indemnizatoria³⁴⁷. En definitiva, las ofensas, para esta tesis, afectan sólo a la personalidad extinta³⁴⁸.

Cabe destacar a este respecto dos sentencias bastante ilustrativas:

independencia de que salpique a deudos o allegados, por respeto a la dignidad del muerto, que es imperecedera, y a lazos indelebles que unen a vivos y muertos”.

³⁴² ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 9.

³⁴³ En concreto SALVADOR, P., *¿Qué es difamar?...*, *cit.*, pág. 37; SALVADOR CODERCH, P., *El mercado...*, *cit.*, págs. 202 y ss, afirma que: “las personas fallecidas, (...) ya no son personas, ni tienen derechos, ni son tampoco sujetos pasivos de difamación alguna. A los muertos ya nadie puede hacerles daño (...)”, ahora bien, como ya hemos visto anteriormente dejan en nosotros un recuerdo, una memoria, imagen, por lo que “el guardián de la memoria del causante (...), actúa como un fiduciario que no puede reclamar en interés propio (...)”.

³⁴⁴ A este respecto afirma ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 9, que: “designados testamentarios, parientes próximos o el Ministerio Fiscal actúan como curadores de bienes morales no extintos por la muerte, pero tampoco heredables ni compartidos *iure familiae*”.

³⁴⁵ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 23.

³⁴⁶ En este sentido CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1580, subraya que se interviene para: “combatir un mal cuyos efectos se agotan directa y únicamente en la esfera a la que va dirigido, esto es, en el recuerdo del difunto”.

³⁴⁷ Con detalle, CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1580.

³⁴⁸ En palabras de CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1580: “existe un interés de toda persona por preservar su nombre aun después de su muerte, con absoluta independencia de que cualquier afrenta dirigida hacia él pueda traducirse, o no, en un ataque para terceros”.

- La primera de ellas es una sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha del 23 de julio de 1985, sobre una posible vulneración al honor del fallecido ministro Alberto Martín Artajo. Los hijos del mismo, demandan a Ediciones Zeta S.A. porque su revista *Interviú* publica en sus números 405 y 406 un reportaje titulado: “El escándalo de los aviones sabuesos”, donde se afirma que su padre estuvo implicado, entre otros, en lo que se calificó como timo y estafa de veinte millones de pesetas. La sentencia consideró no probada la noticia, por ser una información que no cumplía con el requisito de veracidad y que era difamatoria. La única relación probada que tenía el difunto ministro con el caso era su cargo de vicepresidente del Centro Europeo de Documentación e Información, donde dentro de Junta Directiva estaban integradas personas que sí tenían participación o conocimiento de los hechos. La sentencia estimó que los demandantes eran: “guardianes de la memoria y reputación de su padre fallecido, auténticos fiduciarios”, destinando la indemnización a restablecer la imagen que dejó el ministro fallecido en la sociedad.

En este caso, es evidente que la ofensa no afecta directamente al honor de los familiares, sólo al del fallecido ministro³⁴⁹. Eso sí, independientemente del posible daño que produce a los familiares un ataque a la memoria de un ser querido.

- La otra sentencia es del Tribunal Supremo del 7 de marzo de 1988³⁵⁰, los periódicos *El País* y *Diario 16*, publicaron la noticia de un accidente de avión pilotado por el comandante Patiño. En el primer diario dieron a entender que el piloto padecía estados de depresión y en el segundo lo calificaban como violento y adicto a la cerveza. Por lo cual, sus hijos demandaron a los directores

³⁴⁹ En relación a esta sentencia el Prof. Alonso Pérez sostiene que: “la memoria del difunto, en este caso, no mancha directamente la reputación de sus familiares, se queda en el buen nombre del fallecido. Aunque siempre la reputación de los deudos íntimos resulta impregnada, en mayor o menor grado, de las ofensas inferidas al muerto. Así de expansiva es la memoria del difunto”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 9.

³⁵⁰ Con detalle en, SALVADOR CODERCH, P., *El mercado...*, *cit.*, pág. 203.

de ambos periódicos y a sus empresas editoras por lesión a la memoria del difunto comandante.

El Tribunal, en el F. de D. 2., señala que: “las expresiones contenidas en los números de *El País* de 20 de febrero, 14 y 17 de marzo de 1985 sobre el piloto en cuestión, vertidas inmediatamente después de producirse la catástrofe aérea y estando abiertas unas diligencias penales y una investigación técnica para determinar sus causas, conducen subliminalmente a los lectores del periódico, mediante una especie de juicio paralelo, a la conclusión de que el accidente se debió a una patente irresponsabilidad del comandante del avión siniestrado que pilotaba la aeronave en condiciones anímicas y profesionales incompatibles con la delicadeza de la función correspondiente, lo que 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”.

En este caso, se vuelve a ver que la lesión es a la memoria del difunto, y que los familiares sólo actúan como defensores de un interés ajeno, a pesar del más que probable daño que sufren al ver difamado a un ser querido³⁵¹.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta teoría sigue sin explicar realmente, por qué sobrevive la memoria a la extinción física de la persona. Sólo determina que la posible ofensa sólo va a afectar a la memoria del difunto, en sentido riguroso y que los legitimados actúan solamente para limpiar dicha memoria lesionada, como guardianes de la misma.

e) Una teoría, contraria a esta, considera que la memoria del difunto sobrevive, porque la lesión a la memoria del difunto afecta tan sólo a los

³⁵¹ En palabras de ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 9 y ss: “(...) es evidente que al memoria lesionada, por su conexión con la mala praxis profesional tal como se le imputa, no puede incidir sobre los hijos actores más que en pequeña, aunque inevitable, medida: los familiares siempre sufren sobre su persona las consecuencias difamatorias del ser querido que ya no puede defenderse”.

familiares y por tanto defienden un derecho propio³⁵². Esta teoría se diferencia de la segunda en que en ésta los familiares actuaban por un sentimiento de deber recíproco de protección habitual en la familia pero sobre la base de la intimidad familiar y no protegiendo un derecho propio³⁵³. Para esta tesis, es posible, por tanto, concebir un interés predicable a favor de los familiares o allegados, en conservar el buen nombre del difunto, ya que protegiendo la memoria de éste, se podrán eludir posibles daños a aquéllos³⁵⁴.

Esta teoría no es aceptable en primer lugar porque elimina toda posibilidad de defender en sentido estricto la memoria del difunto³⁵⁵. Y en segundo lugar, es posible que en ocasiones una lesión a la memoria de un familiar o amigo fallecido, puede conllevar, a su vez, un daño a nuestra esfera personal. Ahora bien, es esencial deslindar que una cosa es servir al deseo del difunto de que su buena fama, recuerdo, memoria se mantenga indemne, defendiendo en este caso un interés ajeno, y otra cosa es que con la intromisión a la memoria de un ser querido se produzca en familiares o allegados consecuencias injustas e indeseables, donde lo que se va a defender es un derecho propio, es decir, el deseo que mueve proteger dicha memoria no es ya el recuerdo al fallecido, sino evitar un posible perjuicio a nuestra persona³⁵⁶. Son intereses distintos que tienen la misma base, la *memoria defuncti*³⁵⁷.

³⁵² ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 10.

³⁵³ Como ya hemos señalado, Igartúa considera los dos sistemas bastante similares, a pesar de afirmar la independencia del concepto de intimidad familiar, ver cita 348.

³⁵⁴ CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1580.

³⁵⁵ Apunta ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 10, que: “esta posición se adueña de la memoria del difunto, que sólo es defendible cuando las ofensas a la misma, jurídicamente irrelevantes, se hacen realidad propia y autónoma en los familiares”.

³⁵⁶ CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1580.

³⁵⁷ En efecto, estamos ante intereses distintos, y siguiendo ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 10, en ambos casos siempre está presente la memoria defuncti, “aunque los vivos defiendan su reputación personal, o incluso su honor o intimidad mancillados, la ofensa ha partido de la persona extinguida del difunto y, con mayor o menor intensidad, su reputación menoscabada impregna los ultrajes a sus familiares o herederos”. Cabe señalar que en la LO 1/1982, no encontramos esta postura, como dice Mariano Alonso, con el fin de proteger la memoria del difunto a través de, en primer lugar la designación testamentaria y sólo en su defecto acudir en segundo lugar a los parientes: “no olvidemos que la memoria, en cuanto prolongación de la personalidad extinta, presenta un doble aspecto: tiene su raíz en recuerdos, sentimientos y afectos brotados *in caput defuncti*; es decir, en su dignidad impercedera. Por eso la necesidad de reparar los daños irrogados a al misma por injurias, difamaciones o perversiones de su buen

f) La última teoría, es aquella que considera que la *memoria defuncti* sobrevive tan sólo porque la LO 1/1982 da legitimación procesal a determinadas personas³⁵⁸. Es innegable que dicha Ley otorga esa legitimación, pero no deja de ser una justificación un tanto insustancial y sigue sin explicar la supervivencia de la memoria a la extinción física de la persona. La memoria es mucho más que una defensa por parte de las personas establecidas en el artículo 4 de la LO 1/1982. A éstos les llega la memoria del difunto como una supervivencia de la dignidad y honorabilidad del mismo, y constituye un interés jurídicamente protegido su derecho a ejercer la defensa³⁵⁹.

De todas las teorías expuestas, ninguna explica realmente por qué perdura la memoria del fallecido tras su muerte. Rigurosamente hablando, lo que reflejan es la naturaleza de la actuación de los familiares.

2.2.2. La dignidad *postmortem*

La muerte provoca la extinción de la personalidad, y por tanto la titularidad de los derechos inherentes a la misma, pero no conlleva que desaparezca el deber de respeto que merecen las personas, al contrario, perdura más allá del fallecimiento, el respeto a la persona que fue³⁶⁰ y el Derecho tiene que proteger. Es decir, entra en juego la dignidad de la persona, que perdura a pesar de la muerte de ésta³⁶¹.

nombre e imagen, siempre y en primer término. En un segundo momento, las ofensas del difunto salpican frecuentemente a familiares, herederos y a la misma sociedad, que tiene entre sus *principios* el respeto a la memoria de los difuntos y honrarlos debidamente. Tiene esa doble expresión: está entre la *muerte* de la persona y la *vida* de sus sucesores.

³⁵⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El derecho al honor en la evolución jurídica posterior al Código civil", en *Centenario del Código civil*, tomo II, Centro de estudios Ramón Areces, 1990, pág. 1556.

³⁵⁹ ALONSO PÉREZ, M., "Daños...", *cit.*, pág. 11.

³⁶⁰ En este sentido encontramos, entre otros: PUIG BRUTAU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 48; LÓPEZ JACOISTE, J. J., "Intimidad...", *cit.*, págs. 612; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Artículos...", *cit.*, pág. 343.

³⁶¹ En palabras de LÓPEZ JACOISTE, J. J., "Intimidad...", *cit.*, pág. 614: "Asoma aquí, sobremanera expresiva, la dignidad de la persona, la cual, aun después de extinguido su vivir, mantiene la significación y el respeto de lo que fue y significó".

La dignidad de las personas está consagrada en el artículo 10.1 de nuestra CE, plasmada anteriormente en las Declaraciones del siglo XVIII. Sin embargo, a pesar de estar integrada en nuestro ordenamiento, no hay ningún precepto que ofrezca una definición de dignidad. Desde luego, los orígenes de la misma no son jurídicos sino filosóficos, en razón al intento de determinar el valor de la persona³⁶². Nosotros no vamos a entrar a elaborar un concepto de dignidad, tan discutido y poco pacífico para la doctrina, pero sí expresar que al ser valor inherente de la persona es obvio que los derechos de la personalidad, derivan de la dignidad³⁶³, como así lo indica el FJ3 de la Sentencia del TC 231/1988 de 2 de diciembre.

Es indudable que la dignidad es inherente al hombre, como señala RICO-PÉREZ: “La dignidad (...), expresa socialmente el inestimable valor en sí de la persona humana (...). Es intrínseca a todos y cada uno de los hombres y engendra inexcusablemente el hecho de que existan una serie de derechos, con la dignidad en la cabeza, que son propios de cada persona, de tal forma que no podrían ser desconocidos sin que al mismo tiempo su esencia fuera alterada y, por consiguiente, la persona degradada en su calidad de ser humano”³⁶⁴. Todos tenemos dignidad, incluso, como señala la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia de 1984/6255, de 7 de diciembre: “Las personas más degradadas o envilecidas (...), conservan (...), un oasis de dignidad, que no es lícito profanar, ofender y lesionar”.

³⁶²En palabras de PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, 2003, Madrid, pág. 68: “en su origen dignidad humana no es un concepto jurídico como pueda serlo el derecho subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco político como Democracia o parlamento, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo”.

³⁶³ Siguiendo a Macías Castillo: “(...) derechos de la personalidad cuyo principal cometido no es otro que contribuir, de manera decisiva, al desarrollo de la persona y a la dignidad humana”, en MACÍAS CASTILLO, A., “El consentimiento...”, *cit.*, pág. 2.

³⁶⁴ RICO-PÉREZ, F., “Protección...”, *cit.*, págs. 740 y ss.

Esta dignidad de la persona es la razón, el germen, del deber de respeto a los demás³⁶⁵. Y tras la muerte, creemos que subsisten residuos de la dignidad que tuvo en vida y, por tanto, el deber de respeto, a pesar de la extinción de la persona y de su personalidad. Luego, consideramos que la *memoria defuncti* sobrevive en relación a la dignidad, consustancial a la persona, consagrada como vimos en el artículo 10.1 CE., elevada al rango de principio general del derecho. Tras la muerte, no desaparece totalmente esa dignidad que gozó en vida, reiterando nuevamente las palabras de LÓPEZ JACOISTE, “Asoma aquí, (...), la dignidad de la persona, la cual, aun después de extinguido su vivir, mantiene la significación y el respeto de lo que fue y significó³⁶⁶. Es decir, la *memoria defuncti* es ese resto de dignidad que se mantiene, que no muere tras el fallecimiento, así sobrevive la memoria a la extinción física de la persona.

En la autorizada opinión de ALONSO PÉREZ: “La memoria es un residuo inextinguible de la dignidad humana, que perdura mientras sea lesionada, vilipendiada o injuriada. Como principio constitucional (...), la dignidad sostiene todos los derechos fundamentales y libertades públicas, incluso más allá de la muerte. No ciertamente, (...), en el plano constitucional una vez fallecido el titular de los derechos fundamentales y extinguida su personalidad, pero (...) se mantienen acciones civiles para defender la memoria (...). La dignidad del hombre hace a éste persona, no cosa u objeto perecedero. Cualquier ofensa a la memoria, aunque no mueva a actuar a las personas legitimadas *ex art. 4 LO 1/1982*, ofende la dignidad del fallecido. El respeto a los difuntos, la preservación incólume de su buena memoria (...), salta a sucesores, familiares y amigos, pero nace y se regenera constantemente en la personalidad extinguida para prolongarse en los vivos. Representa (...), los elementos incorruptibles del ser humano en cuanto a portadores de una dignidad impercedera”³⁶⁷. Por lo que, *la memoria defuncti*, sobrevive al ser residuo de la dignidad humana, ésta no desaparece totalmente al fallecer la persona. Ésta

³⁶⁵ VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*. BOE. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2000, págs. 32 y 38.

³⁶⁶ Ver principio de capitulo.

³⁶⁷ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 12.

pierde sus derechos, pero como establece la Exposición de Motivos de la LO 1/1982, “aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última (...)”, por lo que no puede desaparecer ese resto de dignidad que permanece mientras sea dañada. Ya que, ese recuerdo que queda de él, sentimiento, buen nombre del fallecido, reputación, lo que llamamos *memoria defuncti*, vive en amigos, familiares o en último término el Ministerio Fiscal que son quienes la hacen viva³⁶⁸.

Señala ALONSO PÉREZ: “El legislador (...), consideró que aquélla, se hace viva y presente en las personas a quienes aquél confió su defensa por vía testamentaria, a través de los familiares más próximos, o por medio de quien representa los intereses públicos de la sociedad. La sede final de la memoria siempre está en los vivos, y de forma dinámica en quienes por lazos hereditarios, parentales o de amistad salen en su defensa si es ofendida o ultrajada (...), interesa que no se denigre ni menoscabe la buena memoria de los difuntos”³⁶⁹. Incluso la LO 1/1982 fue más allá, legitima como hemos visto al Ministerio Fiscal para proteger esa memoria del fallecido en defecto de designados y familiares, todo en razón de tutelar el buen nombre del fallecido³⁷⁰.

Por tanto, la memoria del difunto sobrevive a la extinción de la persona al ser un residuo de la dignidad y ese respeto a los difuntos, su recuerdo, la conservación de su buena memoria, en definitiva, vive en los designados, allegados, familiares, Ministerio Fiscal, que son los encargados de tutelarla a través de acciones civiles. Además si a consecuencia de la lesión a la memoria del fallecido se les ocasiona un daño, también pueden defender su propio derecho vulnerado como titulares del derecho a la personalidad lesionado, pero sin olvidar, como indicamos antes, que se trata de dos acciones distintas.

³⁶⁸ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 802.

³⁶⁹ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 12.

³⁷⁰ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 12.

2.3. DERECHOS IMPLICADOS EN LA MEMORIA DEFUNCTI.

Tanto en el derecho al honor, como en el derecho a la intimidad y como en el derecho a la propia imagen³⁷¹, lo subyacente a cada uno de ellos es la dignidad de la persona³⁷². La buena fama, buen nombre, la revelación de hechos de la vida privada de una persona, el emplazamiento o utilización de aparatos para conocer la vida íntima de las personas, así como las intromisiones a la propia imagen, que pueden afectar a su reputación, son valores basados en la dignidad.

Como hemos visto, tras la muerte la personalidad inevitablemente se extingue y no se puede transmitir. El fallecido ya no es titular de ningún derecho, pero la dignidad propia de la persona que fue hace posible la supervivencia de ciertos aspectos de esa personalidad: el honor, buen recuerdo,

³⁷¹ Derechos distintos aunque sin duda relacionados, a este respecto, PALAZÓN GARRIDO, M. L., “La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999: caso “Marlene Dietrich”), *A.C.*, núm. 20, mayo 2003, pág. 500, apunta acertadamente que la LO 1/1982, les otorga un tratamiento conjunto, a pesar de ser derechos diferentes, argumentándolo con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1997, donde en el F.J.2 considera: “(...) no se trata de un derecho tricéfalo sino de tres derechos. El honor queda muy diferenciado, pero los de la intimidad e imagen tienen más difícil separación dogmática y pragmática (...)”. De la misma manera Agustín Macías sostiene que “son tres derechos diferenciados, autónomos y por ello con perfiles propios”, a pesar de esto, apunta, “todavía es notable el número de pronunciamientos judiciales que no distinguen con rotundidad el contenido de los tres derechos”, con detalle en, MACÍAS CASTILLO, A., “Calificación errónea del bien jurídico protegido: confusión del derecho a la intimidad con el derecho al honor. Análisis de la STS 17 de junio de 2004”, *A.C.*, núm. 19, noviembre 2004, pág. 2364. En relación al tratamiento conjunto de estos tres derechos por parte de la LO 1/1982, DIEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 345, consideran que, aunque estrictamente hablando son derechos distintos, esa unificación puede aceptarse en base a que existen numerosos nexos entre ellos que hacen que en algunas ocasiones sea difícil escindirlos.

³⁷² Podemos ver la STC 1991/214, de 11 de noviembre, en el FJ8, establece: “La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva, y en el que se proyecta el derecho al honor”; la STC 81/2001, de 26 de marzo, donde en el F.J.2 considera: “el derecho a la propia imagen (...), se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana”. También en PUIG BRUTAU, J., Y PUIG BRUTAU, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 91 y ss; LÓPEZ, JACOISTE, J. J., *Intimidad...*, *cit.*, págs. 546 y ss; PLAZA PENADÉS, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant Lo Blanch, 1996, pág. 34; CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, Tirant Lo Blanch, 1998, pág. 17; REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, 2ª edic., Madrid, 2005, págs. 107 y ss.

buena fama, reputación, como decimos, son valores innatos a la dignidad, y por tanto perviven a pesar del fallecimiento de la persona³⁷³.

Además, la LO 1/1982 no permite ofensas a la persona fallecida, que de estar viva supondrían una intromisión a su honor, a su intimidad y a su propia imagen.

Al contrario, lo que persigue esta LO 1/1982 es tutelar todas las posibles ofensas producidas a la memoria del mismo³⁷⁴. Es más, como señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, la no protección de la memoria por el Derecho, “supondría una degradación de la dignidad de la persona”³⁷⁵. Las ofensas se traducen en agresiones a lo que en vida era el honor, la intimidad y la imagen de la persona.

2.3.1. El honor y la *memoria defuncti*

En Roma, no todos los individuos tenían derecho al honor como derecho subjetivo, solamente eran titulares del mismo aquellos que pertenecían a una determinada posición social³⁷⁶, distinción que vimos en el capítulo anterior.

Antes de avanzar conviene delimitar qué suponía en Roma la *iniuria*, y más en concreto la *iniuria* contra el fallecido³⁷⁷. Esta figura era uno de los delitos privados reconocidos en el Derecho Romano. En un principio abarcaba

³⁷³ En palabras de ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, cit., págs. 11 y ss.: “subsisten los aspectos o manifestaciones de esa personalidad (honor, buena reputación, evocación de sentimientos, recuerdos queridos, etc.), porque son valores inherentes a la dignidad humana, inmunes por ello a la misma muerte. Perviven como lazos espirituales que unen unas generaciones a otras, y tienen que ser defendidos, si se conculcan, por quienes más directamente se sienten atados por ellos”. Igualmente, GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, cit., pág. 3, afirma: “La personalidad se extingue con el fallecimiento del individuo, sin embargo, el Derecho tutela una serie de facetas derivadas de la misma, aun después de extinguida”.

³⁷⁴ SALVADOR, P., *¿Qué es difamar?...*, cit., pág. 36; SALVADOR CODERCH, P., *El mercado...*, cit., pág. 202.

³⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., pág. 346.

³⁷⁶ GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, cit., pág. 121.

³⁷⁷ Un amplísimo estudio de la protección jurídica del honor *post mortem* en Derecho romano lo encontramos en, GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, cit., págs. 5 y ss.

cualquier actuación antijurídica, pero poco a poco, empezó a adoptar un significado más restringido hasta el punto de quedar reducida a unos pocos casos de actuación ilícita, siendo el más significativo el de la ofensa. Se consideraba ofensa todo acto que conllevaba un ultraje premeditado hacia una persona³⁷⁸. En cuanto a la *iniuria* contra el fallecido, las ofensas al honor del difunto suponían solamente una parte de lo que entendían por *iniuria*³⁷⁹. Frente a ésta se concedía a los herederos la *actio iniuriarum* dado que se consideraba que la ofensa realmente se causaba a los herederos a través de la *iniuria* dirigida al cadáver en razón de su condición de continuador de la familia, y que, por tanto, tenía que defender el nombre familiar que identificaba al grupo³⁸⁰. Luego estamos ante una protección *post mortem*, pero diferente a la actual, entre otras cosas, en relación a la legitimación. En Roma es el heredero el llamado a ejercitar la protección a través de la *actio iniuriarum*, mientras que en la LO 1/1982, se rompe con el sistema tradicional y se abre paso a la voluntad del fallecido³⁸¹.

Posteriormente, en las Partidas³⁸², también se hacía referencia al honor, y ya en tiempos más cercanos el honor pasó a ser estudiado por el Derecho público. En un principio estudian esta materia los tratadistas de la teología moral, que consideran los derechos de la personalidad en función del pecado, del delito y de la pena. Junto al punto de vista penal, el estudio del derecho al honor, se extendió al ámbito político, por lo que en un principio su análisis y su

³⁷⁸ GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, *cit.*, págs. 8 y ss.

³⁷⁹ GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, *cit.*, págs. 5.

³⁸⁰ En palabras de GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, *cit.*, pág. 34: “en la medida en que el heredero es el continuador de la familia (...), defiende un sentimiento colectivo que, desde la muerte del *pater*, se personifica en él (...), el nombre familiar indica la pertenencia al grupo, por lo que, viene a ser otro símbolo de continuación familiar. Sujeto pasivo y legitimado activo para el ejercicio de la acción, es, (...), el heredero que, afectado por la *iniuria* que se dirige al de *cuius* en cuanto sucesor del mismo y continuador de la familia, emprende su defensa ejercitando la *actio iniuriarum*.”

³⁸¹ Apunta ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 6 a este respecto: “la mitificación de la persona del heredero cede ante la supremacía de la voluntad del causante o del legislador. Los herederos son continuadores por vocación sucesoria ordinaria de la posición jurídica transmisible del difunto (artículo 661 CC), pero no debe haber obstáculo para que el testador disponga a título particular, o sea, al margen de la institución de heredero, del destino de algunas de sus relaciones de derecho”.

³⁸² Ley 21, Tit. 9 de la Partida 7.

tutela se reservaron a la Ciencia Penal y a la Ciencia Constitucional³⁸³. En consecuencia, estos derechos se regularon también en Derecho público. En la época de promulgación del Código Civil no se contemplaron de forma expresa. Sin embargo, poco a poco su estudio y tutela ha pasado a regularse de una manera mucho más exhaustiva en el ámbito del Derecho privado³⁸⁴, quizá por la poca eficiencia de las sanciones penales³⁸⁵.

Fue el Tribunal Supremo el que reconoció y concedió por primera vez la protección civil ante ofensas al honor de una persona en la famosísima sentencia de 6 de diciembre de 1912³⁸⁶. El conflicto nace ante una noticia publicada en el periódico *El Liberal*, el 21 de septiembre de 1910. Se relataba el rapto de una joven de Totana (Murcia) por un capuchino de la misma localidad, del que se afirmaba que la joven había tenido descendencia unos meses antes. Dicha noticia era falsa y el padre de la chica viajó a Madrid para batirse en duelo con el director del periódico y reparar así la grave ofensa al honor de su hija³⁸⁷. Sin embargo, fue el ilustre abogado Juan de la Cierva quien le aconsejó que acudiera a la vía judicial. En el juicio, dicho abogado argumentó que si el artículo 1968. 2 del CC³⁸⁸ fija un plazo de un año para ejercitar la acción para exigir la responsabilidad civil por calumnia e injuria, significa que existe un

³⁸³ DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, págs. 7 y ss.

³⁸⁴ Esta protección o garantía a los derechos de la personalidad, como señalan DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 327: “hasta tiempos muy recientes ha quedado residenciada (...), en el ámbito del Derecho público, en los textos constitucionales, que proclaman el respeto a la persona a sus derechos y libertades (...), hoy en día se ha extendido hacia el campo del Derecho privado (...);” También en este sentido en, REBOLLO DELGADO, L., *El derecho...*, *cit.*, págs. 149 y ss.

³⁸⁵ En concreto, en la autorizada opinión de Federico de Castro los motivos por los que crece el reciente interés de los civilistas en materia de derechos de la personalidad son: “la insuficiencia práctica de las sanciones penales...y el carácter más programático que eficaz de las Declaraciones de derechos del hombre”, en DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, pág. 8.

³⁸⁶ Un análisis de la sentencia lo encontramos en, DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, págs. 1269 y ss, también en DÍEZ-PICAZO, L., Comentario a la STS. 6 de diciembre de 1912, en *EJC.*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 110 y ss.

³⁸⁷ Antes de esta histórica sentencia, en España, como señala De Castro, los daños que se causaban a los bienes personales quedaban sin indemnizar cuando la culpa o la negligencia no eran penadas como delito o falta, en DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, pág. 1269.

³⁸⁸ Dicho artículo 1968. 2 CC establece que: “Prescriben por el transcurso de un año: 2. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria y calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado”.

derecho a indemnizar los daños morales causados³⁸⁹. Estamos ante la primera sentencia en admitir los derechos de la personalidad, la protección civil del derecho al honor, y la posible existencia de un daño moral, así como su indemnizabilidad³⁹⁰. Con todo, definir el derecho al honor es una tarea compleja³⁹¹.

La Real Academia de la Lengua³⁹² da al honor la siguiente definición: “Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea”.

Sin embargo, como decimos, no es fácil delimitar jurídicamente el concepto de honor. Ya que por un lado el honor ha tenido distintos significados a lo largo de la historia, y por otro, porque existen numerosos términos que se utilizan como sinónimos de honor en el lenguaje ordinario³⁹³. Incluso la propia LO 1/1982, no ofrece una noción del mismo, tampoco el Código Civil ayuda a este cometido, por las razones antes expuestas.

Que la legislación positiva no dé una definición de honor, nos lleva a la necesidad de acudir a la jurisprudencia para poder delimitar ese concepto³⁹⁴. Por ejemplo, para la sentencia anteriormente comentada del 6 de diciembre de 1912 el honor es uno de los bienes sociales más importantes, literalmente establece

³⁸⁹ Con detalle en RICO-PÉREZ, F., “Protección...”, *cit.*, págs. 750 y ss.

³⁹⁰ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho...”, *cit.*, pág. 1547.

³⁹¹ Un amplísimo e interesantísimo estudio del derecho al honor en, DE CUPIS, A., “*I diritti...*”, *cit.*, págs. 93 y ss.

³⁹² DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, 22.ª edición.

³⁹³ Refleja este problema CASTÁN VÁZQUEZ, J. Mª., “La protección al honor en el Derecho español”, *RGLJ.*, tomo 2, 1957, pág. 689, que considera que: el honor es un sentimiento y los sentimientos es más fácil sentirlos...que definirlos”; Por su parte, O’CALLAGHAN, X., *Libertad...*, *cit.*, pág. 38; PLAZA PENADÉS, J., “*El derecho...*”, *cit.*, pág. 31, subraya que tal vez sea un concepto prejurídico. Y como atinadamente señala Agustín Macías dar una definición del derecho al honor es una labor compleja, y esto es así porque, en palabras del autor: “probablemente se trata de un derecho que más que definirse se protege”, en MACÍAS CASTILLO, A., “Derecho al honor y libertad de expresión e información”, en *AC.*, núm. 18, octubre 2006, pág. 2235.

³⁹⁴ En concreto destaca MACÍAS CASTILLO, A., “Derecho...”, *cit.*, pág. 2235, que es necesario para encontrar: “algunas definiciones o al menos aproximaciones al derecho al honor”.

que: “la honra, el honor y la fama constituyen los bienes sociales de mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que se puede padecer en la sociedad civilizada”³⁹⁵.

Más recientemente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13, 724/2007, de 27 de junio de 2007, se estudia el caso de una posible intromisión ilegítima a la intimidad personal y familiar, y al honor de Gonzalo Werther Miró (en adelante Gonzalo Miró) y de su madre la fallecida Pilar Miró. En concreto Gonzalo Werther Miró, al amparo del artículo 4 de la LO 1/1982, demanda a Gestevisión Telecinco, S.A., como entidad emisora de los programas de televisión donde se produce la intromisión, a la Agencia de Televisión Latinoamericana de Servicios y a Noticias España, S.A., que es la productora de dichos programas de televisión, a los directores de estos programas y a dos colaboradoras de los mismos. El demandante considera que se han vertido insultos y descalificaciones sobre su persona y sobre su madre y que además han especulado sobre la vida privada de ambos al tratar el tema de su filiación. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pozuelo de Alarcón, en fecha 9 de junio de 2006, desestimó la demanda interpuesta por Gonzalo Miró al considerar que: “(...) en ningún caso se vierten insultos ni descalificaciones contra el demandante y su madre, que la especulación sobre la paternidad del hijo de Pilar Miró ha sido un tema recurrente en los medios de comunicación del corazón y que el protagonismo del demandante, derivado de sus relaciones sentimentales, no sólo es rechazado, sino que ha sido debidamente fomentado por el Sr. Miró, que ninguna queja de intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad puede tener sobre la manida y antigua especulación sobre quien puede ser su padre, cuando abiertamente cuenta con detalle sus más profundos sentimientos, inquietudes, gustos, apetitos, ilusiones (...)”. Frente a esta sentencia, Gonzalo Miró interpone recurso de apelación. La AP de Madrid,

³⁹⁵ Esta línea jurisprudencial fue continuada por otras sentencias, tales como la STS. de 14 de diciembre de 1917; STS. de 7 de noviembre de 1919; STS. de 21 de enero de 1957; STS. de 28 de febrero de 1959; STS. de 7 de febrero de 1962, con gran detalle en, PUIG BRUTAU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 95 y ss; y resumidamente, en DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 344.

estima que no hay una intromisión al honor, pero sí a la intimidad personal y familiar de Gonzalo Miró y de su fallecida madre, Pilar Miró. En el tema que nos ocupa, a la hora de ofrecer una definición de honor, la AP en el FJ 4, estima que se trata de: “(...) un concepto indeterminado dependiente de los valores e ideas vigentes en cada momento (...)”.

A pesar de la reconocida dificultad para definir el honor, numerosos autores han intentado dar una definición del mismo. Entre ellos, destaca la ofrecida por el maestro DE CASTRO que consideraba el honor como el trato recibido de los demás que habitualmente se confunde con la fama entendida como popularidad, prestigio, etc³⁹⁶. Otros afirman que honor es la buena y merecida fama³⁹⁷. Todo esto lleva a que la mayoría de la doctrina estime que el honor es la dignidad personal trasladada a la propia consideración que uno tiene sobre sí mismo y la consideración que los demás tienen de uno³⁹⁸. Por tanto, a la vista de esta definición, el honor tiene dos vertientes una objetiva y otra subjetiva³⁹⁹. El aspecto objetivo sería la valoración, es decir, la opinión que tiene la sociedad de la persona y el aspecto subjetivo se basa en la estimación que la persona tiene sobre sí mismo⁴⁰⁰. De modo que el honor abarca la fama, la buena reputación, buen nombre en cuanto se refiere al trato recibido por los demás y también abarca la estimación personal de la propia dignidad. Así pues, el honor debe defenderse ante cualquier ofensa, independientemente de que afecte a su fama⁴⁰¹

³⁹⁶ Afirma DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, págs. 17 y ss, que tanto el honor como la fama eran: “bienes típicamente sociales: uno y otro van unidos a la estimación en y por la Sociedad (...). Honor y fama son valores relativos”, en DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, págs. 17 y ss.

³⁹⁷ En concreto afirma SALVADOR, P., *¿Qué es difamar?...*, *cit.*, pág. 25, que el honor: “es sólo la buena y merecida fama”, y matiza que una cosa es honor y otra fama, ésta para él es “la opinión buena o mala, acertada o equivocada, que las gentes tienen de una persona”.

³⁹⁸ Considera el genial civilista italiano: *Sul terreno giuridico, possiamo quinde dare la seguente definizione dell'onore: la dignità personale riflessa nella considerazione dei teri en el sentimento della persona medesima*, en DE CUPIS, A., “*I diritti...*”, *cit.*, pág. 93.

³⁹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., “*Los derechos...*”, *cit.*, págs. 48 y ss; O'CALLAGHAN, X., *Libertad...*, *cit.*, pág. 37; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual...*, *cit.*, pág. 343.

⁴⁰⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., “*Los derechos...*”, *cit.*, págs. 48 y ss; SALVADOR CODERCH, P., *El mercado...*, *cit.*, págs. 56 y ss; PLAZA PENADÉS, J., *El derecho...*, *cit.*, págs. 31 y ss, entre otros.

⁴⁰¹ Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 344.

Esta es la noción de honor que sigue unánimemente la doctrina⁴⁰² y la jurisprudencia. Por ejemplo, en la STS de 9 de octubre de 1997, se establece que: “(...) a su vez, aceptada y seguida por esta Sala, que, desde la sentencia de 23 de marzo de 1987, reitera que el honor se integra por dos aspectos, el de inmanencia 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”. También en la Sentencia de la AP Madrid de 27 de junio de 2007, se considera que: “Aunque no existe una norma en el Ordenamiento Jurídico que lo defina (el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, sólo da un concepto negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima) (...), puede identificarse con la buena reputación, la cual, como la fama y aun la honra, consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva, si no van acompañadas de adjetivo alguno, y que exige el no ser escarnecido o humillado ante unos mismo (inmanencia o aspecto interno de tal derecho) o ante los demás (trascendencia o aspecto social del mismo). En definitiva, el honor es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona”.

Otra STS 2498/2011, de 21 de marzo, a este respecto señala que: “El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (...), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella”.

Sin duda, para nosotros, el valor del honor como dignidad personal es lo principal y no tanto esa delimitación entre el aspecto objetivo y el subjetivo del honor. Y siguiendo ALONSO PÉREZ, creemos que la ofensa a la dignidad de la persona en su aspecto honorable vulnera los valores del ser humano⁴⁰³.

⁴⁰² Así lo señala LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, págs. 91 y ss.

⁴⁰³ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 13.

Así pues, tanto difamar como ofender como desacreditar a un difunto lesiona la *memoria defuncti*. En los casos que vimos anteriormente se constata esta afirmación. En ellos se ofendía la buena memoria del fallecido ministro Alberto Martín Artajo, implicándole en una estafa, o a la memoria del comandante José Patiño y Arróstegui, cuando daban a entender que su afición a la bebida pudo generar el accidente. En ambos casos vemos como queda dañada su memoria, ya que por un lado se cuestionó el prestigio y el buen nombre del ministro y por otro lado se utilizaron expresiones que desacreditaron la valía del comandante⁴⁰⁴. Por el contrario, en la sentencia de la AP de Madrid, de 27 de junio de 2007, se consideró que no hubo intromisión al “honor” de la fallecida Pilar Miró, ya que la mención de sus relaciones sentimentales y su calificación de agitadas y ajetreadas no son un ataque a su memoria, literalmente la AP estimó que: “Por lo que concierne a la fallecida Doña Pilar Miró, tampoco cabe apreciar un ataque a su honor a través de la mención a su vida sentimental, pues aparte de constatar una realidad que, por difusión o publicaciones anteriores, era conocida, la forma en que fue tratado el tema lejos de fomentar la morbosidad ajena o constituir una ofensa para la Sra. Miró, permitía inferir de los comentarios realizados que la Sra. Miró siempre observó una conducta íntegra y discreta”.

2.3.2. La intimidad y la *memoria defuncti*

A pesar de que el reconocimiento de este derecho no se materializa hasta principios del siglo XX, podemos encontrar aspectos del mismo en la antigüedad. En concreto en el Derecho romano el poder ejercitar la *actio iniuriarum*, antes comentada, conllevaba también defender determinados ámbitos de la intimidad, debido a que el concepto de injuria alcanzaba a la ofensa al pudor de las personas. Esta acción protegía también ante la violación del domicilio⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 13.

⁴⁰⁵ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho...*, *cit.*, págs. 81 y ss.

Sin embargo, el descubrimiento de este derecho a la intimidad es relativamente moderno, y esta claramente ligado a la aparición de nuevos fenómenos⁴⁰⁶ tales como: la prensa de escándalo, la interferencia de teléfonos, micrófonos, etc. Es decir, nace junto con el avance tecnológico un interés exagerado por conocer la vida de las personas famosas más allá de su trabajo⁴⁰⁷. Por tanto, es necesario proteger eficazmente la esfera reservada de las personas, que ante estos avances de la técnica y los intereses económicos que generan esas noticias ven afectada su vida privada⁴⁰⁸.

También genera un problema determinar qué es la intimidad. La RAE define la intimidad como: “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”⁴⁰⁹.

Jurídicamente, al igual que el honor, es difícil dar un concepto del derecho a la intimidad. La LO 1/1982, en este caso tampoco lo define, lo que dificulta delimitar su significado.

Otro obstáculo para definir el derecho a la intimidad es la utilización de sinónimos como vida privada, esfera privada, cuando hablamos de intimidad⁴¹⁰. Así pues es necesario hacer una distinción entre intimidad y vida privada. La

⁴⁰⁶ CARRILLO, M., *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Thomsom-Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 24 y ss.; En este sentido, MACÍAS CASTILLO, A., “El derecho a la información y el reportaje con cámara oculta”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, nº 31, 2005, pág. 17, considera que: “El desarrollo tecnológico multiplica los supuestos potencialmente conflictivos. La proliferación de nuevas formas de captar, transmitir, grabar, reproducir el sonido y la imagen. Incluso hoy ya con un mero teléfono móvil-, no sólo añade en el apartado positivo un *plus* a nuestra calidad de vida personal y profesional, sino que proporciona la posibilidad de un uso abusivo tanto a los profesionales de la comunicación y el periodismo, como a lo que tradicionalmente se denominaba el “sujeto universal” del Derecho de la Información”.

⁴⁰⁷ En concreto señala DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, pág. 19, que: “el enfermizo interés por las historias picantes o pasionales, por los chismes y cuentos sobre los famosos (...), ha sido explotada y fomentada como negocio productivo en alto grado”, añadiendo que en ciertos países, ante tales abusos comienzan a redactar proyectos de leyes represivas.

⁴⁰⁸ PUIG BRUTAU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 101.

⁴⁰⁹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, 22.ª edición.

⁴¹⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 28 y ss. También recoge este problema, MARTÍNEZ SOSPREDA, M., *Sobre la intimidad*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1996, págs. 124 y ss.

intimidad abarca los aspectos más personales del ser humano, tales como los biológicos, vivencias internas de la persona, etc., mientras que la vida privada no abarca esa realidad tan interna de la persona. La engloba pero contiene temas mucho más triviales que forman parte de su vida privada aunque no su aspecto más íntimo⁴¹¹.

De cualquier manera, como decimos, es complicado definir este derecho. La propia LO 1/1982 da un tratamiento conjunto al honor, a la intimidad y a la imagen, lo que dificulta la situación. Algunos autores consideraban que este derecho a la intimidad estaba muy relacionado con el honor, ya que pensaban que el deber de respetar la intimidad de las personas era una manifestación del derecho al honor, por lo que opinaban que podía incluirse este derecho a la intimidad en él. Para estos autores las manifestaciones destacadas del mismo eran: el derecho al secreto de la correspondencia y el derecho a la imagen⁴¹².

Actualmente, la definición más seguida por la doctrina es la que considera que el derecho a la intimidad, en cuanto deriva de la dignidad de la persona⁴¹³,

⁴¹¹ En este sentido, CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho...*, *cit.*, págs. 36 y ss, en concreto pág. 40, muestra la distinción entre intimidad y vida privada, afirmando que la intimidad supone: “la realidad más interna del ser humano, más aún que la vida privada, que la engloba o absorbe, y que existen vivencias que por su esencia o naturaleza participan de la primera, sin que puedan quedar comprendidas junto a otras de menor trascendencia en la generalidad de lo privado”. Por su parte, GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, pág. 184, señala que: “En la delimitación del concepto de intimidad tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han ido construyendo- aunque más apropiado sería decir “distinguiendo”- diferentes niveles o grados de la misma llegando a discernir lo que es meramente privado (que integraría los efectos de la convivencia en sociedad), de lo íntimo (que significaría algo más estricto y reservado), que, en ocasiones, se han confundido”. De la misma manera, LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 93, subraya esta necesidad de diferenciar intimidad de vida privada, considerando que aquella comprende aspectos personales tales como datos biológicos, y la otra abarca ámbitos, como por ejemplo la esfera profesional, que por conocidos no se integran en la intimidad.

⁴¹² CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 53 y ss. Por su parte, PUIG BRUTAU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 101 y ss, lo estiman “afín al derecho al honor”, lo definen como: “el derecho que protege la inviolabilidad de la vida privada contra las intromisiones e indiscreciones ajenas, hasta el punto de que probablemente se entendería el respeto a la vida privada de las personas como una manifestación del derecho al honor (...)”.

⁴¹³ En este sentido GARCÍA GARCÍA, C., “*El derecho...*”, *cit.*, pág. 188, señala que: “La intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 C.E., implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana”.

es el derecho a excluir a terceros del conocimiento de nuestra esfera personal e impedir la divulgación de la misma⁴¹⁴. La sentencia de la AP de Madrid, de 27 de junio de 2007, sigue esta línea al considerar que: “El derecho a la intimidad personal implica la existencia e 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 (...). El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución Española tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto a su dignidad como persona (artículo 10.1 de la Constitución Española), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (Sentencias del TC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida (...). El derecho a la intimidad está estrictamente vinculado a la dignidad de la persona, siendo concebido como un derecho de defensa, cuyo atributo más importante s la facultad de exclusión delos demás, de abstención de injerencias por parte del otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusita, como a la divulgación ilegítima de estos datos- Sentencia del TC 142/1993-.”

Este doble contenido enriquece el derecho a la intimidad ya que abarca, como vemos, el derecho a guardar la esfera personal del conocimiento de los demás y el derecho a evitar su utilización por otros⁴¹⁵. Esto es lo que a partir del

⁴¹⁴ En concreto, “*la riservatezza può definirsi come quel modo di essere della persona il quale consiste nella esclusione dalla altrui conoscenza di quanto ha riferimento alla persona medesima*”, en DE CUPIS, A., *I diritti...*, cit., pág. 108. Por su parte, Díez-Picazo y Gullón,, consideran que el derecho a la intimidad supone que: “la persona tiene derecho a crear y mantener una esfera secreta o reservada que debe ser protegida contra las intromisiones ajenas. Se ha descrito gráficamente como el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho de impedir la divulgación, los hechos o vicisitudes que pertenezcan a ella. En el Derecho anglosajón se ha reconocido como el *right of privacy*, como el derecho del individuo a una vida retirada y anónima”, en DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., págs. 344 y ss.

⁴¹⁵ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 93.

año 1945⁴¹⁶, en el Derecho anglosajón, se ha denominado *right of privacy*. Es decir, el derecho que tiene toda persona a una esfera personal protegida frente a las intromisiones de terceros.

La LO 1/1982, aunque no define el derecho a la intimidad sí protege este derecho ante las posibles intromisiones ilegítimas comprendidas en el artículo 7, párrafos 1, 2, 3 y 4⁴¹⁷. Con objeto de garantizar ese ámbito personal⁴¹⁸.

La vulneración a este derecho puede ser por el emplazamiento de aparatos de escucha, de filmación, dispositivos ópticos o cualquier otro medio para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, así como la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas (artículo 7. 1 y 2 de la LO 1/1982). Incluso se considera una intromisión entrar en una casa ajena⁴¹⁹ sin consentimiento. Se considera también intromisión a la intimidad, la revelación o divulgación de hechos, escritos, o aspectos de una persona (artículo 7. 3 y 4 de la LO 1/1982).

⁴¹⁶ Con detalle en, FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “Privacy y Publicity en el Derecho norteamericano”, en *Homenaje al profesor Alonso Otero*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, págs. 77 y ss; LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Intimidad...”, *cit.*, págs. 174 y ss.

⁴¹⁷ Artículo 7, párrafos 1, 2, 3 y 4: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: 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, 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”.

⁴¹⁸ Este aspecto personal es para ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 14: “espacio en el que sólo ella puede morar”, y apunta el ámbito expansivo que tiene este derecho ayudándose de la anteriormente comentada STC 231/1988, de 2 de diciembre, en el F.J.4., donde se dispone que se extiende tanto a aspectos de la vida propia o personal, como también a ciertos aspectos de la vida de otras personas estrechamente vinculadas. A este respecto, LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Intimidad...”, *cit.*, pág. 558, subraya, que esta protección: “responde a convicciones sociales de absoluta necesidad; es garantía de libertad, base de lealtades recíprocas y exigencia elemental del correcto convivir (...)”.

⁴¹⁹ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 811.

Por otro lado, hay que distinguir si la lesión se produce al derecho a la intimidad de un particular o al ámbito íntimo de una persona pública, ya que según el artículo 8.2 de la LO 1/1982 unos y otros gozan de diferente privacidad. Siguiendo a SALVADOR CODERCH: “(...), no todo el mundo es igual: Ni todas las personas tienen derecho a exigir un nivel de precaución exquisito en la exactitud de lo que se dice acerca de ellas, ni todas lo tienen al mismo grado de intimidad y reserva. Hay quien, de oficio, participa en la vida pública (...). Hay quien, de oficio también, hace de su intimidad medio de vida y hay, (...), quien, por la relevancia de las funciones que ejerce en la sociedad, no puede exigir de los demás la misma reserva que un retirado ciudadano: un político profesional debe soportar más inexactitudes que un jubilado (...)”⁴²⁰. Eso sí, siempre dentro de su actividad profesional. Pero el hecho de que estas personas tengan que soportar una mayor injerencia con respecto a las personas anónimas no significa que pierdan todo atisbo de protección, como indica la sentencia ya comentada de 27 de junio de 2007 de Gonzalo Miró, donde se subraya la doctrina del TC declarando que: “(...) la notoriedad de la persona afectada no justifica que la información obtenga protección, reconociendo el derecho a un ámbito reservado de la vida privada más allá del que por su actividad profesional está abierto a los demás, diferenciando entre el interés histórico, científico o cultural relevante, de lo que es simple curiosidad humana por conocer la intimidad de otros o ánimo de lucro por quien obtiene o divulga la información”.

De la misma manera en la STS 5815/2011, de 18 de julio, donde un conocido periodista de nuestro país interpuso una demanda en protección de su intimidad por unas declaraciones realizadas en la revista *Interviú*. El TS estimó la existencia de una intromisión ilegítima en su intimidad y en el sentido de la protección de las personas públicas afirma que: “(...) el demandante puede ser considerado como una persona con proyección pública, en el sentido de gozar de notoriedad en función de la actividad profesional que desarrolla como

⁴²⁰ Con detalle en, SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es difamar?...*, cit., págs. 49 y ss; SALVADOR CODERCH, P., *El mercado...*, cit., págs. 242 y ss.

periodista y comunicador, sin embargo, la relevancia pública del demandante es un hecho que no ha sido discutido. Otra cosa es su interés público desde el punto de vista informativo. En el presente caso la información difundida incide exclusivamente en el ámbito de la vida personal e íntima del demandante, cuyo conocimiento no ha sido fomentado por el interesado y sin conexión alguna con la actividad desarrollada (...)

De la misma manera hay que distinguir si esos datos, escritos o hechos revelados, ya sean de personas públicas o particulares, tienen un interés histórico, científico o cultural relevante (artículo 8.1 de la LO 1/1982), donde a tenor de dicho artículo, no habría intromisión alguna. Forman parte de la historia de un país tanto las personas públicas, como los particulares siempre que éstos se hayan visto relacionados con hechos relevantes. Esta es la razón por la cual los historiadores consideran que conocer la personalidad de estos personajes puede explicar ciertos ámbitos de su actividad pública⁴²¹.

En la sentencia de la AP de Madrid, de 27 de junio de 2007 encontramos, que: “(...) si bien es cierto que el Tribunal Supremo en un primer momento estimó que las personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o tienen por cualquier otro motivo proyección pública, si bien no pierden su derecho a su intimidad, si disminuye extraordinariamente el concepto de su intimidad (Sentencia de 17 de diciembre de 1997), a partir de la sentencia de 26 de abril de 2002 y en las posteriores de 7, 12 y 18 de julio de 2004, abandonó la línea anterior y, haciendo suya la doctrina del TC, declaró que la notoriedad de la persona afectada no justifica que la información obtenga protección, reconociendo el derecho a un ámbito reservado de vida privada más allá del que por su actividad profesional está abierto a los demás, diferenciando

⁴²¹ Apunta YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, págs. 812 y ss, que las personas públicas forman parte de la historia de un país así como también las particulares siempre que se hayan visto relacionadas en algún hecho relevante. Cita la autora las palabras de KAYSER a este respecto: “el historiador ha de poder observar la completa personalidad de las personas objeto de estudio porque a menudo sus actividades públicas se explican, al menos en parte, por su vida personal y familiar”.

entre interés histórico, científico o cultural relevante, de lo que es simple curiosidad humana por conocer la intimidad de oros o ánimo de lucro por quien obtiene o divulga la información”.

En el caso de la persona fallecida, la vulneración consistente en el emplazamiento de aparatos y la utilización de los mismos para el conocimiento de la vida íntima, artículo 7. 1 y 2 de la LO 1/1982, se tiene que producir mientras éste vivía⁴²², ya que, en realidad se trata de una intromisión basada en el interés de conocer su día a día, lo que hace o no, si sale, si entra, etc. Ahora bien, se dan dos supuestos:

a) El primero de ellos es si el espiado antes de morir, conocía la intromisión y pudo o no actuar.

b) El segundo es si la intromisión que se realiza en vida del fallecido, se divulga tras su muerte⁴²³. Consideramos que en este caso, se trataría sobre todo de las intromisiones comprendidas en el artículo 7, párrafos 3 y 4; relativas a revelación de hechos, circunstancias de la vida de una persona que salen de su esfera personal⁴²⁴. Un ejemplo lo encontramos en la comentada sentencia de la AP de Madrid, de 27 de junio de 2007, donde hablan de la filiación de Gonzalo Miró. En dicha sentencia se establece que: “La filiación de una persona pertenece al ámbito íntimo de la familia y al suyo propio (...) Aunque en los referidos programas no se diera de modo directo el nombre del padre de D. Gonzalo Miró, si se acotan como posibles padres a cuatro personas, se dan las iniciales de uno de ellos como el que, con un grado de certeza prácticamente absoluto, se identifica como el padre, se apuntan semejanzas de carácter y se resalta la similitud de algunos de sus rasgos físicos, (...), es llano que resulta

⁴²² YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 811.

⁴²³ Con detalle en, YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, págs. 811 y ss.

⁴²⁴ En relación a este tipo de intromisión, afirma ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 15, que: “es frecuente que se revelen hechos, circunstancias o escritos de una persona fallecida que afecten a su reputación, que den a la luz aspectos de su vida que convenga mantener en secreto por el daño que puedan causar a su memoria o a los familiares”.

totalmente innecesario dar el nombre, porque éste, sin el más mínimo esfuerzo, surge de la interrelación de datos tan elocuentes. En suma, se facilitó el nombre del padre del actor sin su consentimiento, lo que constituye una intromisión ilegítima en la intimidad de D. Gonzalo Miró y de su difunta madre que sanciona el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982”. No podemos olvidar que estos datos divulgados siempre habían sido reservados tanto por Pilar Miró como por su hijo.

Sin duda, estas divulgaciones pueden dañar el buen nombre del fallecido, su recuerdo, en definitiva, su memoria. Ahora bien, como apuntábamos antes, si en dichas divulgaciones de hechos de la vida de una persona fallecida predomina ese interés histórico, científico o cultural del ya señalado artículo 8. 1 de la LO 1/1982, no estaríamos ante una intromisión ilegítima a su memoria.

Vemos un buen ejemplo de lo anterior, en la STS 1532/2009, de 25 de febrero, ya comentada. En este caso veíamos como el TS consideraba que las circunstancias de la muerte de la madre del actor eran noticiables: “(...) era una persona famosa, habitual de los medios de comunicación de la llamada prensa rosa, y que voluntariamente había limitado extremadamente su esfera de privacidad, siendo por ello que la muerte súbita e inesperada, por causas desconocidas, de un personaje de la notoriedad social alcanzada por dicha Vanesa, constituía un hecho noticioso ubicable, por su objeto y valor, en el ámbito de lo público, es decir, más allá del mero cotilleo o de la satisfacción de la curiosidad ajena, con la consecuencia de que la cobertura dispensada por los medios, orientada a formar a la opinión pública sobre las razones o causas de su muerte a tan temprana edad, justifica la priorización de la libertad de información por encima de la preservación de ese reducto de intimidad (...)”. Como la propia fallecida había confesado su adicción a varias de las drogas que se estimaban encontradas en el cadáver se consideró que la información era veraz.

Pero el hecho de que se permita no significa que se utilice como justificación para dañar premeditadamente a la memoria del difunto⁴²⁵.

La historia en cierta manera conlleva conocer determinados aspectos de personajes públicos, incluso fallecidos, para conocer mejor sus conductas, sus proezas o vilezas, o aspectos de particulares también fallecidos que vivieron acontecimientos importantes. Es sano que se conozcan, y además, tenemos que tener en cuenta que estos derechos tienen su límite en el derecho de libertad de información. Pero subrayamos que, en ningún caso, tiene justificación proteger conductas, que sin cumplir ese artículo 8. 1 LO 1/1982, dañen la buena reputación y el buen nombre que tenía el difunto por la divulgación de hechos del mismo, en los que no cabe ninguno de los comentados intereses⁴²⁶.

Como por ejemplo en la STS 9265/2011, de siete de diciembre, donde el un conocido torero demandó a Gestevisión Telecinco S.A. por el programa “Hormigas Blancas” por intromisiones a la intimidad personal y familiar y a memoria de sus fallecidos padres por los contenidos emitidos en dicho programa. En dicho programa se emitieron fragmentos de programas o revistas donde aparecieron voluntariamente los padres ya fallecidos, se emitieron vídeos privados de los mismos en momentos de su vida íntima y debatieron posteriormente los periodistas o tertulios invitados al programa, sobre la vida sexual de los fallecidos, la adicción a las drogas de la madre fallecida y las relaciones del actor con su madre en cuanto si no le dejaba ver a su hija. El JPI consideró que las imágenes emitidas de programas y revistas estuvieron expresamente concedidas por los fallecidos pero que en relación al debate sí se

⁴²⁵ Como señala el Prof. Alonso Pérez: los difuntos no tienen intimidad, honor, “pero su memoria prolonga en otras personas su buen o mal nombre, sus recuerdos dignos o indignos invaden a los vivos y les atañen”, así como cuando critica a De Cupis en su idea de que ante hechos públicos y notorios, y ante una reputación ya dudosa, “no es posible causar más ruina de la que hay, ni ofender una fama destruida (...)”, como decimos, estamos de acuerdo con la crítica que hace al civilista italiano, considera que “ahondar con el cuchillo de la difamación en un deshonor patente, no merece protección jurídica (...), está bien la creación de programas verdaderamente culturales (...), sirviéndose de la historia nada edificante de personas fallecidas, pero sin ahondar en la llaga y destacando siempre sus circunstancias atenuantes. La memoria de cualquier difunto es hija de su dignidad”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 15 y ss.

⁴²⁶ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, pág. 93.

vulneró el derecho a la intimidad personal y familiar del actor puesto que se revelan datos íntimos de los padres puesto que son datos que pertenecen a la vida personal de ellos y no son de interés general. La AP por su parte desestimó el recurso interpuesto por Gestevisión Telecinco S.A., puesto que consideró al igual que el JPI que no eran temas de interés general. El TS consideró que: “(...) debe prevalecer el derecho a la intimidad personal y familiar sobre la libertad de expresión e información, en relación a los comentarios sobre la vida sexual de los padres de los demandantes y sobre la relación de D. Epifanio con su madre, pero no se aprecia la intromisión en el derecho a la intimidad familiar en relación a los comentarios que se hicieron sobre las adicciones a las drogas de Dña. Vanesa (...)”. El tribunal consideró en relación a las intromisiones del caso que no había interés general, por lo que no contribuye al debate político en una democracia, sino al conocimiento de la vida de los demás, en concreto afirmó que: “(...) el contenido de las manifestaciones y declaraciones cuestionadas (...) se encuadran en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar, pues no es admisible la difusión de datos y hechos relativos a la vida sexual de los padres o a la existencia de relaciones extraconyugales, pues se trata de cuestiones que afectan a lo más íntimo de cada persona que mantiene para sí y que debe sustraerse del conocimiento de terceros, en este caso, el público del programa (...) los comentarios ni siquiera eran noticiables en el momento en el que se emite el programa, pues se hace una revisión de la vida privada de los padres de los demandantes teniendo en cuenta, además la fecha de su fallecimiento (...) como los datos revelados invaden gratuitamente el derecho a la intimidad de los padres de los demandantes deben considerarse como ilegítimos (...)”.

2.3.3. La imagen⁴²⁷ y la *memoria defuncti*.

En relación a la imagen de las personas, se considera que los cuadros, las esculturas, la reproducción, la conservación de la imagen de la figura humana a través de la fotografía, etc., renuevan su presencia⁴²⁸.

Este interés de la persona a la reproducción de su figura se estima digno de protección jurídica⁴²⁹. Como atinadamente señalaba CASTÁN TOBEÑAS: “la invención de la fotografía y el grabado, así como el extraordinario desarrollo que en la vida moderna han alcanzado la publicidad y la propaganda mercantil e industrial, plantearon, a partir del siglo pasado, la cuestión del derecho a la imagen”⁴³⁰.

La concepción más antigua de este derecho estima la imagen como una huella de la personalidad, una manifestación del cuerpo. Y por tanto, si la persona tiene derecho sobre el propio cuerpo, como antes vimos, también lo tiene sobre la propia imagen.

Posteriormente se pasa a considerar que la imagen no se protege por sí misma, sólo se protegerá cuando la publicidad o difusión de la misma cause una ofensa a la personalidad, por tanto esta concepción estima que la defensa de la imagen se revela como una derivación de la protección del honor⁴³¹. Esta teoría de que el derecho a la propia imagen es una manifestación del derecho al honor, y que por tanto sólo se protegerá en cuanto se lesione el honor es insostenible⁴³².

⁴²⁷ Un amplio estudio del derecho a la imagen en, GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Imagen...”, *cit.*, págs. 302 y ss.

⁴²⁸ BORRELL MACIÁ, A., *La persona...*, *cit.*, pág. 101.

⁴²⁹ DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, pág. 20.

⁴³⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 55 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 363; GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Imagen...”, *cit.*, pág. 302.

⁴³¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 55 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, pág. 363

⁴³² Un amplio estudio en CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho...*, *cit.*, págs. 81 y ss.

Así las cosas, comenzó a predominar una tesis encabezada por el Derecho italiano⁴³³ que conecta el derecho a la propia imagen con la protección a la reserva de la vida privada⁴³⁴. En efecto, el propio DE CUPIS consideraba que el derecho a la propia imagen era una manifestación destacada del derecho a la reserva de la vida privada⁴³⁵.

Actualmente, en nuestro Derecho no se puede identificar plenamente el derecho a la imagen de una persona con la defensa del honor. Ciertamente tras una vulneración en el derecho a la imagen de una persona, en ocasiones se puede también vulnerar su honor, pero no se puede afirmar que sólo cuando se vea dañado el honor, se dañará la imagen de la persona y se podrá proteger la misma. Por el contrario, en relación a la intimidad en muchas ocasiones se van a dañar sentimientos y atributos de la personalidad vinculados a la intimidad⁴³⁶. Sin duda, la imagen está más ligada a la intimidad que al honor⁴³⁷.

Que estos derechos tengan conexiones entre sí no quiere decir que dependan unos de otros, al contrario, creemos que son independientes⁴³⁸. Es

⁴³³ En concreto el Código civil italiano en su artículo 10 dispone: "Cuando la imagen de una persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos menores de edad, haya sido expuesta o publicada, fuera de los casos en que la exposición o publicación, es consentida por la ley o bien con perjuicio del decoro o la reputación de la persona misma o de los dichos parientes, la autoridad judicial, a instancia del interesado, puede disponer que cese el abuso sin perjuicio del resarcimiento de los daños".

⁴³⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, cit., págs. 363 y ss.

⁴³⁵ Escribe: *Cospicua manifestazione del diritto alla riservatezza è il c. d. diritto all'immagine*, en DE CUPIS, A., *I diritti...*, cit., pág. 108.

⁴³⁶ PUIG BRUATU, J., Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 107; LÓPEZ JACOISTE, J. J., "Intimidad...", cit., pág. 608.

⁴³⁷ Así lo recalca la STS 17 de diciembre de 1997 anteriormente comentada.

⁴³⁸ Afirman DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., pág. 345, que este derecho a la propia imagen: "(...) no es más que un aspecto del derecho a la intimidad, que alcanza una autonomía de tratamiento jurídico, porque a través de él existe una más fácil violación de la esfera reservada de la persona, dados los potentes medios técnicos que para ello se pueden emplear". Matiza, Mariano Alonso, recogiendo la idea de Pugliese, que imagen es expresión próxima al derecho a la intimidad, aunque no se identifique, que: "(...) pese a su diferenciación, hay multitud de nexos, aproximaciones e interferencias", en ALONSO PÉREZ, M., "Daños...", cit., pág. 16. Por su parte, BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., "Los derechos...", cit., págs. 451 y ss, afirma que este derecho a la propia imagen se suele configurar como una parte del derecho a la intimidad, de todas formas, distinta de aquél, estima que la imagen que se protege es la visual, la espiritual, sostiene que es parte por tanto, del derecho al honor. Con lo que concluye manifestando que son figuras autónomas pero interdependientes.

decir, aunque el derecho a la imagen está visiblemente relacionado con el derecho a la intimidad, ya que en muchos casos una intromisión a la imagen va a conllevar una intromisión a la intimidad, y en ocasiones con el honor; el derecho a la imagen es un derecho autónomo. Fue ganando autonomía al abarcar los casos de utilización comercial de la imagen, independientemente de que se vea afectada la intimidad o no⁴³⁹.

En resumen, como indica la STS 6274/2008, de 18 de noviembre⁴⁴⁰: “(...) el derecho a la propia imagen es, en nuestro ordenamiento, un derecho fundamental autónomo, distinto del derecho al honor y, en lo que aquí interesa, del derecho a la intimidad personal y familiar (...) La consecuencia de esta configuración autónoma, (...) es que la publicación de la imagen de una persona puede constituir intromisión ilegítima en su honor, en su intimidad o en su derecho a la propia imagen, aumentando el desvalor de la conducta enjuiciada si ésta vulnera más de uno de estos derechos (...)”.

En este punto, conviene definir qué se entiende por imagen. Al igual que el honor y la intimidad, no ha sido definida por el CC., ni por la Ley 1/1982. La Real Academia de la Lengua define a la imagen como: Figura, representación, semejanza y apariencia de algo⁴⁴¹.

Desde el punto de vista jurídico, diversos autores consideran que la imagen es la apariencia, retrato, revelación exterior de la figura humana, así como de su alma⁴⁴².

⁴³⁹ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1077.

⁴⁴⁰ Se estudiaba el caso de una posible intromisión a la imagen y a la intimidad de una conocida modelo tomada en la playa junto a su pareja. Tanto el JPI como la AP estimaron que había una intromisión en su imagen porque no había consentimiento de la modelo y por el contrario había ánimo de lucro en la publicación de las fotografías. En sentido opuesto el TS estimó que la playa es un lugar público y que las fotografías no revelan actitudes de momentos íntimos de la vida privada de la pareja, por lo que consideró que no existió intromisión ilegítima ni a la imagen ni a la intimidad.

⁴⁴¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, 22.ª edición.

⁴⁴² RUIZ Y TOMÁS, P., *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*, Reus, Madrid, 1931, pág. 46 l define como: “(...) toda expresión que haga sensible un objeto carente, en sí mismo, de susceptibilidad para manifestarse, o bien, el medio por el que una cosa se destaca en el ambiente

El derecho a la propia imagen conlleva el derecho a decidir si se da el consentimiento o no⁴⁴³ para que nuestra imagen sea reproducida por cualquier medio (tanto medios mecánicos o electrónicos, como técnicas artísticas. No es tan relevante el medio que se utiliza, lo esencial, es el resultado que se consigue⁴⁴⁴) y también implica decidir si queremos que se exhiba o divulgue⁴⁴⁵.

Antiguamente, un artista no podía utilizar como modelo a una persona concreta sin su consentimiento. Pero con avances tecnológicos como, por ejemplo la fotografía se permiten resultados que con la pintura no eran posibles⁴⁴⁶. Es más, en la doctrina del siglo XIX, principios del XX, se consideraba contrario a las buenas maneras retratar a alguien sin su consentimiento⁴⁴⁷. En este sentido se orienta también la jurisprudencia: por ejemplo, en la STS de 11 de abril de 1987 se considera la imagen como: “la representación gráfica de la figura humana mediante procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico (...), la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, el derecho a evitar su reproducción, en cuanto se trata de un derecho de la personalidad”.

externo con más fuerza de la que antes tenía dispuesta para extrinsecarse. Viene a ser, en un plan general, sinónima de figura, representación o apariencia de un objeto (...); Un amplio estudio del consentimiento en GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Imagen...”, *cit.*, págs. 338 y ss; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 16. Un amplio estudio de esta definición lo encontramos en, ROJO JARA, J., *La protección...*, *cit.*, pág. 25.

⁴⁴³ En palabras de GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Consideraciones...”, *cit.*, pág. 1875: “La emisión o denegación de este consentimiento constituye un acto de disposición del contenido esencial de los derechos a la intimidad o a la imagen, en su calidad de fundamentales; por lo que se trata de un acto personalísimo, íntimamente ligado a la dignidad de su titular y al libre desarrollo de su personalidad”.

⁴⁴⁴ CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho...*, *cit.*, pág. 77.

⁴⁴⁵ En este sentido, LÓPEZ JACOISTE, J. J., *Intimidad...*, *cit.*, pág. 608, considera que se trataría del derecho de la persona a que su figura: “no se plasme ni difunda sin su expreso consentimiento, (...), que, en principio, nadie pueda disponer por sí de la imagen personal ajena, lo cual constituye base de respeto para todos, salvaguarda de libertad (...)”. Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 345.

⁴⁴⁶ BORRELL MACIÁ, A., *La persona...*, *cit.*, pág. 106.

⁴⁴⁷ DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, pág. 20.

Por tanto, la imagen se puede valorar desde un aspecto positivo y otro negativo. El positivo consiste en dejar reproducir nuestra imagen, y el negativo supone prohibir su obtención y posterior divulgación⁴⁴⁸.

Eso sí, al igual que en la intimidad hay que distinguir si la imagen captada, sin consentimiento, es de una persona pública presente en un acto o lugar público, o si se trata de la caricatura de las mismas de acuerdo con el uso social, o si la imagen de la persona (sea pública o particular en este caso) aparezca como accesoria (artículo 8.2 LO 1/1982), o si predomina ese interés histórico, cultural o científico anteriormente comentado. En estos casos no habría intromisión de la comprendida en el artículo 7. 5 de la LO. Por ejemplo, observamos a este respecto como en la STS 619/2005, de 15 de julio, se difunde en dos ocasiones la imagen de un conductor fallecido. La primera el mismo día del fallecimiento y la segunda en un programa llamado *Emergencia*. La mujer e hijos del mismo demandan a Televisión de Madrid, SA al considerar que se han mostrado: “momentos íntimos y reservados que forman parte del ámbito de la privacidad propia de la intimidad personal y familiar, se afirma que se había faltado al respeto y consideración de los familiares del fallecido”. Tanto el JPI, como la AP, desestiman la pretensión, por lo que los familiares recurren. El Tribunal Supremo termina por desestimarlos considerando que: “(...), si bien la publicación por fotografía o filme de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos constituye una intromisión ilegítima a tenor de lo prevenido en el artículo 7.5 de la LO 1/1982 que se cita como infringido, es lo cierto que dicho precepto deja a salvo los casos previstos en el artículo 8.2 de dicha norma, en cuyo apartado c) se afirma que no se vulnera el derecho a la propia imagen cuando en la información gráfica sobre un

⁴⁴⁸ En palabras de Alonso Pérez la imagen se puede valorar desde un sentido positivo: “reproducirla, publicarla, negociar con ella o controlar en interés propio a quienes hemos autorizado a llevar a cabo actividades de esa índole o similares” y desde un sentido negativo, “prohibir su obtención, reproducción o divulgación por cualquier medio sin el consentimiento de su titular”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 16.

suceso o acaecimiento público, aparezca la de una determinada persona como meramente accesoria”. Como considera ocurre en este caso⁴⁴⁹.

De la misma manera en la STS 4840/2008, de 19 de septiembre, donde un periódico publicó en primera página una fotografía de un fallecido en el momento en el que rescataban su cadáver, que tras haber fallecido en un accidente practicando parapente con motor en el Puerto de la Cruz, fue izado por una grúa, con el torso desnudo, brazos rígidos, abiertos y el rostro desfigurado. Dando datos sobre su identidad y circunstancias personales del mismo. Frente a esto, los hermanos del fallecido interpusieron demanda por intromisión a la imagen e intimidad del fallecido y a la intimidad de la familia. El TS en el mismo sentido de la anterior sentencia consideró que: “Para resolver el presente conflicto deben ser valoradas las siguientes circunstancias: a) el lugar del accidente, que fue en un sitio público, b) la actividad que desarrollaba el fallecido, que también era de naturaleza pública (...) dado que se trataba de una actividad deportiva realizada a la vista de cualquiera (...) c) es indudable el interés público tanto del lugar que se produce como por las circunstancias del rescate (...) d) por muy desgarradoras que sean las fotografía (...) es lo cierto que por su contenido, no solo no son infamantes o irrespetuosas con la persona afectada, sino tampoco es posible inferir un ánimo retorcido en quien las difunde (...) la publicación de la identificación completa del que ha fallecido en un accidente deportivo en una vía o lugar público y que ha precisado de la movilización de grandes medios públicos para su rescate, no atenta en modo alguno a la dignidad de la persona afectada por lo que consecuentemente ninguna intromisión ilegítima se ha producido”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Podemos ver en relación a la intromisión ilegítima a la imagen y en el honor, MACÍAS CASTILLO, A., “Intromisión ilegítima en la imagen y en el honor de mujer no maltratada que se presenta en programa televisivo como tal. Análisis de la STS 14 de julio de 2005”, en *AC.*, núm. 20, noviembre, 2005, págs. 2538 y ss.

⁴⁵⁰ En el mismo sentido la STS 3684/2004, de 28 de mayo, donde en un periódico de Las Palmas de Gran Canaria, *La provincia*, se divulgó la noticia de la muerte de un hombre mientras se bañaba en una playa, se señalaba que su cuerpo quedó flotando y que lo sacaron del agua a la playa donde los servicios de urgencias intentaron salvar su vida. A la noticia se acompañaba la fotografía con un tamaño de casi media página, del cuerpo del fallecido tendido boca arriba en la playa. La esposa del fallecido interpuso demanda entendiéndolo que existía una intromisión al

En la STS 329/2005, de 4 de mayo, se estudia la publicación en prensa de la fotografía de un cadáver cubierto por una manta. Los familiares demandan a Don Luis Francisco, periodista, del diario *La Verdad* y Corporación de Medios de Murcia, SA., por intromisión ilegítima en los derechos a la imagen e intimidad del difunto. El Tribunal Supremo considera: “(...) el derecho a la imagen es un derecho distinto al de la intimidad. En efecto, mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una lesión a su intimidad; y, finalmente, puede suceder, que una imagen lesione al mismo momento ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada (...) la información gráfica generada en ningún momento recoge los rasgos físicos del afectado que le hagan reconocible, de tal manera que si ninguna imagen ha sido captada y reproducida, ninguna intromisión ilegítima a ella ha podido ser cometida”.

Relacionado con los dos aspectos del derecho a la imagen antes comentados, se deriva la doble vertiente de este derecho; es decir, la imagen puede tener una vertiente personal⁴⁵¹(artículo 7.5 LO 1/1982), y otra

honor y a la intimidad del fallecido y de su familia. El TS en la misma línea de la sentencia comentada en el texto dispuso que: “(...) la noticia y la fotografía que la acompaña que, frente a lo que se afirma a la demanda no hace tan reconocible al fallecido, presentan interés público por las circunstancias del hecho y del lugar, pleno de publicidad y cuando el fallecido fue atendido sin éxito por un servicio comunitario”.

⁴⁵¹ Como considera Igartúa Arregui, volcada por tanto en su protección, en IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1077. En palabras de María Luisa Palazón, sería esta faceta personal del derecho a la imagen la más cercana al derecho a la intimidad, en tanto salvar un

estrictamente patrimonial⁴⁵². Económica o publicitaria o estrictamente patrimonial, económica o publicitaria⁴⁵³ (artículo 7.6 LO 1/1982). Por ejemplo lo vemos subrayado en la STC 231/1988, de 2 de diciembre, cuando se señala en el FJ3: “(...) sobre la explotación comercial de la imagen de don Francisco R., (...) en este aspecto, el «derecho a la imagen» que se invoca (y al que la 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 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial (...)”⁴⁵⁴.

Con respecto a la vertiente patrimonial del derecho a la imagen, el valor económico de la imagen cobra importancia en nuestra sociedad, ya que existen personas que lo utilizan como herramienta de trabajo, viven de ello, a través de la venta de exclusivas, etc. Esto es lo que ha llevado a estudiar el derecho a la

espacio de intimidad personal o familiar del conocimiento de terceros, en PALAZÓN GARRIDO, M. L., “La protección...”, *cit.*, pág. 500.

⁴⁵² Un amplio estudio de la vertiente patrimonial del derecho a la imagen de las personas, incluido la apropiación indebida de lo que en vida era la imagen de una persona ya fallecida lo encontramos en BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 361 y ss.

⁴⁵³ SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es difamar?...*, *cit.*, págs. 90 y ss; CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, págs. 1582 y ss. ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 16. Para poder determinar cuando estamos ante la vertiente personal y cuando ante la patrimonial, María del Carmen García Garnica sostiene que: “(...) cabe afirmar que con carácter general se estará ante un acto de ejercicio del contenido esencial de estos derechos cuando se ejercite bien el aspecto negativo, bien el positivo del mismo. Es decir, tanto cuando se ejercite la facultad de excluir la intromisión de terceros en el ámbito íntimo de la vida personal o familiar, o se rechace la reproducción, utilización y difusión de la propia imagen; como cuando se ejercite la libertad de consentir la intromisión de terceros en el ámbito de lo íntimo o la utilización de la propia imagen. Pero, si ese consentimiento a la intromisión de terceros en el ámbito de la intimidad personal o de la propia imagen crea derechos de carácter económico, en lo relativo al ejercicio y disposición de éstos se regirá conforme a las reglas propias de su naturaleza jurídica patrimonial”, en GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Consideraciones...”, *cit.*, pág. 1874.

⁴⁵⁴ En relación a esta doble vertiente Igartúa Arregui, apunta que la sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, señalada anteriormente, en un principio no reconoce esa doble distinción, en sus palabras: “sin que pueda hablarse de que esta sentencia suponga el reconocimiento de la doble naturaleza del derecho a la imagen, no hay duda de que será citada como su primer atisbo jurisprudencial”, en IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1078; IGARTÚA ARREGUI, F., *La apropiación...*, *cit.*, pág. 17. Por su parte, María Luisa Palazón indica sentencias que han seguido a la anterior, tales como la STC 99/1994, de 11 de abril, la STC 81/2001, de 26 de marzo, donde considera que en esta la diferenciación es clara, en ⁴⁵⁴ PALAZÓN GARRIDO, M. L., “La protección...”, *cit.*, pág. 502. Por otro lado, GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Consideraciones...”, *cit.*, pág. 1868, que esta diferenciación entre la vertiente personal y la patrimonial ha sido apoyada por la Doctrina del Tribunal Constitucional, sin duda, influenciada por el *right of publicity*, un amplio estudio sobre esta doble vertiente.

propia imagen desde una perspectiva más patrimonial, y por tanto es la causa de que en todos los países se considere esta vertiente patrimonial del derecho a la imagen.

En concreto, destaca el *right of publicity* o derecho patrimonial en Estados Unidos, que el Tribunal Supremo norteamericano contrapone con el *right of privacy*. Este *right of publicity* es el derecho a la explotación exclusiva de nuestra imagen con fines publicitarios o comerciales⁴⁵⁵. Es decir, se trata de impedir que un tercero se apropie de la imagen de una persona, sin su autorización, con fines comerciales o publicitarios⁴⁵⁶. Eso sí, se puede transmitir a un tercero⁴⁵⁷.

Este *right of publicity* surge de la labor creadora de la jurisprudencia norteamericana. Precisamente, esta expresión proviene del caso *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*. Esta sentencia, dictada en 1953, por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, estimó que: “(...), toda persona tiene derecho al valor publicitario inherente a su propia imagen; es decir, el derecho a conceder a un tercero el privilegio exclusivo de publicar una fotografía o cualquier otra reproducción de la propia imagen. Este derecho puede denominarse *right of publicity* porque es innegable que muchas personas eminentes (...), verían lesionados sus intereses, si no percibiesen una suma dineraria al autorizar a un tercero la publicación de anuncios que difunden su imagen”. Concluye que el *right of publicity* sería irrelevante si no pudiera ser objeto de una autorización exclusiva que impida a otros anunciantes utilizar al correspondiente fotografía⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág., 1077; Un amplísimo estudio en, IGARTÚA ARREGUI, F., *La apropiación...*, *cit.*, págs. 16 y ss.

⁴⁵⁶ Sin embargo, IGARTÚA ARREGUI, F., *op. cit.*, págs. 19 y ss, a pesar de ofrecer esta definición considera que esta facultad exclusiva para explotar comercialmente la imagen se está sobrevalorando, concediéndole un contenido excesivo, y advierte del: “consiguiente peligro para las libertades de expresión e información”.

⁴⁵⁷ En concreto SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es difamar?...*, *cit.*, pág. 90, lo considera como *property right*, transmisible a un tercero, en sus palabras: “(...) un derecho no sólo absoluto sino además enajenable, en vez de un *personal right*, es decir, absoluto pero no enajenable”.

⁴⁵⁸ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “Privacy...”, *cit.*, pág. 81.

Sin embargo, a pesar de que con claridad en el Ordenamiento Jurídico español podemos distinguir esta doble vertiente⁴⁵⁹, la LO 1/1982 estrictamente hablando, no contempla esta distinción⁴⁶⁰ ya que el artículo 7. 6 de la LO 1/1982 dispone que se considerará intromisión ilegítima: “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. A tenor del mismo no es posible afirmar que el legislador haya querido ir tan lejos como para consagrar el citado *right of publicity* en la legislación española. Pero se observa en el artículo el propósito de garantizar el control de la explotación de su imagen, por lo que, en cierta manera, parece que en la imagen se pueden distinguir ambas facetas⁴⁶¹.

Admitida esa doble vertiente, en la práctica, en la mayoría de los casos, los Tribunales han considerado que existía una vulneración del derecho a la imagen en relación con la apropiación comercial de la misma. No considerando normalmente una violación del derecho a la imagen para fines distintos a los comerciales o publicitarios. Las razones pueden ser que se dan más casos de apropiación y que, en esos casos, es más fácil la apreciación del daño⁴⁶².

⁴⁵⁹ También podemos decir que en cierta manera la intimidad tiene un aspecto patrimonial, piénsese por ejemplo en una biografía. En la STS de 30 de diciembre de 1989, el caso de la envenenadora de Valencia, se reconoce, como bien señala Ana Laura Cabezuelo, la dualidad de la intimidad como derecho personalista o patrimonialista, afirmando que: “la explotación de intimidades relativas a una persona ya fallecida pueda presentar este último interés (...)”, en CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho...*, *cit.*, pág. 395. Por su parte, María del Carmen García Garnica señala que los derechos a la intimidad y la propia imagen han adquirido en la actualidad una vertiente patrimonial susceptible de disposición y comercialización al margen de su vertiente estrictamente personal (...)”, en GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Consideraciones...”, *cit.*, pág. 1867.

⁴⁶⁰ En este sentido GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Consideraciones...”, *cit.*, pág. 1868, afirma que si bien este fenómeno fue advertido, en cierta manera por el legislador de 1982, no fue abordado convenientemente al tratarse de derechos de la personalidad, y por tanto extrapatrimoniales, irrenunciables, etc. En el mismo sentido, BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 347 y ss. considera que la Ley 1/1982 solo hace referencia a la facultad de exclusión pero no a la facultad de explotación de la imagen y afirma que: “(...) el art. 7.6 no contempla uno de los aspectos del *right of publicity*, cual es el de la explotación, y sólo es posible hablar a la luz del mismo de una protección del uso in consentido de la identidad personal, para fines comerciales (...) Sin embargo, el papel otorgado por la ley a los jueces (...) ha permitido (...) que se reconozca, por el Tribunal Constitucional, un derecho de explotación de la imagen ubicado en el art. 7.6, cuando éste explícitamente no lo dice”.

⁴⁶¹ PALAZÓN GARRIDO, M. L., “La protección...”, *cit.*, págs. 500 y ss.

⁴⁶² IGARTÚA ARREGUI, F., *La apropiación...*, *cit.*, págs. 15 y ss.

En relación a la *memoria defuncti* la imagen de las personas fallecidas se convierte en buena memoria y honorabilidad. Está claro que estrictamente hablando la imagen, entendida como la manifestación exterior de la personalidad, no existe tras la muerte. Pero sí existe el aspecto moral y el patrimonial. El moral supone el buen recuerdo y el sentimiento que deja en los vivos, su buena imagen perdura en la memoria de éstos, en razón de la dignidad⁴⁶³. Desde este carácter personal, la imagen de un fallecido puede ser distorsionada o tergiversada. No llega a existir difamación porque al muerto no se le puede dañar, pero ofende⁴⁶⁴ porque deformar la imagen de un fallecido menoscaba su memoria⁴⁶⁵. Otra cosa es que la distorsión no sea absoluta, que se trate tan sólo de datos o hechos verídicos que hablen de una persona pública⁴⁶⁶, ya que en este caso, es necesario conocer ciertos aspectos de la vida de estos personajes públicos, tal y como ya hemos comentado.

Destaca la SJII n. 5 de Madrid, de 13 de junio de 1985, *El País*, publicó un artículo sobre D. Santiago Ramón y Cajal, en el que se le retrataba como misógino y con complejo de Edipo. Dicha sentencia condenó a la rectificación. Sin embargo, la AT de Madrid, estimó que no se tergiversó su personalidad, al

⁴⁶³ En palabras de ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 17: “(...), el buen recuerdo que dejara entre los vivos, los sentimientos y afectos que en estos inspirara. Aunque más que el reflejo de la imagen, lo que perdura en la memoria son los aspectos que conforman el honor (fama, buen nombre, acciones nobles, etc). En todo caso, la imagen moral o social (buena imagen) pervive en la memoria (...)”.

⁴⁶⁴ SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es difamar?...*, *cit.*, pág. 104.

⁴⁶⁵ Afirma ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 18 y ss, que lo primero que viene a la cabeza es que ese aspecto moral sobrevive en la memoria, es protegido por las personas encomendadas para tal acción, tutelan la memoria defuncti, porque el difunto no tiene imagen, pero sólo tienen legitimación ante esa ofensa que afecta a ese buen recuerdo que pervive en la memoria.

⁴⁶⁶ Es decir, en palabras de Mariano Alonso: “(...), significa una deformación de la memoria mediante el falseamiento de la imagen que proyectó en vida su personalidad. Su memoria queda rebajada y manchada (...). Sin duda, la tergiversación de la personalidad pretérita, que ofrezca una imagen (o memoria de esa imagen) deformada o inexacta, debe ser objeto de defensa por las personas legitimadas ex artículo 4 LO 1/1982”. Advirtiendo, que otra cosa es que la distorsión no sea absoluta, que se trate, tan sólo de datos o hechos verídicos que hablen de una persona pública, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 17.

contrario, entiende que cabe interpretarse, que se trata realmente de opiniones y por tanto no es susceptible de rectificación⁴⁶⁷.

Desde la vertiente patrimonial, se trataría de la utilización ilícita de la imagen de una persona fallecida con fines publicitarios y comerciales. Lo característico es que la vulneración afecte al artículo 7.6 LO 1/1982. Es decir, cuando la intromisión tenga fines comerciales, económicos, publicitarios. En este caso ya no se van a proteger los recuerdos, la buena imagen que dejó en vida, sino su aspecto material⁴⁶⁸. Como componentes patrimoniales que son, pasan al caudal hereditario y se transmiten a los herederos⁴⁶⁹, a diferencia de los aspectos morales que como hemos visto a lo largo del trabajo, son inherentes a la persona y tras su muerte no se pueden transmitir. En este caso, en el que el contenido es patrimonial, los legitimados son los herederos⁴⁷⁰.

Ciertamente, en el ámbito personal se ve claramente la reducción de la protección que se otorga a la personalidad pretérita en relación a la que gozaba en vida⁴⁷¹. Sin embargo, en su vertiente patrimonial no ve tanta reducción⁴⁷².

⁴⁶⁷ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 813; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 17.

⁴⁶⁸ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 19.

⁴⁶⁹ A este respecto GARCÍA GARNICA, M.ª C., “Consideraciones...”, *cit.*, pág. 1883, señala que esta vertiente patrimonial de la imagen, incluso de la intimidad, no se extingue tras la muerte de la persona, y se transmite el derecho a la explotación económica de la misma al caudal hereditario.

⁴⁷⁰ En palabras del Prof. Alonso Pérez: “mientras la defensa de la memoria del causante en sí misma está encomendada a unas personas por artículo 4 LO 1/1982, el contenido económico en todos sus aspectos (comercialización, explotación, impedir su utilización indebida, etc.) corresponde plenamente a los sucesores hereditarios”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 19. Por otro lado, BODAS DAGA, M.ª E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 410, considera que el contenido del derecho a la imagen está compuesto por dos facultades, la de exclusión y la explotación, que como tal afirma, no está contenido en la Ley 1/1982, como vimos en la cita 487, y por tanto no se contempla la variable en la Ley 1/1982 de una cesión *inter vivos*, ya que el consentimiento solo permite la intromisión pero no dice si el titular o un tercero pueden explotarla. A lo que considera que sí debería poder hacerse, así como una transmisión *mortis causa* de la misma de manera similar a la transmisión *mortis causa* permitida en la LPI.

⁴⁷¹ En efecto, el propio Tribunal Constitucional no protege como veremos el derecho a la imagen extinguido tras la muerte, ya no es un derecho fundamental, ni siquiera los aspectos económicos que sobreviven y que se defienden a través de la LO 1/1982. Por tanto, una cosa es el derecho a la imagen reconocido en el art. 18 de la CE, que se entiende derivado de la dignidad humana, la parte moral, y otro es la explotación de la imagen, la parte patrimonial que no forman parte del derecho fundamental a la propia imagen, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 18.

⁴⁷² IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1078.

Una conocidísima sentencia sobre este asunto es del Tribunal Supremo alemán del 1 de diciembre de 1999 relativa a la utilización indebida de la imagen de la actriz Marlene Dietrich, fallecida el 6 de mayo de 1992. Por primera vez dicho Tribunal otorga a herederos una indemnización por daños y perjuicios por utilización ilícita de la imagen de una persona fallecida con fines comerciales⁴⁷³. Estamos en presencia del llamado *right of publicity*⁴⁷⁴. La hija de Marlene Dietrich interpone una demanda manifestando su legitimación como única descendiente y heredera, por el uso no autorizado de la imagen de su madre requiriendo la cesación de dicho uso y la indemnización por los daños causados. El demandado que se opuso a la demanda alegó que no es posible pedir indemnización por una lesión *post mortem* de los derechos de la personalidad, y que sus actos se basaban en la libertad de creación artística. El Tribunal Supremo alemán aplicó el artículo 823. 1 BGB, que protege tanto valores morales como patrimoniales. Estimó que si el contenido moral del derecho a la imagen es inseparable de la persona y se extingue con ésta, por el contrario, el patrimonial sobrevive al difunto y se integra en la herencia, se transmite a sus herederos y por tanto éstos están legitimados. Ya que admitir la transmisión del contenido patrimonial a los herederos es la opción más segura para garantizar esta protección frente a utilizaciones comerciales incontestadas.

En otra sentencia, esta vez en nuestro Derecho, al estudiar la utilización comercial de la imagen se llega a la conclusión de que en ese caso en concreto no hay utilización comercial de la “imagen” del fallecido. Es el caso de una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1994. Se demandó al Ministerio de Cultura por utilización ilegítima de la imagen de la fallecida actriz Doña Selica Pérez Carpio, con fines comerciales y publicitarios. En unos anuncios en distintos medios periodísticos y de pósters callejeros se reproducía la imagen fotográfica del cartel original del año 1934, donde se anunciaba el estreno de la zarzuela titulada “La Chulapona”, con el fin de comunicar la

⁴⁷³ Un amplísimo estudio de esta sentencia lo encontramos en, PALAZÓN GARRIDO, M. L., “La protección...”, *cit.*, págs. 496 y ss.

⁴⁷⁴ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 18.

reposición de la obra en el Teatro Lírico Nacional de la Zarzuela de Madrid. La hija de la actriz interpone la demanda y solicita una indemnización de 10.000.000 de pesetas, más los perjuicios irrogados y los que pudieran irrogarse durante el procedimiento. Tanto el JII. núm. 17 de Madrid, con fecha de 11 de abril de 1990, como la AP de Madrid, con fecha de 16 de septiembre de 1991, desestiman la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Considera en el F.J.2., que: “En el actual supuesto se trata de reproducción fiel de la imagen de la actriz en relación a los carteles de 1934 y no supone en forma alguna una representación grotesca, insultante, ridícula, soez, difamatoria, degradante de la misma, o en cualquier manera desdoro para su figura y de su bien ganado y reconocido prestigio escénico, pues, más bien, se le hizo de este modo homenaje y reconocimiento de sus acreditados méritos (...), con proyección hacia su conocimiento por las generaciones jóvenes, con lo cual su fama no menguó nada, al contrario, se acrecentó, y de esta manera revivió en la memoria de las gentes (...)”. Por lo tanto, su fama no sufrió ningún daño. Así pues, establece que: “El artículo 7.6 LO 1/1982, ha de entenderse, en consecuencia con lo que se deja expuesto y sólo procede cuando el fin de la utilización de la imagen ajena es predominantemente casi exclusivo y decididamente único el crematístico, comercial, publicitario y análogos, lo que no sucede en el hecho cuestionado, ya que actúa como prioritario y relevante,..., el fin cultural”, (artículo 8.1 LO 1/1982), “(...), que no es otro que el mantener vivo y propiciar el resurgimiento de un género musical tan esencialmente español como es la zarzuela. La publicidad y comercialización denunciada no fue el objetivo de las publicaciones (...), buena prueba de ello son los reducidos ingresos obtenidos por la venta de pósters y libretos (...), lo que demuestra que el propósito principal no era obtener exclusivamente beneficios económicos (...). No se requiere consentimiento de los titulares del derecho a la imagen cuando no hay una intromisión ilegítima”. El Tribunal estima que otra cosa son los posibles derechos de participación económica que pueda ostentar la recurrente en relación a las ventas de las localidades.

De todas formas, ante la explotación comercial de la “imagen” de una persona famosa fallecida hay que ponderar si el derecho a la libertad de expresión justifica la intromisión. Es decir, en los ya habituales casos donde se realizan *tv-movies* sobre la vida de una persona ya fallecida, sin el consentimiento de los herederos. En estas situaciones se puede decir que hay una finalidad comercial que se contrapone a la informativa y en mayor medida a la libertad de expresión y libertad de creación. Es a través, sobre todo a la libertad de creación, donde se puede justificar esta utilización y que en el ejercicio de ponderación de estos derechos tenga preferencia esta última⁴⁷⁵.

2.4. LÍMITES DE LA *MEMORIA DEFUNCTI*

2.4.1. Justificación y enumeración

Es indiscutible que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se pueden ver vulnerados en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la información⁴⁷⁶. Y en mayor medida estas vulneraciones se producen a través de los medios de comunicación social⁴⁷⁷. Es

⁴⁷⁵ A respecto señala Igartúa Arregui que: “Para el caso de la explotación comercial de la imagen de un personaje famoso fallecido habrá que estudiar si la libertad de información o la de creación justifican la intromisión. Habrá que deslindar también entre la suerte de los intereses personales y patrimoniales (...)”, en IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1079

⁴⁷⁶ FARIÑAS MATONI, L. M^a., El derecho a la intimidad, Trivium, Madrid, 1983, págs. 67 y ss.; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, *cit.*, págs. 102 y ss. Aunque es cierto que hay casos donde no siempre entran en conflicto como señala HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990, págs. 26 y ss aunque también matiza que hay casos donde no entran en colisión, simplemente habrá una intromisión ilegítima en el honor, en la intimidad, en la imagen, y en nuestra opinión en la *memoria defuncti* que nada tendrán que ver con los derechos consagrados en el art. 20. 1 de la CE. Como ejemplos señala, el mero emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, filmación etc para conocer la vida privada de las personas, captación por fotografía, filme o cualquier otro medio de la imagen de una persona, etc, siempre y cuando no se proceda a su publicación. Fuera de algunos de estos ejemplos señala que: “(...) lo ordinario, al menos estadísticamente, será que las intromisiones en el ámbito del honor, la intimidad o la propia imagen, se realicen con la pretensión por parte de su autor de estar ejercitando alguna de las libertades consagradas en el art. 20. 1. En estos supuestos nos encontramos ante casos, reales o supuestos, de pugna entre ambos tipos de derechos fundamentales”.

⁴⁷⁷ Afirma ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982*, de 5 de mayo, Civitas, 1989, pág. 122, que: “(...) la experiencia social y judicial nos dice que la colisión más habitual con el derecho al honor se produce a través del cauce de la libertad de expresión, o

complicado determinar los límites, es decir, precisar dónde termina el derecho a la información y el derecho a la libertad de expresión, y dónde comienza el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen⁴⁷⁸ y esta dificultad reside en que:

a) Estos derechos a la libertad de expresión y de información están consagrados también, al igual que el honor, intimidad e imagen, en la Constitución Española, en concreto en el artículo 20. 1. a) y d), respectivamente y por tanto son igualmente derechos fundamentales⁴⁷⁹, gozan del mismo rango⁴⁸⁰. Por lo que no podemos afirmar de manera automática que unos prevalezcan sobre los otros sin más.

b) Y porque la naturaleza del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, al ser principalmente moral, complica su delimitación y su tratamiento legal⁴⁸¹.

El artículo 20. 1. a) de la CE en concreto reconoce y protege el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, y el artículo 20. 1. d), el derecho a “comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión”.

dicho de otra forma, el mayor número de agresiones contra el honor de las personas se producen a través de los medios de comunicación social”.

⁴⁷⁸ MACÍAS CASTILLO, A., “El derecho a la información...”, *cit.*, págs. 5 y 15.

⁴⁷⁹ Subraya LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, 2010, pág. 150 que: “(...) dada la ubicación sistemática de ambos derechos dentro de nuestro texto constitucional (el derecho al honor en el art- 18, y el derecho subjetivo y fundamental a la información, como derivado de la libertad de expresión que consagra el art. 20), es evidente que en tal caso entran en conflicto dos derechos fundamentales. Ya el legislador constituyente es sabedor de esa natural tendencia a la fricción, cuando en el número 4 de dicho art. 20 designa el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia como límites especiales de la libertad de expresión”.

⁴⁸⁰ Estos derechos están reconocidos en la mayoría de países civilizados.

⁴⁸¹ MOLINER NAVARRO, R., “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, coord. DE VERDA Y BEAMONDE, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 22.

En torno a estos dos derechos se ha planteado la discusión sobre si son dos derechos distintos o si realmente se trata de un único derecho que abarca al otro. La mayoría de la doctrina apoya esta última postura⁴⁸², es decir, el derecho a la libertad de expresión tiene un contenido más amplio, y de él se deriva el derecho a la información⁴⁸³. La STC 123/1993 literalmente establece que: “Nuestra Constitución distingue, de manera clara y precisa, la libertad de expresión [art. 20.1 a)] y el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d)], consagrándolos como derechos fundamentales que deben ser objeto de tratamiento plenamente diferenciado en cuanto que sus condiciones de legítimo ejercicio no son confundibles entre sí, dado que, mientras en el primero lo esencial es que no se empleen expresiones formalmente injuriosas o vejatorias, en el segundo es además decisivo el canon de la veracidad de la noticia, y ello aparte de la relevancia de la noticia transmitida para la formación de la opinión pública (...) La libertad de expresión, según ya dijimos en la STC 6/1988 tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el que deben incluirse las creencias y los juicios de valor; en cambio, el derecho a comunicar información versa sobre hechos o, dicho con mayor precisión, sobre hechos que puedan considerarse noticiables. Ocurre, sin embargo, que en la realidad es frecuente que los elementos de una y otra significación aparezcan entremezclados, siendo en tales supuestos obligado atender al elemento que aparezca como preponderante”. Más recientemente, la STS 7348/2010, de 3 de noviembre, confirma que: “La libertad de expresión, igualmente reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (...), porque en tanto ésta se refiere a la narración de hechos, la de

⁴⁸² O'CALLAGHAN, X., *Libertad...*, *cit.*, págs. 3 y ss.

⁴⁸³ LLAMAS POMBO, E., “Reflexiones en torno a la veracidad informativa en relación con el derecho al honor”, en *Retos de la Sociedad de la información. Estudios de comunicación en honor de la Dra. María Teresa Aubach Guiu*, Salamanca, 1997, pág. 299. También en URIAS, J., *Lecciones de Derecho de la Información*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 52. En este sentido, en palabras de Agustín Macías: “(...), pese a proceder de un mismo tronco común (el art. 20), la libertad de expresión y el derecho a la información no son una misma cosa. En términos jurisprudenciales, parece clara la afirmación de que el derecho a la libertad de expresión presenta un contenido más amplio y genérico, lo que permite, por ejemplo, que la mera opinión o la sana crítica tengan cabida en sus contornos; mientras que el derecho a la información se refiere al tratamiento jurídico-informativo de los hechos, presentados en forma de noticia”, en MACÍAS CASTILLO, A., “Derecho...”, *cit.*, pág. 2236

expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones. Comprende la crítica de la conducta de otro, aún cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (...) Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito (...)"⁴⁸⁴.

Consideramos junto con LLAMAS POMBO que la terminología usada no es del todo acertada a la hora de considerar que la libertad de expresión consiste en comunicar ideas y el derecho a la información a comunicar hechos noticiables. En palabras del autor: "Estimo poco afortunada dicha denominación, que puede conducir a equívocos: la libertad de expresión es un atributo o valor de la personalidad, y por tanto un concepto antropológico y filosófico, del que jurídicamente deriva un derecho subjetivo y fundamental que llamamos derecho a la información, el cual a su vez puede tener por objeto muy diversos mensajes informativos (desde la exposición de una idea política o religiosa, hasta la narración de un hecho, pasando por la opinión que merece la aplicación de una ideología a un suceso, o por la invitación a consumir determinado producto). De entre dichos mensajes, los dos más simples que pueden aislarse son: la comunicación de ideas, que llamamos propaganda, y la difusión de hechos o sucesos del mundo exterior, que llamamos noticia (...) Lo que sucede es que no existe la noticia en estado puro. La comunicación de hechos siempre comprende algún elemento valorativo. La misma decisión de difundir o no una información, de hacerlo en un determinado lugar, horario, etc., son ya decisiones de carácter ideológico, que contribuyen a la formación de la opinión. Por ello, los tribunales suelen separar el elemento valorado, al que se exige la veracidad, de la valoración y la opinión, a la que no puede pedirse tal tributo"⁴⁸⁵. Tarea que,

⁴⁸⁴ En este sentido también la STS 7547/2010, de 16 de diciembre, STS 7705/2010, de 30 de diciembre...etc.

⁴⁸⁵ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, cit., págs. 154 y ss.

como vemos, no es en absoluto sencilla porque ambos atributos están imbricados.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta lo señalado al principio del epígrafe. Los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información no son derechos ilimitados⁴⁸⁶ y en la mayoría de las ocasiones su ejercicio colisiona con otros derechos fundamentales como son el honor, la intimidad y la imagen, por lo que es necesario establecer unos límites o parámetros entre ambos grupos de derechos. La propia CE, en el artículo 20. 4 establece los límites a estos derechos, en concreto dispone que: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan 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”. Sin embargo, a pesar de que el propio legislador contempló la probabilidad que tienen estos derechos de colisionar, ya que como ya apuntábamos anteriormente, es una realidad que los derechos a la libertad de expresión y la libertad de información entran en conflicto con el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, es muy complicado determinar los límites de cada uno de ellos. En principio, parece que se podría imponer el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen frente a la libertad de expresión y frente al derecho a la información debido a la importancia de estos derechos que se sustentan bajo la dignidad⁴⁸⁷, pero esta no es la doctrina seguida por el TC. Éste ha declarado

⁴⁸⁶ O'CALLAGHAN, X., *Libertad...*, cit., págs. 8 y ss; Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., págs. 356 y ss; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., págs. 102 y ss.

⁴⁸⁷ Así fue en una primera fase como señala HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, cit., págs. 102 y ss, donde realiza un amplio estudio sobre la evolución jurisprudencial ante la colisión de los derechos consagrados en el art. 20. 1 con los del 18 de la CE. En un primer momento, siempre que se ocasionaba una intromisión al honor se consideraba que no se podía alegar que se produjo por el ejercicio a la libertad de expresión, quizá como señala el autor por una interpretación al pie de la letra del art. 20. 4 de la CE. Es decir, ante una colisión entre estos derechos siempre prevalecían los del art. 18 de la CE. En la fase siguiente, se da un giro jurisprudencial y los tribunales dejan de hacer una interpretación gramatical del art. 20. 4 de la CE para entender que tanto la libertad de expresión como el derecho a la información son derechos también fundamentales y que además son necesarios para la formación de una opinión pública libre. Por lo que ya no van a prevalecer siempre y en todo caso el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen. Ni tampoco quiere decir que la libertad de

que se tienen que ponderar los derechos en conflicto, como indica la STS 7705/2010, de 30 de diciembre: “Cuando se trata de la libertad de información y de expresión, la técnica de la ponderación exige valorar en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático”, y se otorgará preferencia a uno u a otro según el caso⁴⁸⁸. Así lo vemos por ejemplo en la STS 7348/2010, de 3 noviembre, cuando afirma que: “(...) la jurisprudencia es unánime al considerar que cuando entran en conflicto los derechos de la personalidad frente a los del artículo 20 CE no se puede fijar a priori la prevalencia de unos sobre otros sino que es preciso analizar caso por caso (...)”⁴⁸⁹. Así actúan tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, aplicando la Teoría de la Posición Preferente. Esta teoría surge en Norteamérica y supone realizar un balance de intereses⁴⁹⁰ entre estos derechos fundamentales con el fin de determinar, caso por caso, a cuál de ellos se le otorgará preferencia⁴⁹¹ siguiendo unos criterios preestablecidos⁴⁹².

expresión o el derecho a la información vayan a prevalecer siempre en caso de colisión. En esta fase lo que se considera es la necesidad de establecer una ponderación entre derechos enfrentados caso por caso. Y es lo que ha llevado a la siguiente fase, que es la de establecer unas reglas para determinar la posición preferente en cada caso concreto.

⁴⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, pág. 356.

⁴⁸⁹ Es el argumento seguido en la jurisprudencia, entre otras: STS 2498/2011, de 21 de marzo, STS 2899/2011, de 25 de abril, STS 5815/2011, de 18 de julio.

⁴⁹⁰ En contra de esta solución encontramos a MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, 1988, pág. 150.

⁴⁹¹ “Es más una fórmula de aplicación casuística que una definición teórica pues, insistimos, el nivel de protección constitucional de estos derechos es el mismo. Sin embargo no puede producirse un empate técnico de derechos, de ahí la necesidad de encontrar soluciones y alternativas como la asumida por nuestros altos tribunales”, en MACÍAS CASTILLO, A., “Derecho...”, *cit.*, pág. 2236.

⁴⁹² Operación no falta de problemas. El conflicto surge porque: “Las normas no especifican estos límites con nitidez”, en MACÍAS CASTILLO, A., “Colisión entre la libertad de expresión y derecho al honor”, en *A.C.*, núm. 15, septiembre 2005, pág. 1905.

Por tanto, partimos de la gran importancia que tienen tanto el derecho a la libertad de expresión e información como el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen. La pregunta gira entonces en torno a la posibilidad de que la memoria de los difuntos pueda ser también un límite a los derechos consagrados en el art. 20. 1 de la CE. Como vimos, la *memoria defuncti* sobrevive a la persona, se basa igualmente en la dignidad y es objeto también de ponderación por parte del Tribunal Supremo cuando entra en conflicto con los derechos consagrados en el art. 20. 1 de la CE. Respecto al Tribunal Constitucional, cuando estamos ante una colisión entre el derecho a la libertad de expresión y/o el derecho a la información con dicha memoria, como veremos en el epígrafe siguiente, la opinión mayoritaria de la doctrina y en líneas generales también el Alto Tribunal, es la de rechazar la posibilidad de realizar ese balance de intereses cuando estamos ante esa situación pues la memoria no es, lógicamente, un derecho fundamental. Pero sobre esto volveremos más adelante.

El Tribunal Supremo realiza sin problemas esa ponderación incluso cuando, como decimos, lo que colisiona con el derecho a la libertad de expresión o información es la memoria de un fallecido.

Una vez determinado el por qué se considera necesario hacer esa ponderación, tenemos que destacar las matizaciones de LLAMAS POMBO al respecto con las que estamos totalmente de acuerdo: se parte de la prevalencia de la libertad de expresión por su importancia a la hora de formar una opinión libre, pública, democrática, veraz, como garantía institucional, y por eso tienen estos derechos una posición privilegiada con respecto al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Pero esta prevalencia no es absoluta y hay que tener en cuenta unos requisitos para justificar esa prelación inicial. Estos requisitos son: el interés público, es decir, para que prevalezca la libertad de expresión y el derecho a la información tiene que servir para formar esa opinión pública libre y democrática, si no son asuntos de interés general no van a prevalecer porque ya no cumplen con ese fin. Por otro lado, en relación

exclusivamente al derecho a la información, esta debe ser veráz, y como dice el autor, si carece de esta cualidad, no sólo no va a prevalecer, sino que además no es verdadera información. Y por último, en el ejercicio de ambos derechos, no se deben emplear expresiones o alusiones vejatorias.

Unido a esa prevalencia inicial de los derechos consagrados en el art. 20.1 de la CE, tenemos que tener en cuenta que el honor, la intimidad, la imagen y la memoria del difunto en cierta manera se disminuyen cuando el personaje en cuestión es una persona pública, aunque como indica el autor no desaparece totalmente. Y que por el contrario se ve debilitada la libertad de expresión y el derecho a la información cuando estamos ante personas privadas y cuando la expresión o la información no se comunica por los “cauces ordinarios de opinión pública”, ya que se considera que su fin ya no es el de la formación de una opinión pública libre y democrática. Por último, tenemos que destacar que la libertad de expresión será preferente y “cobra su máxima eficacia” cuando el derecho a la información lo realizan los profesionales del mismo, ya que se entiende que se persigue ese interés de la formación de la opinión pública⁴⁹³.

Nos vamos a detener en los requisitos unánimemente aceptados por la doctrina y jurisprudencia para ayudar a analizar si prevalece la libertad de expresión o no ante el honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen y la memoria del difunto.

2.4.2. Libertad de información y expresión.

En relación a la libertad de información, ésta prevalecerá como indica, entre otras, la STC 61/2004, de 19 de abril, cuando la información sea veraz y tenga interés público. En concreto el F.J. 3 dispone que: “parte de la posición especial que en nuestro Ordenamiento ocupa la libertad de información puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su

⁴⁹³ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, cit., págs. 150 y ss.

tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión crítica libre indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (...) Ahora bien de ello no se deduce el valor preferente o prevalente de este derecho cuando se afirma frente a otros derechos fundamentales (...) De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (...)"

Siguiendo al profesor LLAMAS POMBO el requisito de interés público, es lógico, ya que sin él quedaría sin justificación la posición preferente porque el derecho a la información no contribuiría a formar una opinión pública libre⁴⁹⁴.

En cuanto al requisito de la información veraz, no se trata de una verdad material y rigurosa, sino más bien de cumplir con la diligencia exigible de un profesional⁴⁹⁵. Dicho de otra manera, el derecho a la información va a prevalecer, si se cumplen los demás requisitos, cuando la información que suponga una intromisión al derecho al honor y a la memoria del difunto sea objetivamente verdadera y también cuando sea falsa, aunque diligentemente contrastada por el profesional, es decir, se considera que la información es veraz⁴⁹⁶. Hay que puntualizar que este requisito de veracidad tiene un tratamiento distinto según estemos ante el derecho al honor o ante el derecho a la intimidad⁴⁹⁷. En cuanto al honor, no habrá intromisión si se cumple con el requisito de veracidad, pero respecto al derecho a la intimidad no es así. El criterio para ver si hay una intromisión a la intimidad es comprobar si hay un interés público en que ese hecho vea la luz, en concreto en la la STC 172/1990,

⁴⁹⁴ "Si el asunto carece de relevancia pública, la posición preferente pierde toda justificación, pues en tal caso el ejercicio del derecho a la información ya no sirve a la formación libre y plural de la opinión pública", en LLAMAS POMBO, E., "Reflexiones...", *cit.*, pág. 298.

⁴⁹⁵ CARRILLO, M., *El derecho...*, *cit.*, pág. 73.

⁴⁹⁶ PANTALEON, F., "La constitución, el honor y unos abrigos", en *Tomo de Jurisprudencia*, II, *La Ley*, 1996, pág. 999; PANTALEON, F., "La constitución, el honor y el espectro de la censura previa", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10. Septiembre-Diciembre, 1996, pág. 214.

⁴⁹⁷ CARRILLO, M., *El derecho...*, *cit.*, pág. 83.

de 12 de noviembre, se estima que: “merece distinto tratamiento el requisito de la veracidad, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que, mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad, actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa”.

En la misma sentencia 61/2004, de 19 de abril en su FJ4 considera el Tribunal Constitucional: “En la doctrina de este Tribunal sobre la veracidad se parte de que este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que trasmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 40/1992, de 30 de marzo; 232/1992, de 14 de diciembre; 240/1992, de 21 de diciembre; 15/1993, de 18 de enero; 178/1993, de 31 de mayo; 320/1994, de 28 de noviembre; 76/1995, de 22 de mayo; 6/1996, de 16 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 3/1997, de 13 de enero; 144/1998, de 30 de junio; 134/1999, de 15 de julio; 192/1999, de 25 de octubre). La razón de ello se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que

transmite como 'hechos' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (STC 6/1988; 28/1996; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997; 144/1998)”.

Otro ejemplo lo vemos en la STS 1581/1999, de 8 de marzo, donde se enjuiciaba una posible intromisión al honor. El Tribunal debería referirse a la *memoria defuncti*, de un fallecido por un reportaje emitido por *TV3* donde se relataba que un conocido político fue objeto de un juicio sumarísimo del Consejo de Guerra en 1937 y se afirmaba que el fallecido hijo del actor, fue testigo de cargo y literalmente se dice: “El Tribunal condenó a Luis Andrés basándose exclusivamente en el testimonio de ocho catalanes residentes en Burgos. Se presentaron voluntariamente ante el Juez instructor. Tienen nombre y apellidos (...) No tuvieron compasión (...) Todos los testigos de cargo que declararon contra Luis Andrés ocuparon altos cargos en la Administración y la prensa franquista desde 1940”. El TS consideró que no existió intromisión al honor del fallecido, repetimos debería decirse a la memoria del difunto, puesto que había relevancia pública y veracidad: “La relevancia pública es indiscutible (...) y la veracidad también es indiscutible (...) no ha habido intromisión ilegítima en el derecho al honor del padre de los demandantes (...) puesto que se han narrado en el reportaje de autos hechos históricos que hay que tener por ciertos y que tienen relevancia. No se han expuesto hechos que difamen a D. Arturo o le hagan desmerecer en la consideración ajena, sino que se han narrado hechos veraces junto a juicios de valor que caben en la libertad científica de un historiador”.

Ahora bien, sin duda, y coincidiendo con LLAMAS POMBO cabe destacar su opinión crítica a este respecto, afirma que: “cuando una información falta a la verdad, y una afirmación errónea, por muy diligentemente contrastada que esté, falta a la verdad, (...) no satisface el derecho a la información, ni los objetivos institucionales de la propia libertad de expresión”, considerando que a lo que lleva es a confundir a la opinión pública⁴⁹⁸. Por tanto, estimamos que los

⁴⁹⁸ LLAMAS POMBO, E., “Reflexiones...”, *cit.*, pág. 303.

Tribunales son demasiado permisivos al exigir en el requisito de la veracidad simplemente la contrastación diligente de la información⁴⁹⁹. La veracidad debe ser algo más que la mera diligencia del profesional y acercarse a una cierta correlación entre lo divulgado y la realidad⁵⁰⁰. No estamos de acuerdo con que esta noción de veracidad donde la falsedad de lo publicado no importa siempre que haya diligencia en la contrastación y que además sea suficiente para considerar que la libertad de expresión cumple, incluso así, con la garantía democrática y por tanto se justifique que tiene que prevalecer los intereses generales sobre el derecho al honor y sobre la *memoria defuncti*. Máxime cuando los temas a tratar desde el punto de vista de la lógica nos llevan a afirmar que no son, estrictamente hablando, de interés general. Es decir, nos referimos a aquellas situaciones donde el conflicto a estudiar se basa en temas de los llamados del corazón o temas en los que a pesar de estar implicadas personas públicas son parcelas de su vida que ni siquiera deberían considerarse de interés público. Y estamos de acuerdo con LLAMAS POMBO en las razones que ofrece para oponerse a este argumento, en primer lugar, si una información es falsa por muy diligentemente contrastada que esté, sigue siendo falsa y esto no contribuye ni al derecho a la información ni a la libertad de expresión. En segundo lugar, no es justo que los beneficios que obtiene la sociedad sean a costa del pago individual que tienen que realizar los perjudicados por esas intromisiones a sus derechos. O que la memoria de un difunto tenga que sufrir por el beneficio que quizás aporte a la sociedad el conocimiento de ciertos aspectos de lo que fue en vida. Por tanto considera que no es injusto que ante una información veraz no se estime una intromisión ilegítima al honor, lo que es injusto es que la veracidad se base en la conducta diligente del profesional. Por

⁴⁹⁹ En relación a la veracidad, destaca el trabajo de PANTALEÓN, F., “La constitución...”, *cit.*, págs. 1000 y ss., con el que estamos de acuerdo en su crítica a los tribunales, en concreto al Tribunal Constitucional, por las condiciones exigidas para que se cumpla la veracidad y por tanto para que prevalezca el derecho a la información. El autor afirma como necesario modificar la jurisprudencia constitucional y subraya que: “La información veraz en la letra d) del artículo 20. 1 de la Constitución significa información objetivamente verdadera. Las informaciones objetivamente falsas...no gozan de protección constitucional (...) El art. 18.1 de la Constitución impone la estimación de las acciones inhibitorias y de retractación de las informaciones difamatorias objetivamente falsas, con absoluta independencia de la diligencia o negligencia del informador (...)”.

⁵⁰⁰ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, *cit.*, pág. 158.

lo que sería necesario añadir algún componente objetivo al requisito exigido para que se cumpla con la veracidad⁵⁰¹. La clave es que en la veracidad se pida algo más que probar que quien informó actuó con la diligencia debida y que contrastó fuentes, sino que se pruebe objetivamente una serie de datos y que se aporten pruebas que acrediten por qué relató como verdad algo que luego puede ser solo veraz y que convierta en legítima una intromisión a la memoria del difunto. Sobre esto volveremos en el capítulo siguiente cuando hablemos de las causas gracias a las cuales las intromisiones ilegítimas no se considerarán como tales y en la reparación de los daños a la memoria del difunto.

En resumen, los Tribunales estiman que el derecho a la libertad de información va a prevalecer cuando dicha información sea de interés y de relevancia pública y se cumpla con la condición de veracidad en la información⁵⁰². Veracidad entendida como la señalada en la sentencia.

En cuanto a la libertad de expresión, este derecho prevalecerá cuando exista un interés público y no contenga un tono vejatorio⁵⁰³, es decir, tiene el límite en el respeto a los demás⁵⁰⁴. Por lo tanto, en la libertad de expresión no se exige el requisito de la veracidad en la información⁵⁰⁵. En concreto en la sentencia anteriormente comentada de la AP de Madrid, de 27 de junio de 2007, se establece que: “La determinación de si en el supuesto que se somete a enjuiciamiento ha existido o no un ataque o una intromisión ilegítima en tal derecho requiere realizar un juicio ponderativo atendiendo a las circunstancias del caso concreto y al contexto en que se emiten o insertan las expresiones que se denuncian como productoras de aquel, pues solo valorando dichas permis

⁵⁰¹ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, cit., págs. 158 y ss.

⁵⁰² CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho...*, cit., págs. 131 y ss; DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., págs. 357 y ss; LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., págs. 103 y ss.

⁵⁰³ DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., 357.

⁵⁰⁴ CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho...*, cit., pág. 135.

⁵⁰⁵ Seguimos a Macías Castillo: “La veracidad no es exigible a la libertad de expresión pero, desde luego, los otros dos requisitos, tanto el del interés público como la presentación formal de las opiniones carentes de insultos, sí que le son exigibles a la libertad de expresión”, en MACÍAS CASTILLO, A., “Derecho...”, cit., pág. 2238

puede apreciarse si producen el desmerecimiento del agraviado en el público aprecio, (...), sin que, en ningún caso, el derecho a la libertad de expresión, y como una de sus manifestaciones el ejercicio del derecho de crítica, permita la utilización de palabras o frases insultantes, vejatorias, descalificadas o injuriosas de la persona a la que se refieran, o le atribuyan la realización de hechos que la hagan de desmerecer del público aprecio y respeto que, a parte de innecesarias y reprobables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento, pueden constituir una intromisión en su honor (...)

2.4.3. Libertad de expresión e información y la *memoria defuncti*

En relación a la memoria del difunto y a los derechos reconocidos en el art. 20. 1 de la CE y por tanto en relación a los requisitos de veracidad de la información, interés público y ausencia de expresiones vejatorias encontramos una sentencia que ilustra todo lo anterior. Se trata de la STS 808/2005, de 18 de octubre. En esta sentencia se estudia el caso de la divulgación, en un medio periodístico, de una noticia relativa al hallazgo del cadáver de una mujer en un río. Debido a que en ese mismo lugar también encontraron ocho cadáveres de mujeres que se dedicaban a la prostitución, el medio de comunicación afirmó que esta mujer también se dedicaba a lo mismo. El Tribunal Supremo estimó que la periodista divulgó una noticia veraz, ya que la información se obtuvo de fuentes policiales. En concreto establece que: “(...), no se cuestiona que la información publicada sea correcta, en su modo de expresión, en cuanto carece de expresiones gramaticalmente lacerantes o vejatorias y en cuanto, ciertamente, el hecho de que se halle un cadáver con signos de violencia es claramente valedor de difusión y es justo que los ciudadanos reciban información sobre tal suceso, sin merma alguna del respeto que merece el sentimiento de los allegados y demás personas afectivamente cercanas a la fallecida, máxime partiendo del dato, inicialmente tomado como cierto, relativo a la supuesta vinculación de la difunta al mundo de la prostitución (...), por

tanto, se discute únicamente la presencia o ausencia del requisito atinente a la veracidad de la noticia y, en este sentido, sabido es que por información veraz se entiende no sólo aquella cuyo contenido responda a la postre fielmente a la realidad, sino que el concepto, a efectos de valorar la preeminencia del derecho fundamental en estudio, abarca toda aquella comunicación de datos que haya sido debidamente contrastada o comprobada (...), información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa”. Algo que, en este caso, el tribunal considera que sí hizo la periodista. Como vemos, en las diferentes sentencias mencionadas, se estudia si la información fue veraz o no, o si había expresiones injuriosas.

Es evidente, a nuestro juicio, que la memoria del difunto sí puede ser un límite al derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información ya que se puede ver lesionada por estos derechos y, como acabamos de ver en la anterior sentencia, los tribunales ponderarán si esta memoria prevalece o no. Un ejemplo contrario a la anterior sentencia es la ya citada SAT Madrid de 23 de julio de 1985. Al contrario que en la (STS 808/2005, de 18 de octubre) se entendió no probada la noticia, carente de veracidad y difamatoria y se consideró dañada la memoria del ministro fallecido. Por tanto, la memoria del fallecido se puede lesionar en el ejercicio de estos derechos y serán los Tribunales ordinarios los que ponderarán caso por caso para determinar cuándo aquella goza de preferencia siempre que estemos ante conflictos entre la *memoria defuncti* con el derecho a la información o con el derecho a la libertad de expresión.

Otro ejemplo lo vimos en la sentencia de la AP de Madrid, 724/2006, donde se consideró la existencia de intromisión a la memoria de la directora de cine fallecida por revelar datos de su vida privada como fue declarar el nombre del padre del actor, también en la STS 9265/2011, de 7 de diciembre, donde se consideró la existencia de una intromisión a la memoria de Carmina Ordoñez

por revelar datos de su vida sexual que exceden de la libertad de expresión e información⁵⁰⁶.

Sin embargo, no podemos acudir a la tutela constitucional ante las ofensas causadas a dicha memoria, como por ejemplo sucedió en la STC 231/1988, de 2 de diciembre. Algo que consideramos merma su protección a la hora de examinar el conflicto entre ésta con los derechos a la libertad de expresión y a la información. Está claro que la *memoria defuncti* no es un derecho fundamental y, el titular de esas ofensas a la memoria ya no existe, pero veremos como incluso el mismo Tribunal Constitucional considera que, en cierta manera, la memoria del difunto puede limitar el derecho a la información como sucede el vía ordinaria. Tal es el caso de la mencionada STC 172/90, donde se consideraba que la memoria merecía el mayor respeto y por tanto daba preferencia al derecho al honor e intimidad frente a la libertad de expresión e información⁵⁰⁷. Eso sí, se trataba del honor de personas vivas, de los familiares del difunto, pero el Tribunal Constitucional reconoce que la memoria es una limitación a dicho derecho. En este sentido, la comentada STC 190/1996, de 25 de noviembre, que se ocupaba de la divulgación de una noticia donde se relacionaba a una chica fallecida con el consumo de drogas y el medio recurrió en amparo alegando que no se puede predicar el honor de una persona fallecida, el Tribunal consideró que: “(...) 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 (...) 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

⁵⁰⁶ Otro ejemplo lo vemos en la STS 6229/2009, de 16 de octubre, donde se consideró que en la publicación de varios reportajes se vierten una serie de noticias y comentarios que atentan contra la intimidad y el honor de la demandante y de su fallecido esposo.

⁵⁰⁷ GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, cit., pág. 106.

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 de información veraz”. Por tanto, para el TC existe esta limitación cuando de la lesión a la *memoria defuncti* se vulnera a su vez el honor, intimidad personal o familiar o la imagen de otras personas vivas, ya que sólo cuando únicamente se ve afectada la memoria del difunto es cuando no se puede acudir al recurso de amparo⁵⁰⁸. También en esta línea vimos la sentencia 231/1988, que reitera que con la muerte se extinguen los derechos fundamentales. Otorga el amparo, no por la lesión a la intimidad e imagen del fallecido torero, sino en virtud de la intimidad familiar, por lo que el amparo no podría solicitarse para el supuesto de que la ofensa agotase sus efectos en la memoria del difunto, sin trascender a sus familiares. Así, como podemos observar, a pesar de que el Tribunal Constitucional consideró que el respeto a la memoria puede configurarse como uno de los límites a operar en el ejercicio del derecho a la información, lo vincula tan solo a que el afectado sea una persona viva⁵⁰⁹. Las ofensas a la *memoria defuncti* pueden afectar sólo al difunto, pero no podemos olvidar que, en muchas ocasiones, los familiares sufren sobre su persona las consecuencias de las difamaciones vertidas sobre el fallecido. Es decir, esas ofensas al difunto también pueden lesionar el honor, la intimidad o la imagen de los familiares. Y es en estos casos, donde se puede limitar ese derecho a la comunicación de información veraz y podemos acudir a la tutela constitucional tras esas “ofensas a la *memoria defuncti*”.

En conclusión, estos aspectos del derecho al honor, del derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen que sobreviven a la *memoria defuncti*

⁵⁰⁸ En palabras del Prof. Alonso Pérez: “(...) las intromisiones ilegítimas en la memoria del difunto ciertamente no son agresiones a ningún derecho que la muerte extinguió, ni pueden dar lugar al recurso de amparo, salvo que los ataques de traduzcan al mismo tiempo en intromisiones al honor, intimidad e imagen personal o familiar. En cuyo caso, quedó claro en el caso Paquirri (...)”, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 14.

⁵⁰⁹ CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, págs. 1577 y ss; GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, *cit.*, pág. 107.

no gozan de protección por el Tribunal Constitucional⁵¹⁰. En la mencionada STC 231/1988, de 2 de diciembre, veíamos cómo se reconoce la vertiente patrimonial del derecho a la propia imagen, pero considera que sólo se puede proteger en vía civil, literalmente establece 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 de derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales”.

Por tanto, por un lado está la vía civil donde los familiares pueden acudir⁵¹¹ y la vía constitucional donde no pueden acudir para defender la memoria del difunto. En efecto, como veremos en el capítulo siguiente ante ofensas a la *memoria defuncti* no se puede acudir al recurso de amparo.

⁵¹⁰ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 18.

⁵¹¹ Resume ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 18, que: “uno es el ámbito constitucional vedado a los familiares que ven ofendida, tergiversada o utilizada la imagen del difunto, y otra es la legal ofrecida por la LO 1/1982 tanto para defender la memoria, como para ejercer los herederos las facultades patrimoniales”.

PROTECCIÓN CIVIL DE LA *MEMORIA DEFUNCTI*

3.1. LEGITIMACIÓN

La LO 1/1982 protege la memoria del fallecido. Lo que significa que en el caso de lesiones a la misma no se protegen los derechos al honor, a la intimidad o a la imagen del difunto porque ya no tiene derechos. Lo que se persigue es proteger la memoria en sí⁵¹² como vimos en el capítulo precedente por lo que no podemos hablar de una protección *post mortem* de dichos derechos porque en realidad ya no los tiene. Así lo vemos en la propia Exposición de Motivos de la LO en cuanto mantiene que tras la muerte de la persona y de su personalidad civil “(...) la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho”. Y para poder protegerla es imprescindible establecer qué personas van a estar legitimadas ya que el difunto ya no puede defenderse⁵¹³.

La propia LO determina las personas legitimadas para proteger dicha memoria. Lo más destacado es que rompe con el sistema tradicional de encargar la defensa del patrimonio moral del difunto⁵¹⁴ a sus herederos⁵¹⁵. No quiere

⁵¹² No vamos a entrar en el fundamento de la legitimación puesto que ya ha sido objeto de estudio en el capítulo anterior, en concreto en el epígrafe 2. 2. cuando hablamos de la naturaleza de la actuación de los familiares y el fundamento de la protección de la *memoria defuncti*.

⁵¹³ HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 113.

⁵¹⁴ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 19; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 111.

⁵¹⁵ A este respecto ya advertía GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, “Imagen...”, *cit.*, pág. 337, que: “(...) si se piensa que los derechos de la personalidad no forman parte del patrimonio, lógicamente no se transmitirán hereditariamente con éste. Habría que deducir, en consecuencia, que los sucesores de una persona difunta no podrán intentar el ejercicio de las acciones relativas a los derechos de su personalidad. Sin embargo, es claro que los herederos del difunto tienen el derecho, y aun cabe pensar el deber, de oponerse a la difamación de la memoria de aquél, máxime si a la vez implica atentado a la reputación personal de ellos (...) en el actual Derecho corresponde ante todo a los parientes vivos del difunto la represión de los escritos difamatorios e hirientes para la memoria del fallecido. Y concretamente, como afirmó cierta jurisprudencia, compete a los parientes reclamar la cesación de la exhibición pública o de la venta de retratos del difunto. Pero repárese en que hablamos de los parientes y no de los herederos o legatarios.

decir que los excluya⁵¹⁶ pero sí que amplía las posibilidades de defensa a otras personas. En efecto, esta ley en su enumeración concede la legitimación de mayor a menor confianza para el causante. Permite, en primer lugar, que el difunto elija a las personas que él considera que mejor van a defender su memoria una vez muerto, que pueden o no ser herederos, otorgando por tanto prioridad a su voluntad. Esta elección del legislador es coherente con el fin que se persigue a la hora de proteger a la *memoria defuncti*, muchas veces personas ajenas a la familia o dentro de la propia familia, pero no los herederos, sufren más o están más cercanos al difunto que los propios herederos y por tanto se van a preocupar más de defender dicha memoria de la misma manera 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, antes que a aquellas otras meras recipientarias de sus bienes patrimoniales. Ejercerán, pues, aquellos derechos, más como miembros de la familia que como herederos propiamente tales; y ello aunque renuncien a la herencia del pariente difunto; aunque existan herederos voluntarios nombrados por el causante; aunque la herencia sea *damnosa* (...)"'. Llama la atención que por el contrario el legislador en la LO 2/1984, reguladora del derecho de rectificación, en concreto en el art. 1º, establece como legitimados a los herederos del causante para proteger al mismo ante informaciones inexactas que pudieran causar un perjuicio, se entienda a su memoria. Así como también en la Ley de Propiedad Intelectual, en el art. 15 donde también se determina la legitimación a favor de los herederos. Esta diferencia para BODAS DAGA, Mª. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 155 y ss., podría ser porque tanto la LO 2/1984 como la LPI, no son leyes que: "tutelan derechos de la personalidad como la LO 1/1982". No estamos de acuerdo, nosotros consideramos que la LO 2/1984 es una vía más para proteger los derechos de la personalidad, otro mecanismo de defensa, diferente, compatible con la LO 1/1982 y con sus propias peculiaridades por tanto. Así como también consideramos que el derecho moral de autor también es un derecho de la personalidad como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente. Posiblemente en relación a esta última debido a la disparidad de opiniones por parte de la doctrina sobre el debate de si el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad o no, el legislador haya querido mantener el sistema tradicional de encomendar la defensa a los herederos del fallecido. Con respecto a la LO de rectificación, consideramos un error del legislador no mantener la misma postura en cuanto a la legitimación con respecto a la LO 1/1982. Encomendar la rectificación a los herederos, cuando ni siquiera van a obtener una indemnización, mientras que en el otro proceso a través de las acciones de la LO 1/1982 no van a recibirla salvo que se produjera la ofensa en vida del causante, puede conllevar que ni se preocupen en ejercitar la rectificación. O sí, pero si el legislador de 1982 consideró acertadamente que muchas veces gente a la que no unen vínculos familiares, o familiares lejanos, sin ser herederos están mucho más unidos al causante que sus propios herederos y se preocuparán más de mantener impoluta su memoria. No tiene sentido que para algo que es rápido, la rectificación, tengan que ser los herederos, mientras que en la LO 1/1982, sea en primer lugar la voluntad del causante, mejor hubiera sido mantener para todo la voluntad del causante, la persona que sabe que más se va a preocupar por defender su memoria que no los herederos. Es incoherente.

⁵¹⁶ Evidentemente los derechos y obligaciones patrimoniales pasan a los herederos.

defenderían su propio derecho⁵¹⁷. En segundo lugar, podrán defender su memoria el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos. Éstos actuarán sólo en defecto de persona designada por el difunto o por fallecimiento de la misma pero gozarán de la indemnización ante lesiones producidas a la memoria del fallecido. No así ante las lesiones producidas en vida del titular que fallece posteriormente, dicha indemnización irá a los herederos del causante a pesar de que la legitimación la ostentan otros. Lo que significa que no todos los legitimados van a ser los beneficiados por la indemnización. Sobre el destino de la indemnización volveremos en el capítulo siguiente. En último lugar, en defecto de todos ellos tendrá legitimación el Ministerio Fiscal, sin duda una muestra más de la importancia para el legislador de defender la memoria del difunto⁵¹⁸.

Por último, hay que indicar que la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entre las modificaciones que ha efectuado ha añadido un nuevo apartado al art.4 de la LO 1/1982. En concreto este apartado 4º del art. 4 dispone que: “En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere en apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para

⁵¹⁷ A este respecto, DE LA VÁLGOMA, M., “Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *ADH*, 1983, pág. 665, considera que esta legitimación no es una excepción a la máxima de que con la muerte se extinguen los derechos de la personalidad pero considera que es “un caso de contenido atípico del testamento. Se trata de una declaración anómala testamentaria, no patrimonial. Aunque no sea lo más frecuente cabe en nuestro Derecho este tipo de disposiciones y está casi unánimemente admitido por la doctrina y jurisprudencia (...) Creemos que lo lógico hubiera sido designar para ello al heredero, ya sea legítimo o testamentario, como continuador, en cierta medida, de la personalidad del causante”. En sentido contrario opina CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1579, considera que muchas veces se tiene más complicidad con personas con las que no se tiene ningún vínculo familiar, pero sí aficiones sentimientos etc y estima que es quizá por eso por lo que el legislador decidió dejar un margen de libertad a la hora de decidir quien va a defender nuestra memoria en el caso de verse lesionada y “De esta manera, el encargado de continuar procedimientos de esta índole incoados en vida por el finado, o de defender su memoria no será otro que quien verdaderamente se hallaba compenetrado de un modo especial con el. Unión que, como se ha puesto de manifiesto, no se aprecia necesariamente entre quienes se hallan ligados por vínculos de parentesco, pudiendo resultar que los designados hayan compartido una relación de afectividad inexistente entre aquéllos y el causante (...)”. De la misma opinión, ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 20.

⁵¹⁸ Un claro resumen de los principios sobre los que se basa la legitimación lo encontramos en HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, págs. 111 y ss.

ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores”. Por tanto, en estos casos, la legitimación la tendrán las mismas personas que vamos a estudiar a continuación.

3.1.1. Designado en testamento

El art. 4. 1 de la LO 1/1982 establece que: “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”.

Lo primero que podemos destacar del artículo es la imprecisión técnica del mismo. Esta ley no protege civilmente el honor, la intimidad y la imagen de una persona fallecida porque ya no tiene derechos. En su lugar, y en coherencia con la Exposición de Motivos de dicha ley, hubiera sido más correcto matizar que la protección es a la *memoria defuncti*.

El designado en testamento, por tanto, puede ser cualquier persona que el causante elija para llevar a cabo la misión de defender su memoria. Esto significa que puede ser desde un amigo ajeno a su familia, su propia familia, herederos o no, o una persona jurídica⁵¹⁹. Es decir, el causante tiene máxima libertad para decidir quién velará por mantener intacta su memoria. Y esta designación tiene preferencia sobre los demás legitimados por el art. 4 precisamente por eso, como muestra de respeto a la autonomía del causante⁵²⁰.

⁵¹⁹ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 794; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 155.

⁵²⁰ ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, pág. 98.

En lo que parece que el causante no tiene tanta libertad de elección es en la forma en la que designa al defensor de su memoria. El propio art. 4. 1 de la LO dispone que se tiene que hacer en testamento. Si el legislador hubiera pensado en otras formas de vocación hereditaria lo habría reflejado⁵²¹. Al indicar que debe ser en testamento cierra la puerta a la sucesión hereditaria puesto que ésta no coincide con lo que es el testamento. Por tanto, consideramos que esta designación debe hacerse en testamento en sentido estricto. Es decir, no cabe una interpretación amplia del mismo⁵²². Dentro de las posibilidades del testador, éste puede indicar junto con la designación algunas directrices de cómo quiere que realice esa defensa así como alguna recompensa con alguna disposición a su favor aunque nunca podrá establecer que sea el beneficiario de la indemnización⁵²³ si no es una de las personas enumeradas en el art. 4.2 de la LO 1/1982 como veremos en el capítulo siguiente cuando hablemos del destino de la indemnización.

⁵²¹ Por el contrario YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, págs. 796 y ss., considera que se debe entender la expresión testamento en sentido amplio comprendiendo otras formas de designación *mortis causa* aunque no sean testamentarias como por ejemplo el codicilo. Y matiza que no es extensible a actos *inter vivos* como la escritura pública, aunque aboga porque en una futura reforma se pueda considerar su admisión ya que considera que: “la seguridad que ofrece la forma documental pública es análoga a la que consigue la forma del testamento”. Matización con la que estamos de acuerdo, como acabamos de indicar en el texto consideramos que la interpretación que tenemos que realizar es de testamento en sentido estricto, sin embargo sí consideramos que se debería incluir esa designación *inter vivos* puesto que, como indica la autora, brinda la misma seguridad. De la misma opinión es ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 282, que considera que a tenor de la importancia que el legislador otorga a la voluntad del causante se debe interpretar: “la alusión al testamento de forma amplia”; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, págs. 117 y ss en relación a la posibilidad de realizar la designación mediante escritura pública afirma que: “(...) realmente no se alcanza a ver cuál es la razón de esta exclusión sobre todo si se tiene en cuenta que es posible (...) designar a una persona jurídica. Resulta absurdo que quien constituye, y es el ejemplo paradigmático, una fundación, no pueda aprovechar la escritura pública para designarla, si ese es su deseo, como persona encargada de su buena reputación tras su fallecimiento”. Criterio con el que estamos de acuerdo, a pesar que entendemos que no se puede realizar una interpretación amplia de la expresión testamento en dicha norma porque si fuera así como acabamos de indicar el legislador así lo hubiera señalado, no vemos razón para no pensar en una posible modificación para incluir otras formas de designación.

⁵²² ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 20.

⁵²³ HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 115.

El problema que se puede presentar es que el causante no indique expresamente la finalidad para la que realiza la designación. Tiene que indicarla expresamente, no basta con una designación general a una persona para que pueda ejercitar acciones de todo tipo tras su muerte. Para que esté legitimada el testador tiene que indicar claramente que su voluntad es que dicha persona defienda su memoria tras su fallecimiento⁵²⁴. Claro está que en la mayoría de las ocasiones esta designación solamente la van a realizar personas públicas, más o menos famosas, que saben que suelen aparecer en medios de comunicación y por tanto son susceptibles de sufrir, con cierta probabilidad, una vulneración a su memoria. Esto no quiere decir que personas anónimas no puedan designar a una persona para tal defensa, pero será en el menor de los casos. Quizá por este motivo es importante indicar expresamente el objeto de la designación.

El artículo en cuestión indica algo más, y es que la designación no solo se puede realizar a favor de una persona física, sea o no heredero, sea o no familiar cercano o lejano, sea amigo o persona de confianza. También puede designarse como defensor de la memoria a una persona jurídica. En estos casos, normalmente con mayor razón serán las personas públicas quienes más utilicen esta posibilidad y muchas veces serán las que mejor puedan defender dicha memoria por tener mejores medios económicos para la tutela⁵²⁵. Como la ley no establece ningún tipo de limitación pueden ser asociaciones o fundaciones⁵²⁶, tanto de interés público como privado⁵²⁷ que, por ejemplo, se crean en honor y para mantener el legado del fallecido. En estos casos, estas personas jurídicas se pueden utilizar para defender su memoria.

⁵²⁴ Porque como indica ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, pág. 882, de otra manera sería complicado aplicar esta norma ya que su “*ratio* no es otra sino coadyuvar a que el propio titular prevea su defensa *post mortem*”. De la misma opinión, HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 114; También, BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 158 considera que es necesario especificar en el testamento el fin de la designación para el caso del art. 6 de la LO puesto que si no se indica se puede considerar que los legitimados son los del art. 4.2 para el ejercicio de las acciones previstas en dicha LO.

⁵²⁵ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 21.

⁵²⁶ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 798; ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, pág. 882.

⁵²⁷ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 165 y ss.

Por otra parte, puede darse el caso de que el testador designe a más de una persona, ya sea física o jurídica, para defender su memoria. En estos supuestos tenemos que tener en cuenta el art. 5. 2 de la LO 1/1982, que dispone que si se da esta situación, y salvo que el testador disponga lo contrario, cualquiera de estas personas designadas en el testamento para tal fin podrán ejercitar las acciones previstas en dicha LO, porque lo que interesa es garantizar la defensa de la *memoria defuncti*.

El problema que se puede plantear es en relación a la declaración de nulidad del testamento y a la revocación del mismo. Con respecto a la nulidad del testamento, bien es sabido que las causas que pueden llevar a la misma son: vicios en la voluntad del causante a la hora de otorgarlo como son el dolo, violencia o fraude; falta de capacidad del causante y defectos formales a la hora de realizar el testamento.

Cosideramos que en los dos primeros casos la nulidad del testamento implica la nulidad de la designación para la defensa de la memoria. En el primer caso, porque si se ha otorgado con dolo, violencia o fraude, la voluntad del testador está viciada y por tanto pone en entredicho la designación. En el caso de falta de capacidad es evidente, si es menor de catorce años o habitual o accidentalmente no está en su cabal juicio, o para el caso del testamento ológrafo no es mayor de edad, o en el testamento cerrado si es ciego o si no sabe o puede leer y no se dan los requisitos para que pueda ser válido, en estos casos entendemos que si no tiene capacidad para otorgarlo no se debe tener en cuenta la cláusula de la designación porque sencillamente no puede testar. No está en condiciones para ello.

En el caso de nulidad a consecuencia de la existencia de defectos formales, entendemos que tal designación no debería verse afectada por dicha nulidad porque aquí la situación cambia: no hay vicio a la hora de otorgar el testamento y es perfectamente capaz en el momento de otorgar testamento. Por

tanto, la designación de la persona para la defensa de la memoria cuando no coincide con un heredero o legatario del causante no debe suponer la nulidad de la designación⁵²⁸.

En cuanto a la revocación del testamento, sabemos que todas las disposiciones testamentarias son revocables aunque el propio causante hubiera indicado su decisión de no revocarlas. Nosotros consideramos que la designación para la defensa de la memoria del causante en el caso de revocación del testamento sin especificar nada al respecto provoca la revocación de aquella⁵²⁹ puesto que si hubiera querido mantener dicha designación así lo habría expresado o incluido en el testamento posterior.

Otro problema que puede darse es que la persona designada quiera renunciar. La LO no indica nada al respecto, solo menciona el caso de fallecimiento de la misma. Consideramos que en este caso debemos aplicar la analogía⁵³⁰ y si por el fallecimiento del designado la LO 1/1982 determina que se traslada la legitimación a las personas enumeradas en el art. 4. 2 de dicha ley también deberá ser así para el caso de la renuncia⁵³¹. Sobre todo si tenemos en cuenta la voluntad del legislador de proteger la *memoria defuncti*⁵³².

De esta manera, tanto si la persona designada renuncia a defender la memoria del fallecido como si fallece la legitimación pasa a las personas nombradas en el art. 4.2 de la LO 1/1982.

⁵²⁸ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, cit., pág. 158.

⁵²⁹ A no ser como indica BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, cit., pág. 159, que: “en ese testamento donde se ha incorporado expresamente la voluntad de revocar recoja otra disposición que sustituya a la designación revocada”.

⁵³⁰ El art. 4. 1 del CC dispone que: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

⁵³¹ En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen”, en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. Reglero Campos, tomo III, parte especial segunda, Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 417 y ss., afirma que: “(...) hay que entender que también estarán legitimados los enumerados en el art. 4. 2 para el caso de que el defensor de la memoria no acepte el encargo, antes de decidir que sean los herederos quienes de encarguen de ejecutar la voluntad del causante (...)”.

⁵³² BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, cit., pág. 159.

3.1.2. Cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos

La legitimación del cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos depende de una situación contemplada expresamente en la propia LO. Solo podrán actuar en defecto de persona designada, bien porque el fallecido no ha designado a nadie en testamento, bien por su fallecimiento, por renuncia, por revocación o por nulidad, como vimos en el epígrafe anterior, o porque dicha designación no se hizo correctamente⁵³³. En caso contrario, solo tendrá legitimación el designado sin que aquéllas puedan exigir que actúe⁵³⁴. En concreto el art. 4. 2 de la LO 1/1982 dispone que: “No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo de su fallecimiento”.

⁵³³ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 21; A este respecto HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 120 afirma que el familiar que ejercita la acción es el que debe acreditar la inexistencia de designado en testamento para poder tener la legitimación aunque indica que en la práctica no se suele discutir su legitimación cuando no han demostrado dicha inexistencia. En la SAP de Valladolid de 27 de enero de 1998 se discutió la legitimación de la hermana del fallecido porque en el JPI le negaron la misma por no haber acreditado la inexistencia de designado, la AP revocó ese fallo al considerar que: “(...) la existencia de la preferente legitimación de los designados en testamento por el fallecido debe producirse y hacerse valer cuando nos encontramos ante intromisiones ilegítimas al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen acontecidas en vida del titular del derecho lesionado, pero no cuando como en el caso que acontece el hipotético atentado se produce *post mortem* que no solo no puede reivindicar ya la persona fallecida, sino que incluso resulta difícil pensar que fuese a prever en vida el futuro ataque a su honorabilidad, intimidad o imagen, arbitrando para ese tiempo ulterior el orden de las personas encargadas tras su muerte del ejercicio y defensa de hipotéticos derechos fundamentales atacados”. No estamos de acuerdo con este argumento. La justificación de la inexistencia de designado en testamento ha de realizarse siempre, se hayan producido las lesiones en vida a los derechos al honor, intimidad o imagen del titular fallecido posteriormente, como a las lesiones producidas a la *memoria defuncti*. Puesto que es requisito para poder adquirir la legitimación las personas enumeradas por el art. 4. 2 de la LO. Y por supuesto le corresponde esa justificación al familiar que pretenda ejercitar las acciones en defensa de la memoria del difunto que tiene acceso al testamento si es que existe y puede demostrarlo fácilmente. También en la ya comentada sentencia de la AP de Madrid, 382/2007, de 27 de junio, se llegó a afirmar la legitimación activa de Gonzalo Miró para defender la memoria de su fallecida madre, a lo que señala que: “(...) como señala el art. 281. 4 de la LEC, no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general. Categoría a la que, sin duda, pertenece el fallecimiento de una persona tan conocida (...), cuya proyección pública, profesional y política, merece el respeto de todos...La legitimación activa de D. Rogelio, se la otorga directamente la ley, no por el cauce del apartado 1º del artículo 4 de la LO 1/1982, al no constar la designación testamentaria, sino por el apartado 2 del mismo precepto”.

⁵³⁴ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 799.

Al igual que sucedía en la designación, cualquiera de ellos puede actuar, conforme lo dispone el art. 5. 1 LO 1/1982: “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 del fallecido”. Por lo que no hay preferencia en la legitimación. Parece lógico que así sea puesto que lo más importante es la defensa de la memoria y no esperar a que actúe uno o no para poder accionar los otros⁵³⁵.

La lista de personas enumeradas en dicho artículo son *numerus clausus*⁵³⁶ y tienen que reunir como condición que viviesen en el momento del fallecimiento de la persona a la que defender su memoria⁵³⁷. Esto nos lleva a preguntarnos si el *nasciturus* podría entrar dentro de estas personas legitimadas. Conforme el art. 29 del CC, el concebido “se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables” y el mantener intacta la memoria de su ascendiente desde luego se puede considerar como algo favorable⁵³⁸. Por tanto, consideramos que el concebido y no nacido también forma parte de los legitimados por el art. 4. 2 de la LO 1/1982 para defender la *memoria defuncti*.

En relación al cónyuge tenemos que tener en cuenta el art. 85 del CC⁵³⁹. En el caso de disolución del matrimonio por la muerte o declaración de fallecimiento no hay problema en determinar que desde luego el cónyuge, siempre en defecto de persona designada en testamento, tiene la legitimación

⁵³⁵ ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, pág. 883; En relación a la no preferencia establecida por el legislador ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 23, considera que no ha sido una decisión correcta y que lo normal es que el cónyuge, salvo en el caso de separación, tenga prioridad en cuanto a la legitimación sobre los hermanos, así como que tengan preferencia los hijos frente al padre difunto, o el padre frente al hijo fallecido.

⁵³⁶ En este sentido, ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 21; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E., “El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto”, en *RDP*, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 87.

⁵³⁷ Sobre el tiempo para ejercer la protección de la *memoria defuncti* hablaremos en el epígrafe 3.2 de este mismo capítulo.

⁵³⁸ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 799; ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 292; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 22.

⁵³⁹ En efecto, el art. 85 CC dispone que: “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”.

para defender la memoria de su pareja. Pero fuera de este caso la legitimación del cónyuge puede plantear varios interrogantes, como determinar si en caso de separación o de unión de hecho éstos tienen dicha legitimación.

En relación al primero, en caso de separación consideramos que tiene legitimación para poder defender la memoria del fallecido⁵⁴⁰. Todavía no ha habido divorcio, sigue siendo cónyuge y por tanto conforme al art. 4. 2 de la LO 1/1982 tiene legitimación. Otra cosa es que la relación fuera lo suficientemente buena como para que le importe mantener el buen nombre de su antigua pareja ya fallecida. De cualquier forma la memoria del fallecido no quedaría desprotegida puesto que como sabemos cualquiera de los enumerados en el art. 4. 2 podría ejercitar las acciones para su defensa o en su defecto el Ministerio Fiscal.

En el caso de las uniones de hecho, consideramos que el convivente *more uxorio* también tiene legitimación para defender la memoria de su pareja fallecida. Sin ningún tipo de duda si el difunto designa en testamento para la defensa de su memoria a su pareja de hecho, o si tienen hijos como representante de sus hijos menores o instando al Ministerio Fiscal para que actúe en defensa de la memoria del fallecido. Pero cierto es que no actúa en base a la legitimación condecida por el art. 4. 2 de la LO 1/1982 como cónyuge⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ ALONSO PEREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 22. En sentido contrario opinan GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, 2007, pág. 77, que considera que no tendría legitimación el cónyuge supérstite separado si lo que se pretende defender es la memoria del fallecido en sentido estricto; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 122.

⁵⁴¹ Un amplio estudio lo encontramos en DEL CARPIO FIESTAS, V., “La protección de la memoria del fallecido por su pareja de hecho”, en *AC*, págs. 16 y ss. En concreto en las págs. 37 y ss afirma que no se concede legitimación activa al convivente del fallecido. Las únicas posibilidades son si se le ha designado en testamento para tal tarea, o si tienen hijos menores en común en representación de éstos, o instando a actuar al Ministerio Fiscal, pero no es una legitimación “derivada de su propia condición de conviviente”, para esta situación considera que: “Sobre la posible legitimación directa de la pareja de hecho para actuar en defensa de la memoria de su fallecido compañero no se ha encontrado jurisprudencia alguna, ni siquiera menor, y la escasa doctrina existente descarta la posibilidad en condiciones idénticas al cónyuge. Solo mediante el discutido derecho a la intimidad familiar podría encontrarse una vía para la legitimación activa del convivente (...) Pero, incluso si se admitiera esa vía, esa legitimación del convivente sería muy problemática, en tanto que la familia de hecho, en especial si no hay

Ahora bien, si tenemos en cuenta el art. 3. 1 del CC⁵⁴², la solución es clara. Como indica ALONSO PÉREZ: “El Derecho español actual (como el europeo y comunitario) manifiesta una clara tendencia a aproximar la unión de hecho al matrimonio (...) Es legítimo y honesto, en todo caso, que el miembro sobreviviente de una pareja de hecho, que ha estado unido establemente a su compañero fallecido, salga en defensa de su memoria ofendida”⁵⁴³. Posiblemente el legislador en la época en la que se elaboró la LO no tenía presente estas uniones de hecho, ya sean heterosexuales u homosexuales, o incluso el matrimonio homosexual pero lo cierto es que el Derecho evoluciona y, como indica el art. 3. 1 del CC, las normas debemos interpretarlas conforme a la realidad social del tiempo en la que han de ser aplicadas y la realidad es que dichas situaciones están presentes y son ya habituales en nuestra sociedad.

Por último, en relación a los ascendientes, descendientes y hermanos tendrán legitimación siempre que sean consanguíneos⁵⁴⁴. Por lo que no están incluidos otros familiares que aunque sean cercanos no entran dentro de las personas enumeradas en el art. 4. 2 de la LO, como por ejemplo, tíos, sobrinos, primos, etc⁵⁴⁵. Eso sí, pueden instar al Ministerio Fiscal para que actúe en defensa de la memoria de su familiar⁵⁴⁶.

hijos, no ha obtenido del Tribunal Constitucional equiparación con la familia procedente del matrimonio, el recurso al interés legítimo para accionar ofrece dificultades y, en todo caso, las posibilidades de interponer acciones estarían limitadas a determinadas intromisiones (...) Por lo tanto, con la legislación vigente ni siquiera mediante interpretaciones amplias del efecto rebote en los miembros de un grupo familiar de los ataques al honor, intimidad e imagen de una persona fallecida podría equipararse a todos los efectos al cónyuge del premuerto con el conviviente supérstite (...).”

⁵⁴² El art. 3. 1 del CC establece que: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

⁵⁴³ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 22; En el mismo sentido opina GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil...*, *cit.*, pág. 77 que en concreto afirma: “(...) habida cuenta de la evolución social y legislativa de la idea de familia operada estos últimos veinticinco años, creo admisible la extensión de la legitimación activa a favor de las personas que hubiesen mantenido con el finado una relación análoga a la de cónyuge al momento de fallecer la persona cuya memoria se ha visto agredida”.

⁵⁴⁴ Sin olvidar la situación antes comentada de los *nasciturus*, para descendientes y hermanos.

⁵⁴⁵ Considera ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, pág. 883, que cabría la legitimación a favor de los hijos del hermano del fallecido siempre y cuando este último haya fallecido antes del titular cuya memoria se quiere proteger y cuando no haya más legitimados por el art. 4.2 de

3.1.3. El Ministerio Fiscal

La legitimación del Ministerio Fiscal viene determinada en el artículo 4. 3 de la LO 1/1982 cuando establece que: “A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren 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”.

Por tanto, al igual que sucedía con las personas enumeradas en el art. 4. 2 de la LO, la actuación del Ministerio Fiscal⁵⁴⁷ depende de la no existencia de designados en testamento así como de cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos del fallecido que pudieron ejercitar las acciones previstas en la LO y que sin embargo no lo hicieron. Si estos existen, no podrá actuar⁵⁴⁸.

Su actuación no implica necesariamente ausencia de familiares del fallecido. Puede, como acabamos de ver en el epígrafe anterior, que existan ciertos familiares pero no van a ser los enumerados en el art. 4. 2 de la LO. En estos casos, el Ministerio Fiscal también actuará, puesto que puede actuar bien de oficio o bien a instancia de parte⁵⁴⁹ pero repetimos su actuación se basa en que esos otros familiares no tienen la legitimación para ejercitar las acciones en

la LO. Nosotros consideramos que no tendría legitimación debido a que es una lista cerrada y la posibilidad que les queda a estos familiares es la de instar al Ministerio Fiscal a actuar en defensa de la memoria de su tío ya fallecido.

⁵⁴⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 418; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 22.

⁵⁴⁷ Un amplio estudio de la actuación del Ministerio Fiscal en la LO 1/1982 lo encontramos en HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, págs. 313 y ss.

⁵⁴⁸ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 181 y ss; GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, *cit.*, pág. 78; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 418.

⁵⁴⁹ Matiza ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, pág. 99 que la legitimación de oficio que tiene el Ministerio Fiscal prueba la naturaleza pública de este derecho por encima de intereses particulares o familiares; y que el hecho de que pueda actuar a instancia de parte permite que puedan defender la memoria del fallecido personas que no están legitimadas por la LO. Con respecto a esto último no estamos de acuerdo puesto que en puridad estas personas no defienden la memoria, solo solicitan al MF que actúe y éste si lo estima oportuno lo hará por lo que es éste quien defenderá la *memoria defuncti*.

defensa de la *memoria defuncti*. Las personas que pueden instar a actuar al Ministerio Fiscal podrán ser los herederos no incluidos en la legitimación y aquellos parientes que no están enumerados en el art. 4. 2 de la LO, pero no serán nunca las personas establecidas en el art. 4. 1 y art. 4. 2 puesto que ellos tienen legitimación y son ellos los que tienen que actuar⁵⁵⁰. El MF actuará siempre que considere procedente su fundamento.

La actuación del Ministerio Fiscal no solo está legitimada por la LO 1/1982, sino también por la CE y por su Estatuto⁵⁵¹. Y es en defensa de esa

⁵⁵⁰ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 801, considera que en todo caso el Ministerio Fiscal es el que evaluará “el interés que fundamente el ejercicio de la acción”. Para ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, pág. 884, puede presentar problemas el determinar qué se entiende por persona interesada. Considera que también forman parte del círculo familiar y por tanto serán también personas interesadas otros parientes no incluidos en el art. 4. 2 de la LO, y fuera del círculo familiar ese interés legítimo se tendrá que ponderar “por circunstancias singulares concurrentes: un socio o copartícipe en una empresa común, el conocimiento de situaciones subjetivas de la persona afectada que permitan la defensa de la memoria, etc”; Por su parte, BODAS DAGA, M. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 184, considera que persona interesada se refiere a otros parientes no mencionados en la LO y por eso el art. 9. 4 de dicha LO prevea que la indemnización por el daño moral cuando no existan las personas enumeradas en el art. 4. 2 vaya a los causahabientes. También considera la autora que por persona interesada debemos entender a la pareja de hecho o amigos íntimos; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, págs. 124 y ss, considera que pueden ser incluso personas con intereses altruistas como personas con intereses añadidos como caso de herederos no incluidos entre los legitimados. Lo interesante es el matiz que añade el autor y es con respecto a los menores y la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, en el que en el caso de la publicación de una fotografía de un menor fallecido para ilustrar una información “aún manteniéndose un interés jurídico digno de protección, si la publicación ha contado con el consentimiento de los que en vida del menor eran sus representantes legales, no procederá el ejercicio de actuaciones por parte del Ministerio Fiscal”, y como afirma el autor: “(...) hay que hacer constar, en primer lugar, que la existencia de consentimiento, prestado por quienes en vida del menor eran sus representantes legales, no excluye la posible ilicitud de una publicación atentatoria a la buena reputación del menor fallecido ante la que pudiera reaccionar cualquiera de los parientes legitimados. Y, en segundo lugar, (...), a diferencia de la especial protección de que gozan en vida los menores de su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, no existe una protección especial de la memoria del menor fallecido que legitime al Ministerio Fiscal para actuar ante la inacción de las personas legitimadas en los arts. 4 y 6 de la LO 1/1982, por lo que el ejercicio de las acciones por parte del Ministerio Fiscal, en el supuesto al que se refiere la Instrucción, habrá de sujetarse a las reglas generales de legitimación del Ministerio Fiscal para la defensa de los derechos de las personas fallecidas”. Matiz con el que estamos obviamente de acuerdo y que consideramos que al igual que los menores gozan de especial protección en sus derechos al honor, intimidad e imagen en vida deberían tener también la misma especial protección en caso de estar fallecidos.

⁵⁵¹ Así el art. 124. 1 de la CE establece que: “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. Por su parte el art. 1 del EOMF dispone

legalidad y de ese interés público que tiene la defensa de la memoria del fallecido por lo que el Ministerio Fiscal tiene que actuar para asegurar que la *memoria defuncti* en el caso de no tener amigos o familiares el fallecido no se vea abandonada a su suerte⁵⁵².

Por último, hay que destacar el plazo de actuación del que dispone el Ministerio Fiscal, que conforme al art. 4. 3 es de ochenta años desde el fallecimiento de la persona a la que se quiere defender su memoria. Plazo que estudiaremos a continuación.

3.2. TIEMPO PARA EJERCITAR LA PROTECCIÓN DE LA *MEMORIA DEFUNCTI*

3.2.1. Limite de tiempo para las personas físicas

Nos referimos a la persona física designada en testamento y a las personas enumeradas en el art. 4. 2 de la LO 171982.

En el caso de existir designado en testamento, el plazo para ejercitar las acciones es toda la vida del mismo y tras su muerte, el plazo pasa a los legitimados por dicho art. 4. 2, esto es: al cónyuge, a los ascendientes, descendientes y hermanos del fallecido que viviesen al tiempo del fallecimiento

que: “El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

⁵⁵² YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, págs. 800 y ss; Afirma ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 23 que: “El interés público o el social demandan proteger la honorabilidad de los difuntos. Una sociedad sana debe ser respetuosa con el buen nombre de quienes nos han precedido en el decurso de la Historia y ha de exigir que no se difame o injurie la memoria de los muertos. El Ministerio Fiscal debe ser celoso en la custodia de estos valores, si faltan personas designadas voluntariamente por el causante o no quedan familiares más próximos al difunto. El Ministerio Público está obligado a impedir que la sociedad de los presentes lesione los sentimientos, recuerdos o afectos que inspiraron los que se ausentaron sin retorno”.

del causante⁵⁵³. Si no hay designado en testamento, el plazo pasa directamente a éstos últimos y tras la muerte del último de los legitimados se acabará la posibilidad de proteger la memoria⁵⁵⁴, salvo que no hayan pasado ochenta años, si se da esta circunstancia podrá seguir protegiendo aquélla el MF.

3.2.2. Límite de tiempo para las personas jurídicas y el Ministerio Fiscal

Ambos, tanto la persona jurídica designada en testamento⁵⁵⁵ como el Ministerio Fiscal, tienen un límite de actuación de ochenta años desde el fallecimiento de la persona cuya *memoria defuncti* se ha visto vulnerada⁵⁵⁶. Se trata de no alargar indefinidamente la protección de la misma⁵⁵⁷ porque como indica ALONSO PÉREZ: “(...) tras ese espacio de tiempo, para la inmensa mayoría de los mortales la memoria ha desaparecido del mundo de los vivos o es ya pura bruma. Después de ochenta años, a pocas personas les interesa defender el buen nombre de los difuntos (...)”⁵⁵⁸. Además, en el caso de supervivencia de familiares, afectados por las ofensas a la memoria de un ser querido, éstos pueden todavía actuar si vivieron al tiempo de su fallecimiento. Es cierto que en ocasiones personas públicas fallecidas pasados los ochenta años de su muerte o sin familiares que los defiendan pueden ser objeto de vulneraciones en su memoria, pero también es cierto que pasado tanto tiempo es difícil que manchen esa memoria que les ha hecho inmortales por sus logros. Sin embargo, consideramos que se debería poder admitir la posibilidad de modificación de la

⁵⁵³ Incluido como vimos el *nasciturus*.

⁵⁵⁴ ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad... cit.*, pág. 292.

⁵⁵⁵ Salvo, como matiza HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 120, que la persona jurídica se extinga antes de ese plazo. Consideramos que si se da esta situación, pasará la legitimación a las personas enumeradas en el art. 4. 2 de la LO.

⁵⁵⁶ Cabe destacar que el tiempo de protección de la *memoria defuncti* es mayor que el tiempo de protección de los derechos de explotación de la obra tras la muerte de su autor, como vemos en el art. 26 de la LPI que lo fija en setenta años.

⁵⁵⁷ Como indica GRIMALT SERVERA, P., *La protección... cit.*, pág. 76, la LO 1/982 no ha pretendido establecer para ningún caso una protección eterna de la memoria del fallecido. En este mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 418, que en concreto afirma que: “(...) el legislador ha querido evitar que los ataques a la memoria de una persona fallecida puedan encontrar amparo judicial eternamente; aunque tal vez no falten quienes entiendan que la limitación es excesiva, pues no son pocas las personas ilustres cuya memoria puede verse sometida un siglo después de su muerte a todo tipo de vilipendios, sin que sus descendientes puedan hacer nada para que el Derecho les ampare”.

⁵⁵⁸ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 24.

LO 1/1982 para permitir que tanto el Ministerio Fiscal como las personas jurídicas designadas que no se hayan extinguido pudieran defender la memoria del fallecido en cualquier momento⁵⁵⁹.

3.3. OTRAS VÍAS DE PROTECCIÓN DE LA *MEMORIA DEFUNCTI*

Sin olvidar que la personalidad pretérita se puede proteger en vía civil a través de la LPI, a través de los arts. 15 y 16 de dicha ley, así como a través de las acciones de filiación, y en vía penal como mencionamos en el capítulo primero en el último epígrafe, tenemos que señalar que hay dos vías que cobran especial importancia cuando hablamos de medios de comunicación y por tanto, en el ejercicio de los derechos consagrados en el art. 20 de la CE, es decir, del derecho a la información y del derecho a la libertad de expresión con la protección a la memoria de los difuntos. En concreto la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación y la protección en vía constitucional.

3.3.1. Vía penal

En vía penal, en el Código Penal anterior al vigente, se contemplaba la posibilidad de ejercitar la acción de calumnia e injuria contra persona fallecida,

⁵⁵⁹ En este sentido, RUIZ Y TOMAS, P., *Ensayo...*, *cit.*, págs. 111 y ss., ya consideraba, si bien en su época los que tenían la legitimación eran los herederos, que: “Lo que no podemos aceptar en la limitación del número de años, a partir del momento de fallecer el reproducido, dentro de los cuales estarán facultados los causahabientes para oponerse a la injusta reproducción de la imagen del difunto (...), generalmente las fotografías de personas son el medio más favorable para atacar la personalidad, constituyendo, de otra parte, de menos valor artístico (...), el afecto de los seres queridos subsiste toda la vida y no se debilita con la muerte...el derecho a la imagen se refiere (...) más que a necesidades económicas, por lo que atañe a herederos, a cuestiones sentimentales y, además, no hace falta, (...), arrebatar el ejercicio de un derecho tan noble como es el que posibilita la diligente salvaguardia de la respetabilidad del causante en lo que roza con su imagen. He ahí por qué no debe ser limitado tal derecho de defensa. Y sobre todo si tenemos en cuenta la opinión de ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 24, cita 60, relativa a la misión del Ministerio Fiscal, que entre otras tiene que promover la acción de la justicia en defensa del interés público, a lo que aboga por la modificación de la LO en este sentido.

siendo los legitimados, los parientes del mismo⁵⁶⁰. Este artículo sólo era de aplicación cuando dichas calumnias o injurias se lanzaban antes de la muerte de la persona, ya que si se vertían tras la muerte de la persona, ya no estaríamos ante un delito porque ya no hay sujeto pasivo. Sin embargo, en la jurisprudencia sí se consideraba de aplicación este antiguo artículo del CP aún cuando las calumnias o injurias se producían tras la muerte de la persona⁵⁶¹. En cuanto al actual Código Penal, no encontramos una disposición que prevea esta posibilidad de defensa penal de las calumnias e injurias vertidas contra persona fallecida, por lo que en cierta manera se ha despenalizado, creemos que por motivos sociológicos, además de las ventajas de la vía civil sobre la vía penal. Por lo que la regulación de dicha situación se contempla en los artículos 4 y siguientes de la LO 1/82 de 5 de mayo de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵⁶². De alguna manera, la memoria del difunto es objeto de protección en artículo 526 del vigente Código penal, en lo relativo a violación de sepulturas, profanación de cadáveres y daños a urnas, panteones, lápidas o nichos para faltar al respeto de la memoria de los muertos. Está claro que el bien jurídico protegido es la memoria de los fallecidos⁵⁶³. Sin embargo, como vemos, esta protección penal se reduce a este artículo, por lo que en conclusión, sin duda la protección de estos artículos 4 y ss de esta LO 1/82 de 5 de mayo, se vuelven fundamentales para la defensa de la memoria del difunto ante posibles ofensas a la misma. Esta ley determina que se pueden ejercitar acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, (opinamos de la misma manera que ALONSO PÉREZ, en cuanto afirma que esta expresión “es errónea”, ya que el finado no tiene imagen, honor o intimidad⁵⁶⁴) por quien ésta haya designado en testamento para ello, en su defecto el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, y a falta de

⁵⁶⁰ Así el antiguo artículo 466 del Código Penal establecía: “Podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia e injuria trascendiere a ellos, y en todo caso el heredero”.

⁵⁶¹ Se puede ver en diferentes sentencias: STS. 5/27/1984, STS. 12/12/1912, STS. 3/2/1984, con detalle, GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, *cit.*, pág. 73, cita 41.

⁵⁶² GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, *cit.*, pág. 73 y ss.

⁵⁶³ En palabras de CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Teoría...”, *cit.*, pág. 11: “los despojos humanos tienen un destino trascendente por haber sido cobijo de un alma inmortal”.

⁵⁶⁴ ALONSO PÉREZ, M., *Daños...*, *cit.*, pág. 18.

todos ellos al Ministerio Fiscal. Y eso porque la Exposición de Motivos reconoce la prolongación de la personalidad en la memoria y la necesidad de ser protegida por el Derecho.

3.3.2. Acciones de filiación

Otro modo de proteger a la personalidad pretérita es a través de las acciones de filiación. El Código Civil da la legitimación a los herederos, en concreto podemos ver en los artículos 132 y ss del CC, señalan que pueden ser iniciadas dichas acciones por los herederos del hijo, del marido o de quien reconoció a un hijo con violencia intimidación o error. Sin olvidar el artículo 765. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que determina que a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas. Luego, para ejercitar estas acciones sólo están legitimados los herederos, de la misma forma que en el derecho de rectificación donde sólo estos últimos o sus representantes pueden hacerlo.

3.3.3. Ley de Propiedad Intelectual

Son también importantes a este respecto los artículos 15 y 16 de la Ley de Propiedad Intelectual, (en adelante LPI). Estos preceptos están también destinados a proteger la esfera personal de un autor de una obra literaria, artística o científica ya fallecido. Es decir, se trata de defender el derecho moral a la paternidad de la obra, a la integridad de la misma y a su divulgación, (todos ellos reconocidos en el artículo 14 LPI⁵⁶⁵), de dicho autor fallecido. Ante tal fin,

⁵⁶⁵ Este artículo 14 de la LPI recoge los derechos morales de autor: “Contenido y características del derecho moral. Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente. 3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. 4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. 5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural. 6.

los artículos 15⁵⁶⁶ y 16⁵⁶⁷ de la LPI, determinan que tienen legitimación *mortis causa* para defender los derechos morales mencionados del autor fallecido, las personas naturales o jurídicas que el autor haya confiado expresamente por disposición de última voluntad, sin límite de tiempo para el caso de defender la paternidad o la integridad de la obra (ya que el derecho a decidir la divulgación⁵⁶⁸ de la obra tiene un plazo de 70 años desde la muerte del autor o declaración de fallecimiento), y en defecto de estas personas, van a tener legitimación los herederos⁵⁶⁹. Todo en aras de respetar el nexo de unión

Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias. 7. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen”.

⁵⁶⁶Este artículo dispone que: “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”.

⁵⁶⁷ Por su parte el artículo 16 LPI determina la sustitución en la legitimación *mortis causa* al disponer que: “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”.

⁵⁶⁸ La decisión de la no divulgación de la obra tiene como límite el artículo 44 de la Constitución Española. En concreto este artículo dispone que: Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

⁵⁶⁹ Algún autor considera que es cuestionable la perpetuidad del derecho moral de autor, alegando que al fallecer el autor el lazo de unión con su obra pierde intensidad con el tiempo. Y es por esta razón por la que se defiende que las acciones destinadas a proteger una obra del dominio público tienen su fundamento en la conservación del patrimonio cultural. Al diluirse con el tiempo la unión entre la obra y el autor, afirman que por tanto la legitimación para la defensa *post mortem* del derecho moral de autor se limita a los herederos directos: “(...) desaparecida esa primera generación, la dimensión social del derecho se compadece con la legitimación de las entidades citadas en el art. 16 LPI, que ejercitan la protección en interés general de la cultura”, en PALAZÓN GARRIDO, M. L., “Libertad de creación y protección del Derecho moral *post mortem actoris*: el caso de *Los Miserables*”, A. C., núm. 5, 2009, págs. 548 y ss.

personal que el autor tenía con su obra. Sin embargo, la doctrina duda si se trata de una defensa *post mortem* del derecho moral que le correspondería al autor si estuviera vivo, o si simplemente se trata del reconocimiento de un derecho distinto a favor y en interés de la persona legitimada⁵⁷⁰. La mayoría de la doctrina se inclina a favor de la primera. En definitiva es el interés de la memoria del autor⁵⁷¹.

Como vemos, el legislador vuelve a dar prioridad a la autonomía privada del causante al permitirle poder elegir a la persona que estime que mejor defiende sus intereses, al margen de la posibilidad de ser heredero o no.

Esta opción sigue la estela del artículo 4.1 de la LO 1/1982⁵⁷² que, como acabamos de mencionar, quiebra la vieja usanza de confiar a los herederos la protección de intereses morales del difunto⁵⁷³. Esto en aras de reconocer algo tan obvio como que hay personas que sin ser herederos tienen más confianza y más conexión con el causante, hasta el punto que éste se puede sentir más protegido con ellos y con la fuerte convicción de que sus intereses quedarán mejor resguardados bajo su buen hacer⁵⁷⁴. Además, en muchos casos, estas

⁵⁷⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos...”, *cit.*, pág. 344.

⁵⁷¹ En concreto ESPÍN CÁNOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 62 y ss, afirma que: “No cabe configurar la legitimación de las personas designadas *ex lege* en base a la defensa de un interés de las mismas (...) Se puede suponer un interés en la persona designada por el autor o en el heredero a favor de su “memoria”, que le impulse a defender su autoría y la obra...Es el interés de la “memoria” del autor lo que la Ley tiende a proteger (...)”. En este sentido escribe Fernando Bondía que: “para salvaguardar el vínculo indisoluble entre la obra y su autor, para defender los intereses de éste y de la sociedad en general, el poder que comportan estos derechos morales, se transforma de naturaleza y su ejercicio de atribuye a determinadas personas para que satisfagan un interés ajeno”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. Y BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 87.

⁵⁷² Establece que: “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”.

⁵⁷³ GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección...*, *cit.*, pág. 78 y ss; ALONSO PÉREZ, M., “La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pág. 121.

⁵⁷⁴ ALONSO PÉREZ, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 121. Por su parte, opina Claude Colombet, que dejar este margen a la autonomía de la voluntad del fallecido, obedece a la confianza que se tiene a determinadas personas que: “...parecen más dignas que otras de asumir plenamente esta misión, a veces delicada y a menudo por completo desinteresada”, en COLOMBET, C., *Grandes*

personas pueden sentirse más afectadas por su muerte que los propios herederos que, en definitiva, tienen subterráneamente un interés patrimonial. Se trata de respetar la voluntad del fallecido en primer término, previendo la LPI la posibilidad que, en defecto de éstos, defiendan el patrimonio moral del difunto los herederos. La LPI va más allá y teniendo en cuenta que en muchas ocasiones pueden faltar unos u otros establece que a falta de designado testamentario o de herederos, tal cometido lo lleven a cabo las entidades o instituciones mencionadas en el artículo 16.

Es necesario proteger la personalidad pretérita no sólo a través de la LO 1/1982, sino también en el marco de la propiedad intelectual⁵⁷⁵. Se trata, en definitiva de, como indica el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, 57/2005, de 20 de abril, “la salvaguarda eterna, sin límite de tiempo, ni ámbito territorial, de la autoría, paternidad e integridad de su obra”. Por lo tanto, perdura en el tiempo independientemente del hecho inexorable, que a todos ha de llegar, de la muerte (o independientemente de la muerte del autor).

3.3.4. LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación

La LO 2/1984 protege la memoria del difunto también en los medios de comunicación a través de la rectificación cuando se den informaciones inexactas a juicio de sus herederos o representantes de éstos y que consideren que pueden causarle un perjuicio, se entiende, a su memoria.

principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado, tercera edic., Unesco/Cindoc, traducción Petite Almeida, 1997, pág. 60.

⁵⁷⁵ En este sentido, Bondía Román, afirma que el autor de una obra: “tiene la facultad de exigir que se respete la integridad de la misma y de oponerse a cualquier atentado siempre que se cause un perjuicio a su honor o a su reputación. Bien es verdad que a toda persona incumbe el derecho a defender su honor(Ley 5 de mayo de 1982), pero la creación de una obra otorga a su autor una especie de legitimación especial y reforzada para que los actos realizados en relación con ella no menoscaben ni perjudiquen su honor y reputación”, en BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, pág. 209.

En concreto el artículo 1º, párrafo 1º establece que se puede ejercitar por los herederos del perjudicado o por los representantes de éstos, el derecho a rectificación de informaciones difundidas por cualquier medio de comunicación social, de hechos que aludan al mismo, sean inexactas y su divulgación puede causar un perjuicio. Como ya señalamos a la hora de hablar de la legitimación para la defensa de la memoria defuncti en la LO 1/1982, en esta ley la legitimación para defender la memoria del difunto recae en los herederos del causante no ya en las personas enumeradas en el art. 4 de la LO 1/1982.

Si estamos ante la situación señalada por el art. 1 de la LO 2/1984 se puede pedir la rectificación de tal información, para ello la LO establece una doble vía.

En primer lugar, una vía amistosa entregando el escrito de rectificación al director del medio de comunicación para que rectifique voluntariamente en los siete días naturales siguientes a la fecha en que se publicó o difundió la información que afecta a la *memoria defuncti* y que los herederos quieren rectificar, eso sí enviando aquel con constancia de fecha y recepción del envío. Ese escrito de rectificación tiene que limitarse a los hechos que se publicaron y que se quieren rectificar, con la misma extensión que tuvo la información en el medio salvo que sea estrictamente necesario ampliar dicha extensión. Si todo se realizó correctamente, el director del medio de comunicación decidirá si rectifica o no. En el caso que opte por rectificar debe publicar la misma en el plazo de tres días desde que recibió el escrito por parte de los herederos del fallecido, sin comentarios ni apostillas⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ A este respecto señala el art. 3 de dicha LO que:” Si la información que se rectifica se difundió en publicación cuya periodicidad no permita la divulgación de la rectificación en el plazo expresado, se publicará ésta en el número siguiente. Si la noticia o información que se rectifica se difundió en espacio radiofónico o de televisión que no permita por la periodicidad de su emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, podrá exigir el rectificante que se difunda en espacio de audiencias y relevancia semejantes, dentro de dicho plazo. La publicación o difusión de la rectificación será siempre gratuita”.

Si finalmente el medio de comunicación no rectifica, bien de manera tácita porque pasan los tres días de plazo o de manera expresa notificando que no va a rectificar, o rectifica mal, por ejemplo, fuera de plazo o añadiendo comentarios o apostillas en el escrito de rectificación, podremos acudir a la segunda vía, ya no amistosa, sino a través de la acción de rectificación, vía judicial, en el plazo de siete días hábiles desde que se debía rectificar por el medio de comunicación, donde el juez de primera instancia del domicilio del afectado o del medio de comunicación decidirá si otorga o deniega la rectificación. Para ello, se demostrará que presentó la rectificación ante el medio en el plazo señalado, presentará la información rectificada si se difundió por escrito o por lo menos una descripción o reproducción de la misma. El juicio, que es verbal se celebrará en el plazo de siete días siguientes a la petición donde el juez en virtud del art. 6 podrá: “(...) reclamar de oficio que el demandado remita o presente la información enjuiciada, su grabación o reproducción de ésta. Solo se admitirán las pruebas que, siendo pertinentes, puedan practicarse en el acto. La sentencia se dictará en el mismo o al día siguiente del juicio. El fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos en el art. 3 de esta Ley (...)”.

Una de las ventajas de la rectificación, además de la rapidez que conlleva y que permite que rápidamente la opinión pública tenga otra versión de los hechos, es que su acción es compatible con el ejercicio de acciones penales o civiles. Para el caso de la memoria del difunto, como vimos, no podemos acudir a la vía penal porque el fallecido no puede ser sujeto pasivo de ningún delito pero sí a la vía civil a través de la LO 1/1982. Esta posibilidad de compatibilidad de acciones es importante porque por un lado los herederos ven cómo su versión de la información ya se ha publicado y por otro lado pueden pedir una reparación ante el daño producido a la memoria del difunto.

3.3.5. Especial referencia a la protección de la *memoria defuncti* en vía constitucional

La mayoría de los derechos de la personalidad están contemplados en la Constitución Española entre los derechos fundamentales, y por lo tanto gozan de la protección reforzada del artículo 53.2⁵⁷⁷ de la C.E.⁵⁷⁸. En concreto, los derechos de la personalidad referidos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen se consagran en el artículo 18. 1 de la Constitución Española⁵⁷⁹, desarrollado por la LO 1/1982.

La tutela de los derechos de la personalidad se puede realizar por varias vías: penal, civil y cuando estos derechos sean a la vez derechos fundamentales, van a gozar también de la protección reforzada, antes comentada, que reconoce la Constitución Española para éstos, es decir, en palabras de DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: “Tal protección se lleva a cabo por mandato del artículo 53. 2 CE (...), El procedimiento se sustanciará ante los tribunales ordinarios, y cabrá, en su caso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”⁵⁸⁰. Ahora bien, solamente las personas vivas son titulares de dichos derechos fundamentales y tienen un interés legítimo, exigido en el artículo 162.1. b) de la C.E.⁵⁸¹, para interponer un recurso de amparo⁵⁸².

En este sentido, ya en el tema que nos ocupa, vimos cómo las personas vivas son las que gozan de los derechos de la personalidad, que son esenciales, innatos, inherentes, inseparables de la persona, ya que tras la muerte, a tenor del

⁵⁷⁷ Este artículo 53. 2 CE., dispone que: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

⁵⁷⁸ LACRUZ, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 57.

⁵⁷⁹ El artículo 18.1 de la CE., establece que: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

⁵⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., págs. 332 y ss.

⁵⁸¹ En concreto este artículo 162. 1. b) CE., establece que: “Están legitimados: b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”

⁵⁸² ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, cit., pág. 8.

artículo 32 del CC., se extingue la personalidad civil y por consiguiente estos derechos de la personalidad. El muerto ya no es titular de derechos. No tiene derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, lo que sobrevive es la memoria del difunto, como residuo de dignidad y que la LO 1/1982 tutela. La persona ya no existe y la *memoria defuncti* no es un derecho fundamental, por lo que a tenor de lo dicho anteriormente, no podemos acudir al recurso de amparo ante ofensas a dicha memoria⁵⁸³. El TC, en la sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, en el FJ3 dispone a este respecto: “Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la CE 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 CE, 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 (...) 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) en 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 (...)”.

⁵⁸³ A este respecto PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 121, afirma que: “la memoria (...), en modo alguno puede ser calificada como un derecho fundamental, (...), queda cerrado el eventual acceso (...) al recurso de amparo”.

Por tanto el propio Tribunal Constitucional establece, a partir de esta sentencia 231/1988, que no se puede acudir al recurso de amparo para defender derechos de la personalidad de una persona fallecida. Sí cabe acudir a la tutela constitucional, como ya viéramos, ante vulneraciones a la intimidad familiar, o cuando la lesión a la *memoria defuncti* afecte también al honor, imagen, intimidad de una persona viva⁵⁸⁴. Por tanto, cuando la ofensa a la memoria del difunto implique a su vez una vulneración al derecho a la intimidad familiar se puede acudir al recurso de amparo⁵⁸⁵.

No sucede lo mismo cuando la ofensa es exclusivamente al honor, puesto que veíamos que ni la CE, ni la LO 1/1982 contemplan la posibilidad de lesión al honor familiar. Ahora bien, no cabe duda que en ocasiones, al dañar el buen recuerdo del fallecido se puede ver lesionada también la buena fama o el buen nombre de la familia. Pero sólo se podrá acudir al recurso de amparo cuando en esa vulneración a la *memoria defuncti* vulnere a su vez el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen de una persona viva. Es evidente que en estos casos, estamos ante intereses distintos⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Como sucedió en esta sentencia 231/1988 que otorgó el amparo por entender que existió intromisión en la intimidad familiar y personal de la viuda del torero. Sin embargo, cabe preguntarse cuál hubiese sido el fallo del TC si hubiera tenido en cuenta la vertiente moral del derecho a la propia imagen y no solamente su vertiente patrimonial, en HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “La protección...”, *cit.*, pág. 11.

⁵⁸⁵ Con detalle en, IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1080.

⁵⁸⁶ En este sentido CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1579, afirma que: “(...), si debe aceptarse que, en ocasiones, puede verse comprometida la buena fama o la consideración de una familia con motivo de lo que sea la de alguno de sus integrantes (...) El problema es que, a veces, no está tan claro cuándo la lesión a la memoria del difunto se traduce también en un daño para el honor de la intimidad y el honor de sus familiares, aún vivos (...), en caso de generarse esta repercusión, estamos en presencia de dos legitimaciones, de dos derechos distintos (...), una cosa es defender la memoria del difunto, y otra nuestra intimidad u honor, afectados de algún modo por la violación de aquélla. Tengamos presente que, en el primer caso, no estamos ante un derecho fundamental (la memoria carece de esta significación), pero es indudable que en el segundo sí nos hallamos ante derechos de esta naturaleza y rango”.

En relación a la vertiente patrimonial de la imagen tampoco se puede acudir al recurso de amparo⁵⁸⁷. Ya que al fallecer no resta ningún derecho fundamental. Incluso aunque la persona estuviera viva, al tratarse de intereses económicos, no se considera que tenga dimensión constitucional⁵⁸⁸. Por lo que tampoco podemos solicitar recurso de amparo en estos casos. Así lo podemos ver en el FJ2 de la STC 81/2001, donde se estudiaba el caso de una posible vulneración a la propia imagen de Emilio Aragón, considera el Tribunal: “Es cierto que en nuestro Ordenamiento -especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afecta a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE.”.

En definitiva, la sentencia 231/1988, sentó doctrina al rechazar la defensa de la *memoria defuncti* en vía constitucional⁵⁸⁹, y por tanto, ante ofensas exclusivas a la memoria del difunto tan sólo podemos acudir a la vía civil para protegerla, nunca a la tutela constitucional ya que como el propio Tribunal Constitucional dispone, la memoria no es un derecho fundamental y para poder

⁵⁸⁷ A este respecto señala GARCÍA GARNICA, M^o. C., “Consideraciones...”, *cit.*, pág. 1869, que: “(...) el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que cuando se dispone de la imagen y la intimidad como valores esenciales de la persona, ligados a su dignidad como tal, se está ejercitando un derecho fundamental; mientras que, cuando se llevan a cabo negocios jurídicos dispositivos de estos derechos, con fines comerciales o publicitarios, no siempre se está realizando o no en su totalidad la vertiente moral y constitucional de estos derechos, sino tan sólo su ya consolidada vertiente patrimonial. La cuál, aunque está amparada por el ordenamiento jurídico, no se inserta en la dimensión constitucional de estos derechos”.

⁵⁸⁸ CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho...*, *cit.*, pág. 397.

⁵⁸⁹ HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “La protección...”, *cit.*, págs. 99 y ss.

recurrir en amparo es presupuesto de éste, que la persona exista. Y, sólo en el caso de que se extienda esa violación a la imagen en su aspecto moral, o al honor o intimidad personal de otra persona viva, ésta podrá acudir al amparo, así como en el caso de violación a la intimidad familiar.

Sin embargo, esta conclusión ha sido criticada y se considera que no está zanjada de antemano la imposibilidad de acudir al TC para defender la *memoria defuncti*.

Es cierto que el Tribunal Constitucional afirma que no podemos acudir en amparo para defenderla, ya que no hay derecho fundamental que defender. Pero por el contrario, sí se puede defender en los Tribunales ordinarios, a pesar de que se podía alegar el mismo inconveniente⁵⁹⁰. Por otro lado, el hecho de no poder acudir al TC para defender la *memoria defuncti* conlleva una minoración en su protección, es decir, el riesgo de desprotección existe y como atinadamente señala IGARTÚA ARREGUI: “si no se ha transmitido el derecho fundamental del fallecido a sus familiares, en el conflicto que les afrenta al derecho fundamental de libertad de información o expresión, éste debe prevalecer siempre, por su mayor rango”⁵⁹¹, ya que como hemos señalado, la *memoria defuncti* no es un derecho fundamental. Por tanto, reiteramos que la desprotección en este sentido es evidente. En relación a esta crítica, algún autor considera que el Tribunal Constitucional, en cierta medida, sí otorga protección al derecho al honor de la persona fallecida. Así lo estima por ejemplo VIDAL MARÍN, en concreto argumenta que: “(...), prueba de ellos lo constituyen aquellos casos en los cuales el Tribunal ha resuelto el conflicto planteado entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor del difunto, y ha estimado que, a través del ejercicio de aquéllas, se ha producido una intromisión ilegítima en este último”⁵⁹². Tal es el caso, entre otras, de la STC 172/90, de 12 de noviembre donde se resuelve el recurso de amparo interpuesto a la STS de 7

⁵⁹⁰ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1070.

⁵⁹¹ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, pág. 1080.

⁵⁹² VIDAL MARÍN, T., *El derecho...*, *cit.*, pág. 194.

de marzo de 1988 vista anteriormente, Pedro J. Ramírez entiende que fue vulnerado su derecho a la libertad de información al condenarle por intromisión ilegítima en el derecho al honor del piloto Patiño. Como vimos, se trataba de una vulneración a la memoria del difunto donde sus hijos se consideraban guardianes de la misma y, que como indicábamos en cierta manera resultaban afectados por todo lo que se dijo de su padre. Sin embargo, consideramos que lo que realmente establece esta sentencia en su FJ4 es que: “la memoria, de acuerdo con el sentimiento social prevalente, merece el mayor respeto”, y por tanto la ponderación la realiza en relación al honor de las personas vivas dañadas a través de lesionar a su vez la memoria del difunto⁵⁹³.

Lo cierto es, que a pesar de lo anterior, actualmente parece que estamos ante una nueva doctrina del Tribunal Constitucional. La vía a este cambio de orientación, en relación a la memoria de los fallecidos, la abrió dicho Tribunal⁵⁹⁴ con la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre: El núm. 168 de la revista *Tiempo*, publicó un reportaje titulado «Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle», en el que se recogían unas declaraciones realizadas a la revista por don León Degrelle, ex Jefe de las Waffen S.S., en relación con la actuación nazi con los judíos y con los campos de concentración, quien entre otros extremos afirmaba que: “¿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 (...) Hasta dónde llega el odio! (...) dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU., para aquel que aporte pruebas de las

⁵⁹³En palabras de Guerrero Lebrón: “admite como límite el derecho al honor de las personas vivas afectadas por las afirmaciones que lesionen la memoria de un fallecido”, en GUERRERO LEBRÓN, M, *La protección...*, cit., pág. 107.

⁵⁹⁴ Podemos encontrar en otra sentencia más antigua del TC la STC 19/83 de 14 de marzo, esta idea sobre la legitimación del recurrente para interponer recurso de amparo, el FJ1 literalmente determina que: “(...) hay que partir del art. 162.1 b) de la Constitución que regula con carácter específico la legitimación para interponer el recurso de amparo, en el sentido de afirmar que está legitimada toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo (...) 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 se alega como vulnerado”.

cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlo”. Ante éstas manifestaciones la actora, judía, demanda a León Degüelle, al autor del reportaje y a el director de la revista *Tiempo* alegando que las citadas declaraciones habían lesionado su honor ya que estuvo internada en el campo de exterminio de Auschwitz, donde murió gaseada toda su familia por orden de un médico citado en las declaraciones, y por tanto con tales afirmaciones el demandado no sólo tergiversaba la Historia, sino que, además, llamaba mentirosos a quienes, como la demandante, padecieron los horrores de los campos de concentración nazis. Tanto el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Madrid (autos núm. 1284/85), como la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid (recurso núm. 572/86), estimaron que la demandante carecía de legitimación activa. El Tribunal Supremo, en fecha de 5 de diciembre de 1989, (recurso núm. 771/88), desestimó el recurso al considerar que las manifestaciones vertidas no se refieren a la actora. En el tema que nos ocupa ante la posibilidad de que una persona no titular de un derecho fundamental pueda interponer un recurso de amparo, el TC en esta sentencia (214/1991), en el FJ3 establece que: “(...) el art. 162.1 b) de la Constitución, en cuya virtud «están legitimados para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo. A diferencia, pues, de otros ordenamientos, tales como el alemán o el propio recurso individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos [art. 25.1 a) CEDH], nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la «víctima» o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un «interés legítimo», por lo que, a los efectos de determinar si la recurrente observa o no el requisito constitucionalmente exigido de la legitimación activa, lo único que hay que comprobar en el presente recurso de amparo es si ostenta dicho interés legítimo para solicitar el restablecimiento del derecho fundamental que afirma vulnerado”. Por tanto, cabe la posibilidad de defender la *memoria defuncti* por las personas legitimadas para ello siempre que invoquen un interés legítimo⁵⁹⁵.

⁵⁹⁵ En ese sentido, BODAS DAGA Mª. E., *La defensa...*, cit., pág. 222, afirma que: “(...) cuando

Tras esta sentencia, que abrió un pequeño camino para empezar a reconsiderar la defensa de la *memoria defuncti* en vía constitucional⁵⁹⁶, surgen otras dos sentencias que realmente suponen un cambio radical en este asunto. Son las sentencias 43/2004, de 23 de marzo, y 51/2008, de 14 de abril. En ninguno de los dos casos se otorga el amparo a los hijos y viuda respectivamente de los fallecidos, pero no lo hace el TC porque se solicite la defensa de la memoria del difunto, sino porque prevalecen en la ponderación otros derechos que señalaremos.

- En la primera de ellas, la STC 43/2004, ya comentada en el capítulo segundo, se estudiaba la posible vulneración al honor de una persona fallecida, Carlos Trias Bertrán, por parte del ente público Televisió de Catalunya, S. A., y la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió, al retransmitir el 27 de noviembre de 1994 en *TV3* un documental titulado “Sumaríssim 477”, donde se hablaba del político catalán Manuel Carrasco i Formiguera y del Consejo de Guerra al que fue sometido en Burgos, en agosto de 1937 por el que fue condenado a muerte y ejecutado en abril de 1938. En dicho documental se mencionaba en dos ocasiones a Carlos Trias Bertrán, fallecido en 1969, al afirmar que participó en dicho Consejo de Guerra y que la condena del político catalán se fundamentó exclusivamente en el testimonio de ocho catalanes residentes en Burgos, entre ellos el de Carlos Trias. En concreto la voz en *off* decía: “Yo Carlos Trias Bertrán de Barcelona, declaro que conozco a Manuel Carrasco i Formiguera y que junto con Estat Catalá ha intentado la fundación de una República independiente, bajo la protección de una ponencia extranjera”, añadía dicha voz que los testigos no tuvieron compasión y que “todos los testigos de cargo que declararon contra Carrasco ocuparon altos cargos en la Administración y la prensa franquista”. Los hijos del fallecido Carlos Trias Bertrán consideraron la existencia de una intromisión ilegítima en el honor, en la intimidad y en la imagen de su difunto

hay una injerencia en la memoria de un fallecido, pienso que la LO 1/82 no es la única vía para la defensa *post mortem* de los derechos que la ley protege, ya que cualquier persona -además de las mencionadas en dicha ley- estará legitimada siempre que acredite “un interés legítimo” en relación al derecho fundamental vulnerado”.

⁵⁹⁶ HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “La protección...”, *cit.*, pág. 101.

padre, por lo que interpusieron demanda civil. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, como la Audiencia Provincial de Barcelona, estimaron que sí existió una intromisión ilegítima al honor del padre fallecido. Por el contrario, el Tribunal Supremo consideró que no hubo intromisión al honor del difunto porque los hechos tenían relevancia pública y la información era veraz: “(...) en el reportaje en cuestión, expresión de un legítimo ejercicio de la libertad de información, se narraban hechos históricos que debían tenerse por ciertos y con relevancia pública, no se expusieron los hechos que difamaren al Sr. Trias Bertrán o que le hiciesen desmerecer en la consideración ajena, por cuanto lo narrado fueron hechos veraces a lo que se anudaban juicios de valor que caben en la libertad científica de un historiador”. El Tribunal Constitucional desestimó el amparo solicitado por los hijos del fallecido al defender que en este caso debe prevalecer la libertad científica, en concreto señala: “(...) la libertad científica, en lo que ahora interesa el debate histórico, disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que éstas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquélla, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información, pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20. 1. a) y d) CE, se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad en el sentido constitucional del término (...), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos”.

- En la otra sentencia, STC 51/2008, se estudia el caso del escritor Manuel Vicent que publicó en 1996 un libro titulado “Jardín de Villa Valeria”, editado por Santillana, S. A. En la primera edición del mismo, aparece este fragmento: “Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El

líder del grupo parecía ser Pedro Ramón Moliner, hijo de María Moliner, un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo”. Ante esto, la viuda de Pedro Ramón Moliner, interpuso demanda civil contra en autor del libro y la editorial al considerar la existencia de una intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad personal y familiar de su marido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid, desestimó la demanda alegando que no existía entidad suficiente como para considerar que había una intromisión ilegítima en el honor, y la intimidad personal y familiar del fallecido ya que estamos ante una novela que contiene hechos ficticios que pretenden representar una determinada generación. Por el contrario, la Audiencia Provincial de Madrid, estimó que sí existió una intromisión al honor del difunto al considerar que las expresiones vertidas en el libro “(...) eran innecesarias para el cumplimiento de las finalidades del mismo, que no eran otras que las de exponer de forma novelada las vivencias de una serie de personas durante la transición política española” y por tanto suponían un menosprecio a la persona aludida. El Tribunal Supremo anuló la sentencia de la Audiencia y confirmó la de primera instancia, al afirmar que no estamos ante una ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión: “no es un tema de colisión, sino de calificación”, subraya que se trata de un párrafo de una novela de hechos ficticios con expresiones que no se pueden calificar de injuriosas, insultantes o vejatorias, y no compete al Tribunal “hacer una crítica literaria y entrar en el tema de la concreción, exactitud, buen gusto (...), el libro no relata acontecimientos históricos sino hechos de carácter exclusivamente ficticio, de tal manera que el lector es consciente en todo momento que se trata de una novela debida exclusivamente al ingenio del redactor”. El Tribunal Constitucional deniega el amparo a la viuda del fallecido al prevalecer en este caso la libertad producción y creación científica: “(...) la

libertad producción y creación científica constituye una concreción del derecho a expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones (...), la constitucionalidad expresa del derechos a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión”.

Lo importante de estas dos sentencias, independientemente de la resolución dada a cada una de ellas, es la doctrina constitucional que están iniciando. Indirectamente están reconociendo la posibilidad de acudir al amparo para defender la *memoria defuncti*. En concreto, la STC 51/2008, señala: “(...) Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas (...), este Tribunal no negó la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero también reconoció que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE”. Por tanto podemos afirmar que la muerte no extingue a la persona en “el sentido constitucional del término”, es decir, se protege la dignidad de las personas fallecidas.

En este sentido, si nos acercamos al Derecho comparado, la doctrina de los Tribunales Federal y Constitucional alemanes, antes comentada, sigue desde hace tiempo esta línea, y como vemos perfectamente se puede aplicar aquí⁵⁹⁷. Era el caso *Mephisto*, donde el Tribunal Federal alemán dispuso que los familiares de un actor fallecido podían defender su memoria. Argumentaron que tras su muerte finaliza la protección de ese derecho fundamental, al igual que en nuestro derecho, pero sin embargo, la intangibilidad de la dignidad del hombre

⁵⁹⁷ IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección...”, *cit.*, págs. 1068 y ss.

es base suficiente para ejercitar la acción los parientes. Vimos cómo el Tribunal, consideraba incompatible la inviolabilidad de la dignidad del hombre con la humillación o degradación de una persona fallecida.

En conclusión, con el apoyo del apuntado artículo 10.1 y del art. 162.1 b) de la Constitución española, se puede defender la *memoria defuncti* también en vía constitucional⁵⁹⁸, ya que tal y como ya hemos afirmado, la memoria se basa y sobrevive en razón de la dignidad de la persona que fue, reconocida además como prolongación de la personalidad en la LO 1/1982, subsiste, y sin olvidar que se materializa este reconocimiento en manos de los vivos, y por tanto se hace viva. Eso sí, su contenido constitucional e intensidad de protección no tienen el mismo alcance que en caso de personas vivas. Además, si tenemos en cuenta que la memoria merece protección como residuo de dignidad, aquellas personas que invoquen un interés legítimo podrán acudir al Tribunal Constitucional para defender la *memoria defuncti*⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “La protección...”, *cit.*, págs. 106 y ss.

⁵⁹⁹ En este sentido Cabezuelo Arenas señala que: aquéllas personas que invoquen un interés legítimo ex artículo 162. 1 b) CE, “(...) no ha de identificarse necesariamente con un derecho fundamental (...), sólo una concepción amplia de lo que debe entenderse por interés legítimo permite abrir una vía para la defensa de estos derechos”. Eso sí, advierte la autora que esta interpretación es contraria a lo dispuesto en la STC 231/1988, como ya apuntábamos anteriormente, en CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1578.

DAÑOS CAUSADOS A LA MEMORIA DEFUNCTI

4.1. EL DAÑO A LA MEMORIA DEFUNCTI EN LA LO 1/1982

A la hora de analizar el daño a la memoria del difunto, tenemos que partir de una máxima ya estudiada en los capítulos precedentes que, además, es la que dota de complejidad nuestro tema: la muerte extingue la personalidad civil⁶⁰⁰. No podemos decir, estrictamente hablando, que un difunto pueda sufrir intromisiones ilegítimas en su honor, en su intimidad o en su imagen porque ya no puede ser sujeto ni de derechos ni de obligaciones. Como vimos anteriormente, la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/1982⁶⁰¹ refleja esta realidad cuando afirma que: “(...) la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad (...)”. A los que ya no están entre nosotros no se les puede ofender por intromisiones a lo que en vida era su derecho al honor, a la intimidad o a la imagen. Ya nadie puede causarles un perjuicio. No se daña a un muerto⁶⁰². Por tanto tenemos que determinar exactamente a qué se causa el daño, si es posible reparar dicho daño y las formas, si es que hay varias, de repararlo.

Y la respuesta al primer interrogante la obteníamos en la ya comentada Exposición de Motivos de la LO 1/1982 y que, en coherencia con todo lo que

⁶⁰⁰ Art. 32 CC

⁶⁰¹ Para DE LA VÁLGOMA, M., “Comentario...”, *cit.*, pág. 656, no es una Exposición de Motivos como tal, ya que no muestra: “(...) la línea seguida para su elaboración, ni la necesidad o motivos que han inducido a su promulgación, ni nada en suma que explique su necesidad, lo cual parece que debe ser la razón de una Exposición de Motivos. Se limita a describir, artículo por artículo lo que la ley dice, lo cual obviamente, puede describir por su cuenta cualquier lector atento”.

⁶⁰² En este sentido Salvador Coderch resalta que: “Quién sea persona lo dice el artículo 29 del Código Civil: lo son los individuos vivos y, desde luego, ya no lo son los muertos (...) Las “personas fallecidas” del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 ya no son personas, ni tienen derechos, ni son tampoco sujetos pasivos de difamación alguna. A los muertos ya andie puede hacerles daño”, en SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es...?*, *cit.*, pág. 36; ALONSO PÉREZ, M., “Daños”..., *cit.*, pág. 3.

hemos venido sosteniendo⁶⁰³ reconoce expresamente, por primera vez en el Derecho Civil⁶⁰⁴ que, a pesar de la extinción de la personalidad civil tras la muerte de la persona, la memoria del difunto supone una prolongación de aquélla, que debe ser protegida por el Derecho.

Por tanto, lo que la LO 1/1982 introduce en el campo del Derecho civil español es la novedad de tutelar expresamente la memoria de los difuntos y de reconocer también expresamente la posibilidad de la existencia de daños a la misma. El daño se produce a la memoria del difunto.

El fundamento de esta novedad radica en lo que vimos en capítulos precedentes, la *memoria defuncti* sobrevive a la extinción de la persona⁶⁰⁵. Supone una prolongación de la personalidad y es necesario proteger dicha memoria en aras de la dignidad del que fue⁶⁰⁶.

⁶⁰³ En concreto en el capítulo II, relativo al concepto, fundamento y supervivencia de la memoria del difunto.

⁶⁰⁴ Si bien es cierto que con anterioridad a la Ley Orgánica 1/1982 tanto a nivel penal (art. 466 del viejo Código Penal) como civil a través del 1902 del CC no quedaba totalmente desprotegida la memoria del difunto ante ofensas a lo que en vida fue el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, no es hasta dicha Ley cuando expresamente se reconoce la necesidad de protegerla frente a posibles intromisiones ilegítimas, es decir, se reconoce expresamente la posibilidad de la existencia de daños a la memoria de los difuntos. A pesar de ser novedosa, no tanto en el reconocimiento de la memoria que ya se reconocía como tal, DE ASÍS GARCÍA SERRANO, F., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, en *ADC*, tomo XXV, enero-marzo, 1972, págs. 850 y ss, sino en cuanto a la protección expresa, BODAS DAGA, M^a E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 24: “Dicha ley tiene de novedosa el ser la única que tutela en vía civil derechos de la personalidad y que protege post mortem la memoria del que fue”. Por otra parte es una Ley que ha sufrido numerosas críticas como indica HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 151: “La ley se muestra muy minuciosa en aspectos novedosos pero poco frecuentes (como el consentimiento de menores o incapaces y los derechos de las personas fallecidas), y omite aspectos fundamentales”. Sobre ello volveremos más adelante.

⁶⁰⁵ En palabras de PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 48: “La extinción de la personalidad con la muerte del sujeto no debe llevar a la afirmación de que a partir de tal momento cese el deber de respeto que merece toda persona, que se transformará ahora en un deber de respeto a una personalidad pretérita (...)”. También, YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 793; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 7 y ss.

⁶⁰⁶ Apunta ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 11 y ss, que precisamente el hecho de que subsistan ciertos aspectos del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen tras la muerte de la persona es debido a que son: “valores inherentes a la dignidad humana, inmunes por ello mismo a la muerte (...) La dignidad del hombre hace a éste persona, no cosa u objeto percedero”.

Ese recuerdo, buena fama, ese patrimonio moral que el difunto dejó en vida, en definitiva, la *memoria defuncti*, sí puede dañarse ante ofensas a la misma, ya que ofender a la memoria del fallecido supone ofender la dignidad del mismo⁶⁰⁷. Como así vimos en páginas anteriores, una difamación, o divulgación de hechos íntimos o la utilización deformada de la imagen que ponga en duda la reputación de un fallecido, pueden dañar a su memoria⁶⁰⁸ y por tanto, donde hay un daño tiene que haber una reparación del mismo⁶⁰⁹. Pero el daño no es ya al difunto, sino a la memoria. Ahora bien, como veremos, el tipo de daño que afecta a la misma sólo podrá ser de índole moral⁶¹⁰.

Esto no quiere decir que no existan daños patrimoniales ante ofensas realizadas a una persona ya fallecida pero no es un daño producido al mismo. Tal es el caso sobre todo, del derecho a la imagen⁶¹¹. El uso ilícito por terceras personas de la voz o de la imagen de una persona fallecida con fines comerciales o publicitarios, es decir, en sus elementos patrimoniales⁶¹² que van a formar parte del caudal hereditario y se transmiten a los herederos⁶¹³ puede ser susceptible de daño patrimonial siempre que exista intromisión ilegítima. Como señalábamos anteriormente, cuando exista una intromisión ilegítima a la memoria de un difunto a través del uso distorsionado o tergiversado de la imagen que reflejaba su personalidad causará un daño moral que deberá ser defendido por las personas legitimadas a tal efecto en el art. 4 de la Ley 1/1982. Es decir, en este caso se trata de tutelar la memoria del fallecido. Por el

⁶⁰⁷ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 12 y ss.

⁶⁰⁸ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 13 y ss.

⁶⁰⁹ O dicho de otra manera, para reparar tiene que haber algo que reparar, y ese algo es el daño, MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I, trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, L., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 293.

⁶¹⁰ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 28.

⁶¹¹ Nos remitimos al Capítulo II, apartado 2. 3.3, donde analizamos el derecho a la imagen, su contenido, relación con la *memoria defuncti* y las dos vertientes, moral y patrimonial de dicho derecho.

⁶¹² Como vimos anteriormente, en el apartado 2.3.3 del presente trabajo, los elementos morales del derecho a la imagen son inherentes a la persona y se extinguen tras la muerte pero los elementos patrimoniales pasan al caudal hereditario y se transmiten a los herederos, en ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 18.

⁶¹³ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 18.

contrario, cuando estamos ante una utilización ilícita de aprovechamiento ilícito de la imagen de un difunto, su explotación o comercialización, ya no estamos ante una vulneración de la memoria del difunto⁶¹⁴, en su aspecto moral, sino que estamos ante la tutela de valores económicos que forman parte del caudal hereditario y son los herederos del finado los que deberán hacerse cargo de la misma⁶¹⁵.

En nuestro estudio sólo abordamos el aspecto moral de la memoria de los difuntos, en concreto al daño moral⁶¹⁶ extracontractual causado a la misma. Lo que quiere decir que también puede haber casos donde la memoria del difunto sufra daños morales o patrimoniales (en el sentido antes expuesto) de origen

⁶¹⁴BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 410 y ss. La autora, como vimos anteriormente, llega a la conclusión de que este derecho a explotar la imagen de las personas no está ni regulado, ni protegido por la Ley 1/1982. A tenor de lo cual reivindica que: “(...) si bien los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de su titular, la protección de la memoria del que fue debería comprender no sólo el aspecto moral sino también el aspecto patrimonial de aquélla. Problema que se podría solucionar si se admitiese en nuestro país-cosa que propugno- la transmisión *mortis causa* de la facultad de explotación, de manera análoga como se admite en la Propiedad Intelectual (...) que permitiría, entre otros exrtermos, reclamar contral el uso inconscntido que con finalidad comercial se haga de la imagen, nombre, etc., del que fue, siempre que aquella tenga unos límites temporales que considero que deben ser más restrictivos que en la LPI, por entender que, si bien en algunos aspectos se podría decir que se asemejan, en esencia no pueden equipararse”.

⁶¹⁵ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 19.

⁶¹⁶ Sobre el daño moral, entre otros: BORREL MACIÁ, A., *Responsabilidad derivada de culpa extracontractual civil*, Bosch, Barcelona, 1942, págs. 157 a 177; DE CASTRO, F., «La indemnización por causa de muerte», *ADC*, 1956, págs. 449 y ss; SCONAMIGLIO, R., «Il danno morale», *RDC*, 1957, págs. 277 y ss.; MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico...*, t. I, vol. I, *cit.*, págs. 423 a 470; ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966, págs. 81 y ss; FERNÁNDEZ ALBOR, A., «El daño moral en los delitos contra el honor», *RGLJ*, 1967 (Separata); GARCÍA SERRANO, F., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *ADC*, 1972, págs. 799 y ss; IHERING, R., «Del interés en los contratos», en *Estudios Jurídicos*, trad. GONZÁLEZ POSADA, A., Heliasta, Buenos Aires, 1974; PANTALEÓN PRIETO, F., «Diálogos sobre la indemnización por causa de muerte», *ADC*, 1983, págs. 1567 y ss.; BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*. Montecorvo. 4 edición, Madrid, 1986, págs. 143 a 243; BUSNELLI, F. D., «Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona», *RCDP*, 1987-1, págs. 27 y ss.; LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil...*, *cit.*; ROJO AJURIA, L., «La tutela civil del honor y la intimidad», *AC*, 1988-1, págs. 1073 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 675 a 749; AGUSTÍN CALVO, G., «La valoración judicial en la indemnización por daño moral», *RGD*, 1995, págs. 8603 y ss.; BELLÓN MOLINA, F. A., «La condena a indemnizar los perjuicios causados en la LO 1/1982. Especial referencia al daño moral», *AC*, 1998-2, págs. 391 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 95 y ss., y 324 a 329; GÓMEZ POMAR, F., «Daño moral», *InDret* 1/2000, www.indret.com; DIEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, págs.. 13 y ss.

contractual, por ejemplo, una exclusiva pactada con un medio de comunicación antes del fallecimiento, donde posteriormente se vulnera su memoria y exista una comercialización ilícita de la imagen, nombre, voz, etc., del fallecido⁶¹⁷, así como también daños patrimoniales de origen extracontractual, el mismo caso de uso ilícito de su nombre, voz, imagen anteriormente comentado. Pero como decimos, nosotros nos centraremos en ese daño moral de origen extracontractual, por cierto más difícil a la hora de determinarlo si cabe en relación a la memoria de los difuntos, y que es el que describe el art. 9.3 de la LO 1/1982⁶¹⁸.

4.1.1. El daño a la *memoria defuncti* antes de la LO 1/1982

Como anteriormente estudiamos, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ya existían como derechos de la personalidad antes de la promulgación de nuestra C.E y por supuesto de la Ley 1/1982. Pero no podemos olvidar que sólo el honor hasta 1978 fue considerado un bien jurídico merecedor de protección en vía penal⁶¹⁹ a través de los delitos de calumnias e injurias. La tutela civil de estos derechos, se realizaba gracias a la interpretación jurisprudencial del art. 1902 del CC⁶²⁰, es decir, a través de la

⁶¹⁷ Como por ejemplo en el programa *Epílogo de Canal Plus*. Se trata de un programa de entrevistas cuya peculiaridad radica en que se emitirá dicha entrevista una vez haya fallecido el protagonista de la misma. Cada programa comienza con la misma frase: “Le recuerdo que esta entrevista será emitida cuando usted se haya ido, se haya muerto. En primer lugar, díganos con sinceridad, ¿cómo le gustaría ser recordado? El final del mismo es con un epílogo del entrevistado sobre su existencia.

⁶¹⁸ MACIAS CASTILLO, A., “El precio de la intimidad (Reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 LO 1/1982)”, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coord. Eugenio Llamas Pombo, vol. 2, 2006, pág. 197.

⁶¹⁹ Señala BODAS DAGA, M^a E., *La defensa...*, cit., pág. 22, que: “(...) se defendió la postura, desde el punto de vista de la dogmática y de la política jurídica, de que allí donde un bien, por ejemplo el honor, estaba protegido por normas penales había que excluir una protección del derecho civil”.

⁶²⁰ Entre otros, como veremos, CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, cit., pág. 51; CASTÁN VAZQUEZ, J. M^a, “La protección...”, cit., pág. 709; DE CASTRO, F., “Los llamados...”, cit., pág. 1268; GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Imagen...”, cit., pág. 321; DE ASÍS GARCÍA SERRANO, F., “El daño moral...”, cit., págs. 809 y ss; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., págs. 92 y ss; HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...cit.*, pág. 123; SALVADOR CODERCH, P., *El mercado...*, cit., pág.

responsabilidad civil extracontractual o aquiliana. Fue tras la CE cuando estos derechos de la personalidad de carácter históricamente privado pasan a ser considerados a su vez derechos fundamentales y por tanto también prevalentes con respecto a otros derechos de inferior rango⁶²¹.

Pero a pesar de la entrada en vigor de la Constitución Española, seguía sin existir una ley que protegiera expresamente estos derechos de la personalidad en vía civil. Su protección se seguía realizando con posterioridad a la entrada en vigor de nuestra C.E a través de las vías antes mencionadas. En vía penal, históricamente como comentamos, a través de los delitos de calumnias e injurias⁶²² en lo relativo al honor⁶²³, y a través de los llamados delitos contra la intimidad⁶²⁴. Con la subsiguiente indemnización civil emanada del delito⁶²⁵.

En relación con la memoria del difunto, en sede penal, la única protección existente como vimos⁶²⁶ era a través del artículo 466 del anterior Código Penal, donde si bien se exigía que la calumnia o injuria se realizara en vida del agraviado, la jurisprudencia por el contrario, entendió que se podía aplicar dicho artículo, aunque se realizaran después del fallecimiento. De esta manera, se permitía a personas distintas del titular del derecho al honor acudir a la acción penal para defender la memoria del que fue⁶²⁷. También, anterior al Código

414; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El derecho...", *cit.*, pág. 1547; BODAS DAGA, M^o E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 152.

⁶²¹HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 19.

⁶²²BACIGALUPO, E., *Delitos contra el honor*, Dykinson, 2000, págs. 3 y ss, apunta que el origen de la regulación de las calumnias e injurias está en el Código de 1822, (artículos 699 y ss) donde se distinguía entre palabras de hechos con el fin de deshonrar (injuria) y entre imputaciones de hechos falsos (calumnias). Posteriormente, pasan al Código de 1848 (artículos 365 y ss.)

⁶²³Su protección en vía penal es clara a través de dichos delitos de calumnias e injurias (incluso anterior al actual Código Penal, se castigaba como faltas las injurias livianas). En la actualidad estos delitos se encuentran en los artículos 205 y ss. Donde se distingue entre la imputación falsa o con temerario desprecio a la verdad de un delito (calumnia), y entre acciones o expresiones que lesionen la dignidad de una persona (injurias).

⁶²⁴Artículos 197 y ss del actual Código Penal. Anteriormente, como señala CASTÁN TOBEÑAS, J., "Los derechos...", *cit.*, págs. 54 y ss. se castigan en tanto que tienen relación con ciertos supuestos de violación de secretos y a través del antiguo 566. 2, relativo a la divulgación de hechos de la vida privada.

⁶²⁵SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 132 y ss.

⁶²⁶En el capítulo I, cuando hablamos de las vías de protección de la personalidad pretérita.

⁶²⁷BODAS DAGA, M^o E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 152.

Penal actual, a través del artículo 340 se podía proteger dicha memoria⁶²⁸, al recoger como delito la violación de sepulturas. Y así lo vemos en diferentes sentencias del Tribunal Supremo.

Entre otras, en la STS de 18 de febrero de 1981, donde se estudiaba la existencia o no de un delito de calumnias por parte de un joven que elaboró una pancarta con el lema: “Gladis del Estal, asesinada por la Guardia Civil de Tudela, Navarra. Nosaltres no oblidam”, ante la muerte de la misma en una manifestación ecologista a consecuencia de disparos de la Guardia Civil. El TS le condena por un delito de calumnias al entender que se imputa falsamente un delito a la Guardia Civil al utilizar la palabra asesinada en la pancarta. Para el TS había una falsedad en la imputación criminal al no destruir el procesado la presunción de la misma a través de la “*exceptio veritatis*” y porque al ubicarla en el balcón de la terraza considera que existió un ánimo difamatorio necesario para el delito de calumnia y con publicidad y como dice el TS: “sin que pueda apreciarse la creencia real de asesinato”. En la misma sentencia se explica si se puede aplicar el delito de calumnias ante una persona ya fallecida y manifiesta lo siguiente: “(...) la dinámica de la conducta o acción del delito de calumnia está constituida por los siguientes caracteres: (...) c) que el titular del derecho del honor sea una persona física -viva o muerta- o jurídica --privada o pública-, pues así se deduce de modo explícito e implícito de los artículos 466 y 467 del Código Penal, sin que sea óbice la posibilidad de realizarse el delito contra las personas muertas o jurídicas, el hecho de que no puedan delinquir y la imputación por consiguiente no tenga operatividad ni relevancia a efectos calumniosos, porque en el caso de que el agraviado sea un difunto, la vivencia delictiva se condiciona a que la calumnia trascienda a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, o al heredero, con lo que existe o es necesario una tranquilidad o persona viviente y en el supuesto de personas jurídicas su actividad funcional puede engendrar un conducta delictiva, cuya responsabilidad penal se haría factible a través de las personas físicas que inspiraron y llevaron a efecto la infracción criminal”.

⁶²⁸ Entre otras, STS de 4 de noviembre de 1964.

Es en otra sentencia del Tribunal Supremo del 3 de febrero de 1984, donde se debate otro posible delito de calumnias, en concreto a una persona ya fallecida. Recurren en casación los hijos de la misma. Se trata de una película-documental llamada “Rocío” donde se narran entre otros los siguientes hechos: “(...) comienzan con el levantamiento militar del dieciocho de julio con la sucesión de las siguientes frases acompañadas de las imágenes correspondientes. A) “voz en off” con el levantamiento militar del dieciocho de julio los monárquicos, los requetés y los falangistas toman la iniciativa, detienen y matan sin juicio previo a todos los que de una manera u otra habían distinguido por sus ideales revolucionarios. B) “voz de Íñigo” “Esta banda se dedica a llevar a la cárcel diariamente, noche por noche, una lista para sacar individuos para llevarlos a la carretera y asesinarlos delante de la luz de un camión”. C) “voz en off”. En Almonte mataron (...) a lo que se añade una lista de nombres a lo que se añade “y varios más hasta hacer un total de cien personas. Noventa y nueve hombres y una mujer”, ello con aparición de fotografías de muertos. D) “voz de Íñigo” “El responsable de esta banda de criminales era” (aquí se interrumpe la voz y aparece filmada una toma de la misma fotografía del señor Jon Frida Estíbaliz Adolfo Encarna Mariana aparecida anteriormente al presentarlo como fundador de la Hermandad del Rocío de Jerez de la Frontera; que aparece a los siete minutos de esta última, con los ojos en esta ocasión ocultos por un rectángulo negro y aparece en sesenta y nueve fotogramas identificables a pesar del expresado tapamiento de ojos, y E) sigue la voz de Íñigo, que en paz descansa, que yo le daría una vida más larga (...) pues ese señor cuando hacia una saca de hombres, obreros, luchadores por la libertad, el pan y el trabajo les decía a los de la banda de criminales “no empezad todavía, dejadme los míos a mí”, y montando en un caballo con un porro los mata a palos; discurriendo luego la proyección sobre otros temas (...).”.

Al margen de la existencia o no del delito de calumnias el Tribunal Supremo argumenta en esta sentencia con mayor precisión si puede existir un

delito de calumnias a una persona fallecida y afirma lo siguiente: “Es frecuente asegurar que las personas fallecidas no pueden ser sujeto pasivo de infracciones delictivas pues en el artículo 340 del Código Penal, el bien jurídico protegido es el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos del agraviado difunto en tanto en cuanto la injuria o calumnia trascienda a ello, y de ningún modo, el propio difunto. Pero al argumentar así, se olvida que, en el artículo 340, para la perfección delictiva, es preciso que la violación de sepulturas o los actos de profanación de cadáveres se perpetren faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, y que en el artículo 466 puede ejercitar la acción “en todo caso”, y sin necesidad de que trascienda a él, el heredero del agraviado difunto, sin que, para dicho heredero, se exija que el agravio le afecte personalmente; coligiéndose, de lo dicho, en primer lugar, que el citado artículo 466, es un precepto meramente procesal, que sólo trata de concretar las personas que pueden ejercitar la acción penal, sin que su texto tenga trascendencia en orden a quienes pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor; en segundo término, que el precepto mencionado no se refiere únicamente al ejercicio de acciones relativas a calumnias o injurias dirigidas a personas vivas que fallecieron antes de prescribir la infracción o después de haberse querellado, sino que también abarca aquellos casos en los que la imputación o la ofensa se dedicaron a personas ya difuntas o fallecidas sin que el cambio o transposición legal –“agraviado difunto” por “difunto agraviado” de la legislación codificada anterior a 1945-, tenga relevancia en cuanto concierne a la posibilidad de seguir calumnias o injurias proferidas respecto a personas ya finadas y extintas, siquiera se reconozca que este punto es muy controvertido, no siendo concordantes las opiniones, y, finalmente, que lo que protege el legislador en estos casos -no en el de parientes próximos, puesto que se exige que el baldón o el vituperio trascienda a ellos convirtiéndolos en sujeto pasivo de la calumnia o de la injuria-, en el honor del difunto, su buena fama, su recuerdo y su memoria, y ello no sólo por el adagio “*De mortuis, aut bene aut nihil*”, sino porque todo ser humano, además de la vida terrenal, temporal y efímera, y de la sobrenatural y eterna para los oyentes, goza de una tercera vida, más o menos prolongada,

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 a 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 y que recoge el famoso epitafio: “Aquí yace el hombre, que vivo queda su nombre”.

En el mismo sentido otra STS de 16 de marzo de 1990, donde *Diario 16* cubre la noticia de un asesinato a un letrado y publican datos relativos a la vida privada del mismo, innecesarios y como la propia sentencia indica desfavorables para el letrado. Afirma el TS que: “(...), los artículos publicados por el procesado alcanzan de lleno a la vida privada del letrado asesinado, con vilipendio para su memoria y con transcendencia para su familia, valores ambos protegidos expresamente por el Código Penal (art. 466)”.

En el actual Código Penal, estas diferentes conductas constitutivas de delito ante la memoria de los difuntos han tenido suerte dispar. Ahora, no existe un artículo en el Código Penal que tenga como supuesto de hecho injurias o calumnias a un difunto, por lo que como decíamos en páginas anteriores se han despenalizado estas conductas. Lo que sí se mantiene en el actual Código Penal, es el delito de violación de sepulturas en el artículo 526. Es decir, por supuesto que la conducta tipificada en el artículo 526 del actual Código Penal persigue proteger la memoria de los fallecidos, pero no en el sentido perseguido por dicha ley ante ataques a lo que en vida era su honor, intimidad o imagen. En estos casos, no podríamos acudir a la vía penal, la única vía sería acudir a la tutela civil⁶²⁹, ya que actualmente en el ámbito penal, no hay una protección *strictu sensu* a la memoria del difunto tal y como se plantea en la LO 1/1982.

⁶²⁹Como estudiamos en el anterior capítulo, la mayoría de la doctrina y desde siempre la jurisprudencia han negado la posibilidad de proteger la memoria del difunto en otra sede, la constitucional. Si bien, y así lo expusimos, autores y nuevas sentencias del Tribunal Constitucional empiezan a abrir el camino de dicha protección constitucional ante ofensas a aquella.

Cabe mencionar una sentencia del TS anterior a la reforma del CP relativa a los daños a la memoria de los difuntos que además realiza un repaso histórico al reconocimiento del daño moral en vía penal y su incorporación en los Códigos Penales españoles de las diferentes épocas. Es una sentencia del 4 de julio de 1985, donde en un trabajo periodístico se acusa a una persona ya fallecida de trasladar: “Diversas obras de arte, pero sin que se añada ni aclare si, dichas obras de arte, eran propias o ajenas, ni si habían sido sustraídas, con lo cual mal puede pensarse que se le atribuya la perpetración de un delito contra la propiedad -robo, hurto o apropiación indebida-, máxime si no consta tampoco que obrara con ánimo de lucro y no con el de preservación, de las citadas obras (...)”.

En relación al daño a la *memoria defuncti* la sentencia afirma: “El resarcimiento de los daños morales - -“*pecuria doloris*”-, es decir el de los sufrimientos o padecimientos de la víctima experimentados durante el curso de su curación como consecuencia de las secuelas resultantes, el del o doloroso vacío, pérdida del ser querido o ruptura de la convivencia y de los sentimientos familiares respecto al pariente próximo fallecido, el del sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el del deshonor, deshonra o descrédito o el de la traumatización y cambio de personalidad de la mujer que ha sufrido un atentado contra la honestidad, es cuestión que se controvertió arduamente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en la legislación y hasta en derecho comparado”.

Continúa recordando que: “En España, los Códigos penales del siglo XIX no se refieren al daño moral. El Código de 1928, en su artículo 75, prescribe que, en los delitos contra el honor y en los de la calumnia injurias y difamación, se tendrá muy especialmente en cuenta para la valoración del daño el que represente el desprestigio y sufrimiento moral en sí mismo aunque no repercutan en el patrimonio del ofendido; en el Código de 1932, en la reparación del daño se ha de tener en cuenta, el valor de afección para el agraviado, lo que supone

un hito importante en el camino del reconocimiento del resarcimiento del daño moral, y, finalmente, en el artículo 104 del Código Penal de 1944, de modo explícito, se reconoce el derecho a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados al ofendido o a su familia”.

En relación a la jurisprudencia esta STS de 4 de julio de 1985 subraya que: “Jurisprudencialmente, la Sala Primera de este Tribunal, se anticipó a la Segunda como puede comprobarse examinando las sentencias de 6 de diciembre de 1912, 12 de marzo y 10 de agosto de 1928, 31 de marzo de 1930 y, 19 de mayo de 1934, pero incluso antes de que se consagrara legislativamente el derecho al resarcimiento del daño moral, la sentencia de la Sala Segunda de 14 de noviembre de 1934, así lo declaró. Con posterioridad al referido reconocimiento legislativo, se pueden citar las sentencias de 12 de noviembre de 1957, 23 de enero de 1961, 27 de junio de 1963, 21 de febrero y 5 de marzo de 1965, 6 de marzo y 6 de julio de 1967, 9 de junio de 1969, 19 de enero de 1981 y 20 de enero de 1982 , entre otras muchas, destacando, entre las referentes a delitos contra el honor, las de 24 de octubre de 1959, 29 de diciembre del mismo año, 20 de junio de 1963 y 24 de junio de 1964, aunque tiene que haber constancia de la producción de tales perjuicios consecutivos a la ejecución del delito -Sentencia de 22 de enero de 1932-, exigiendo la de 21 de febrero de 1957, la necesidad de consignar, entre los hechos, los determinantes de la realidad de los perjuicios, pronunciándose en la misma línea las de 8 de octubre de 1966 y 19 de enero de 1968, mientras que la de 19 de enero de 1981, entendió que son daños morales tanto aquellos que, aminorando la actividad personal, debilitan la capacidad para obtener riqueza como los constituidos por el simple dolor moral aunque no trasciendan a la esfera patrimonial propiamente dicha. Destacamos la sentencia de 10 de diciembre de 1935 , ya que declaró que, en ciertos delitos, la imposibilidad de valorar el daño moral experimentado por el ofendido o por sus herederos, obliga a tomar en consideración, como orientación a seguir, todas aquellas circunstancias que dimanen de la naturaleza misma y de las consecuencias y de los efectos de la infracción de que se trate,

siempre y cuando esos daños morales sean la natural e inmediata consecuencia del delito y aunque, en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, no haya aportación de datos al respecto”.

Finalmente esta sentencia del TS de 1985 destaca que: “es también interesante recordar que la sentencia de 14 de noviembre de 1934, declaró que el Derecho penal no es sólo sancionador sino también reparador y que el orden jurídico perturbado por el delito no quedaría plenamente restablecido si no se atendiera a reparar dentro de lo que es posible, no sólo el derecho violado y la seguridad personal puesta en peligro, sino las últimas consecuencias apreciables de la acción delictiva. Podemos resumir la doctrina de este Tribunal del modo siguiente: los daños morales son indemnizables y resarcibles; por regla general, para ello, es preciso que, en el “*factum*” de la sentencia de instancia, consten los datos precisos para la evaluación o cálculo de tales daños; pero cuando se trate de ciertas infracciones que generan daños morales “*strictu sensu*”, puede bastar la mera perpetración del delito y la plasmación de sus consecuencias, con tal de que el daño dicho, haya sido producido, natural e inherentemente, por la infracción, debiéndose, en tal caso, cuantificar el referido daño de modo prudencial y sin necesidad de sujetar, el arbitrio judicial, a pauta, base acondicionamiento de clase alguna. Finalmente, la doctrina científica, distingue entre los daños morales que representan, en definitiva, un interés económico, llamados también daños morales indirectamente económicos, y los daños morales “*strictu sensu*” o daños morales sin repercusión económica inmediata; entendiendo, dicha doctrina que, los primeros, son claramente indemnizables, mientras que, los segundos, pueden suponer un provecho del delito con el paradójico resultado de que, el daño moral, se convierta en el más inmoral de los tráficos, incluso provocando acciones delictivas con él incentivo de obtener ventajas económicas. Por estas razones y por la imposibilidad de cuantificar el daño moral propiamente dicho, se ha de proceder con sumos tacto y cautela exigiendo que haya una posibilidad, siquiera sea remota, de valuación económica, siendo indispensable que haya habido perjuicios y que éstos sean

apreciables. Sin embargo, otros sectores doctrinales y el TS en el caso de los delitos de calumnia o injurias, estiman indemnizables no sólo los daños morales indirectamente económicos, como la disminución de la clientela a consecuencia del descrédito consecutivo a la imputación, a la expresión o a la acción, sino también los estrictamente morales como el ansia, la inquietud, la preocupación, el deshonor, la deshonra, la tristeza, la melancolía, con tal de que hayan sido consecuencia natural de la infracción. Ante esto consideran que la pérdida de bienes jurídicos o la perturbación producidas por el delito, pueden ser compensadas por una cantidad de dinero que devuelva el bienestar perdido como consecuencia del delito y que proporcione unos goces que equivalgan a los arrebatados por la ejecución de la infracción. “En el caso enjuiciado, hubo “*damnatio memoriae*” de una persona ya fallecida, y sin necesidad de sentar bases de ninguna clase ni de que, en la narración histórica de la sentencia recurrida, consten datos o pormenores que permitan fijar la existencia del daño y la cuantificación del mismo, es innegable que, el vilipendio, el ludibrio y el oprobio vertidos sobre el difunto señor X, afecta también a sus hijos y herederos, los cuales han sufrido las consecuencias psicológicas y morales del ultraje y del escarnio inferido a su antecesor, debiendo recibir una indemnización fijada prudencialmente y que se deriva del hecho punible en sí y de las circunstancias publicitarias que le acompañaron y que constan en el relato fáctico de la sentencia impugnada”⁶³⁰.

Después de esta mención a la protección de estos derechos y de la *memoria defuncti* en la vía penal⁶³¹, nos vamos a centrar en la civil.

La protección civil de estos derechos anterior a la LO 1/1982⁶³², como acabamos de señalar, se articulaba en el CC, a través de la responsabilidad

⁶³⁰ STS de 4 de julio de 1985.

⁶³¹ La vía constitucional ya la hemos estudiado en capítulos precedentes.

⁶³² Tras la entrada en vigor de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, se regula la responsabilidad civil en este campo. Sin embargo, la protección se hizo a través del art. 1902 del CC. Aún así, el art. 65 de dicha ley disponía: “De la responsabilidad civil en materia de prensa e imprenta y de la patrimonial del Estado: 1. La responsabilidad civil derivada de delito, cuando no pueda hacerse efectiva en los autores que menciona el artículo 15 del Código Penal, recaerá como

aquiliana⁶³³. En realidad, el CC no habla directamente de los derechos de la personalidad⁶³⁴ y tampoco recoge expresamente el daño moral, y ese reconocimiento tardío conlleva a la afirmación de que el daño patrimonial es el daño por antonomasia. Lo que supuso que se tardara en reconocer⁶³⁵. Sin embargo, con el tiempo se supera esta divergencia⁶³⁶ y es sabido que el artículo 1902 del CC comprende tanto el daño moral como el patrimonial⁶³⁷.

Fue la jurisprudencia⁶³⁸ la que extendió la interpretación del artículo 1902 CC, para reparar los posibles daños causados a estos derechos. Solución lógica a falta de una norma expresa que regulara la situación ya que en el ámbito civil desaca la importancia que tiene la tutela de dichos derechos para la persona y su personalidad⁶³⁹.

carácter subsidiario en la empresa periodística, editora, impresora e importadora o distribuidora de impresos extranjeros. 2. La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario. 3. La insolvencia de las personas jurídicas dará lugar a una responsabilidad civil subsidiaria de sus administradores, salvo que éstos hayan manifestado anteriormente su oposición formal a tal acto. 4. La responsabilidad patrimonial del Estado y de las autoridades y funcionarios en relación con los actos que regula la Ley de Prensa e Imprenta se regirá por lo dispuesto en el título IV de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

⁶³³ HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 136.

⁶³⁴ Ya DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, págs. 1238 y ss., reflejaba el asunto cuando exponía que la codificación se centró en el tema económico eludiendo a los derechos de la personalidad.

⁶³⁵ Díez-PICAZO, L., *Derecho de Daños...*, *cit.*, pág. 324; Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Responsabilidad civil extracontractual*, t. V, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 116 y ss.

⁶³⁶ Sobre esto volveremos a continuación.

⁶³⁷ MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación del daño moral de autor”, en *El Derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 277.

⁶³⁸ BODAS DAGA, M^a E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 37 y 232. En concreto afirma que con el pensamiento de la época: “no es extraño que nuestro Código Civil, ni otros (...), no los contemple y, en su consecuencia, no contenga precepto alguno que disponga de manera expresa la obligación de indemnizar el daño moral, que es consustancial con su lesión. De ahí que, como ya quedó dicho, al igual que en Francia, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en la exégesis de ese amplísimo “reparar en daño causado” que emplea el artículo 1902 CC ha reconocido e indemnizado aquel”.

⁶³⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 59, el autor afirma que los derechos de la personalidad: “son los más importantes para el individuo por la protección que dispensan a la personalidad”.

Sin embargo, esta interpretación extensiva del art. 1902 del CC por parte de la jurisprudencia no estuvo exenta de problemas ya que es histórica la antigua discusión sobre la existencia o no de los daños morales⁶⁴⁰ y su reparación. Este debate se originó por la dificultad de definir adecuadamente el daño moral⁶⁴¹ ya que, como mencionamos unas líneas más atrás, su reconocimiento fue tardío. A este problema se añade, como indica LLAMAS POMBO, que una adecuada definición jurídica de daño es: “Una de las asignaturas pendientes en la teoría de la responsabilidad civil”⁶⁴².

Y eso que el daño es el núcleo central de toda responsabilidad civil⁶⁴³. LLAMAS POMBO sienta con claridad el punto de partida: “El supuesto de hecho se identifica por la situación en que un sujeto (la víctima) sufre un daño que es causalmente consecuente con la conducta activa u omisiva de otro (Y la consecuencia jurídica es el nacimiento de una obligación, que consiste en reparar el daño causado para el art. 1902 del CC o en indemnizar los daños y perjuicios para el art. 1101 del CC)”⁶⁴⁴. Por tanto, no podemos decir que existe responsabilidad civil contractual o extracontractual⁶⁴⁵ si no se ha causado daño a alguien⁶⁴⁶.

En efecto, la propia definición de daño⁶⁴⁷, “menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o

⁶⁴⁰ DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, págs. 1238 y ss, afirmaba que el derecho enfocó el daño para los bienes económicos evitando la problemática de los bienes de la personalidad; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, págs. 191 y ss.

⁶⁴¹ Sobre la dificultad a la hora de definir el daño moral, LLAMAS POMBO, E., “Formas de reparación del daño (I)”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, nº 80, Marzo 2010, pág. 8.

⁶⁴² LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 6.

⁶⁴³ MACÍAS CASTILLO, A., *La responsabilidad civil derivada de las inmisiones molestas*, La Ley, Madrid, 2003, pág. 160; LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, *cit.*, 231.

⁶⁴⁴ LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 5.

⁶⁴⁵ Si bien es cierto que los artículos 1101, 1902 y 1106 del CC., no sólo tienen el mismo fin sino que también tienen los mismos principios esenciales de la infracción contractual y de la extracontractual, es decir, ambas exigen la producción de un daño para poder proceder a su reparación, no es menos cierto que los daños en una y en otra pueden ser distintos. En SANTOS BRIZ, J., *La reponsabilidad...*, *cit.*, pág. 25.

⁶⁴⁶ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág.131

⁶⁴⁷ Un amplio y valioso estudio del concepto de daño y su reparación lo encontramos en, LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, págs. 5 y ss.

naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁶⁴⁸, nos indica que, ya sea de origen contractual o extracontractual, tiene que afectar un interés humano y ser el resultado de una conducta humana⁶⁴⁹.

De la misma forma que nos presenta la clásica diferenciación entre el daño patrimonial, definido mayoritariamente por la doctrina como “la diferencia entre el importe del patrimonio de una persona, como es en un determinado momento, con el importe que tendría ese patrimonio en el momento en cuestión sin la intromisión de un determinado acontecimiento dañoso”⁶⁵⁰, a lo que hay que resaltar de la propia definición que comprende tanto la merma patrimonial sufrida (daño emergente), como la dejada de ganar (lucro cesante)⁶⁵¹. En definitiva, se trata de unos daños fácilmente valorables económicamente. Por otro lado, dicha definición también nos presenta el daño moral, igualmente denominado extrapatrimonial⁶⁵² y que tradicionalmente como venimos diciendo es el que más controversias a ocasionado⁶⁵³, el que ha recibido una regulación menos pacífica y mucho más tardía que el patrimonial⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, trad. Esp. Y notas de SANTOS BRIZ, t. I, Ed. RDP, Madrid, 1958, pág. 193.

⁶⁴⁹ DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1966, págs. 65 y ss.; BUSTO LAGO, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 39 y ss. Y si no hay daño no interesa la presencia de los otros elementos, en DE COSSÍO, A., «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español», *ADC*, 1966, pág. 535; ORGAZ, A., *El daño resarcible*, M. Lerner, Córdoba, 1980, pág. 13.

⁶⁵⁰ LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 6., alude a este concepto de daño ofrecido por FRIEDRICH MOMMSEN.

⁶⁵¹ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, pag. 149; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, pág. 89.

⁶⁵² DE ASÍS GARCÍA SERRANO, F., “El daño moral...”, *cit.*, págs. 802 y ss., distingue entre daño moral y daño patrimonial, para el autor los daños extrapatrimoniales son una parcela del daño moral y solamente en una situación coincidirán, y es en el caso de un daño no patrimonial a una persona jurídica. Para el autor daño moral y daño extrapatrimonial no son sinónimos, considera al daño moral más estricto que el daño extrapatrimonial.

⁶⁵³ Como ha destacado MACIAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, págs. 191 y ss.

⁶⁵⁴ MACIAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 277; MACIAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, págs. 191 y ss.

El daño moral no aparece en las fuentes romanas⁶⁵⁵ y se incorpora en el Derecho europeo por vía consuetudinaria con el objeto de resarcir el dolor⁶⁵⁶. Se trata del daño ocasionado al ser humano, “a sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de la *psiqué* (...), afecta directa y contundentemente al espíritu”⁶⁵⁷. Realmente, ya afirmaba la doctrina, que no es fácil dar un concepto unánime de daño moral, puesto que existen un número heterogéneo de daños hacia la persona con la singularidad de no ser patrimoniales⁶⁵⁸. Porque en definitiva se trata de daños producidos a “las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suelen llamar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales”⁶⁵⁹. Cuando hablamos de la vertiente moral nos estamos refiriendo a aquello que es intangible, espiritual como contrapartida a lo material⁶⁶⁰. He aquí el problema⁶⁶¹.

El daño moral comporta a su vez dos tipos de daños⁶⁶², los que suponen un daño corporal, que afecta a la parte física de la persona y el daño que afecta a los derechos de la personalidad, es decir, el daño moral estricto, puro. Es decir, como vemos son daños difícilmente valorables económicamente para poder reparar. A su vez, tenemos que tener en cuenta que el causar un daño a estos

⁶⁵⁵Un valioso resumen sobre el concepto, origen y reparación del daño moral lo encontramos en DIEZ-PICAZO, L., *El escándalo...*, cit., pág. 59, donde al respecto del origen del daño moral y del hecho de no tener antecedentes romanos, señala el autor que: “prácticamente los únicos textos que se conocen son los que venían a decir que no son indemnizables las cicatrices”.

⁶⁵⁶ LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, cit., pág. 8.

⁶⁵⁷ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 233.

⁶⁵⁸ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, cit., págs. 149 y ss.

⁶⁵⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, cit., pág. 89.

⁶⁶⁰ MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, cit., pág. 274.

⁶⁶¹ En España, como ya se ha comentado, el reconocimiento del daño moral en vía extracontractual y su indemnización llega de la mano de la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, en DIEZ-PICAZO, L., *El escándalo...*, cit., págs. 66 y ss.

⁶⁶² DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños...*, cit., págs. 326 y ss.; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, cit., pág. 8: Señala que: “(...) el llamado perjuicio corporal... incluye a su vez: a) el *petrium doloris*, derivado del dolor físico o efecto psicológico de la agresión; b) el *petrium pulcritudinis* o perjuicio estético, producido en la armonía física o apariencia de la víctima; c) el *perjuicio sexual*, inherente a la imposibilidad total o parcial de mantener relaciones íntimas normales y procrear; y d) *el daño a la vida de relación*, como privación de la posibilidad de llevar a cabo actividades especiales (deportivas, culturales, etc.) en las que se hubiera alcanzado un cierto nivel; DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., págs. 311 y ss.

derechos de la personalidad puede suponer no también un daño patrimonial⁶⁶³. Pero no podemos obviar que si bien una ofensa por ejemplo, al honor, a la intimidad o a la imagen puede ocasionar también un daño patrimonial, lo normal es que el daño ocasionado sea casi exclusivamente moral⁶⁶⁴ y además daño moral puro. Como también lo indica la Exposición de Motivos de la LO 1/1982: “En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos”.

Estamos ante unos derechos cuyo daño en el caso de que se ocasione será en la mayoría de las situaciones extrapatrimonial y de origen extracontractual. Y por esta razón, por ser difícilmente valorables económicamente, se consideraba que no podían repararse este tipo de daños. La doctrina con respecto a los mismos principalmente se planteaba si podían ser reparados, debido a eso, a la imposibilidad de valorar económicamente el daño ocasionado, y en qué consistía esa reparación, es decir, si tenía carácter indemnizatorio o satisfactorio⁶⁶⁵. Por supuesto que los daños morales derivados de un daño patrimonial no sufrían este problema, el conflicto era en torno a los daños morales estrictos⁶⁶⁶.

Por este motivo, la aplicación de los artículos 1902 y ss., del CC, para reparar los daños causados a los derechos de la personalidad supuso un obstáculo. En efecto, muchos juristas, incluso el Tribunal Supremo, negaban

⁶⁶³ Causar daños patrimoniales no quiere decir que no se puedan causar daños morales o al revés, en LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 234.

⁶⁶⁴ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 234: “... el daño moral es el que afecta principalmente a los derechos de la personalidad”. También, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, *cit.*, págs. 89 y ss; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 142

⁶⁶⁵ Desde luego como bien se dijo esa dificultad no significa que no se puedan y deban reparar, en palabras de MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico...*, t. I, vol. 1º, *cit.*, págs. 432 y ss.: “el daño moral posee además un valor, como el daño material”.

⁶⁶⁶ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 163 y ss.

que dado el carácter extrapatrimonial de los mismos pudieran valorarse económicamente y por tanto resarcir los daños morales ocasionados⁶⁶⁷.

Incluso entendían que dado el sentido general del artículo 1902 CC: “El que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, los daños morales quedarían excluidos del mismo⁶⁶⁸. Y a esto se ceñían los juristas del momento.

Así, explicaba la situación DE CASTRO con respecto al problema inicial de aplicación de dichos artículos para la reparación del daño sufrido a tales derechos: “Estas disposiciones fueron entendidas como no referibles al daño causado a un bien de la personalidad. La razón parecía evidente. La pérdida de la vida, la ofensa, el honor, no son valorables en dinero. La misma excelcitud de tales bienes impide que tengan una equivalencia económica. No siendo posible tasar el daño, tampoco podrá pedirse ni concederse su indemnización”⁶⁶⁹.

A pesar de este primer obstáculo fue el propio Tribunal Supremo el que dio un giro que supuso un antes y un después en sede de reparación del daño moral con la conocidísima, y ya comentada anteriormente, sentencia del 6 de diciembre de 1912. Conviene volver a recordar que fue la primera sentencia que reconoció la procedencia de indemnización del daño moral. Aunque realmente no indemnizaba el daño moral estricto (sino el daño moral derivado de un daño

⁶⁶⁷ Eso sí, como afirma LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 234 y ss: está claro que admitida por la doctrina actual que el daño moral atañe esencialmente a los derechos de la personalidad, nada impide que la producción del mismo no pueda acarrear a su vez un daño patrimonial. También, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, *cit.*, págs. 163 y ss; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, *cit.*, pág. 90.

⁶⁶⁸ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 232.

⁶⁶⁹ Así lo advierte DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, pág. 8, en concreto afirma: “Estas disposiciones fueron entendidas como no referibles al daño causado a un bien de la personalidad. La razón parecía evidente. La pérdida de la vida, la ofensa, el honor, no son valorables en dinero. La misma excelcitud de tales bienes impide que tengan una equivalencia económica. No siendo posible tasar el daño, tampoco podrá pedirse ni concederse su indemnización”

patrimonial) sentó un precedente en cuanto a la indemnización del mismo⁶⁷⁰. Tras ésta siguieron otras muchas⁶⁷¹.

En definitiva, este cambio supuso como afirma DE CASTRO el principio de la: “(...) consideración y protección jurídica de los bienes de la personalidad en general”⁶⁷². Significó el principio en el que se apoyó la doctrina ulterior y el ingreso del daño moral en las leyes⁶⁷³. Y así fue como se empezó a considerar que cuando se producían infracciones a estos derechos de la personalidad mediante actos ilícitos sin mediar relación contractual alguna, es decir, ante una responsabilidad extracontractual, la única vía posible era accionar el art. 1902 del CC.

Ahora bien, se afirmaba que para poder aplicar este artículo además de partir de la existencia de un daño injusto era necesario que el acto que lo producía fuera también calificado como injusto por alguna ley. Sin embargo, rápidamente se consideró errónea tal afirmación. El propio TS en una sentencia de 23 de diciembre de 1952 afirmaba que sólo se pueda considerar como ilícito el acto u omisión contrario a una disposición legal es: “(...) completamente errónea, nacida para confundir el elemento objetivo y externo de la violación de

⁶⁷⁰ROVIRA SUEIRO, M^a E., *La responsabilidad...*, cit., págs. 243 y ss, la autora explica los motivos del rechazo inicial a la indemnización del daño moral, para ella se debe a la mentalidad de los juristas de la época, de tradición romanista y sobre todo por la falta de alguna disposición en el CC que protegiese el honor y sancionase su daño. Para combatir esto, afirma la autora que el Tribunal Supremo acudió a “los principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos pero ya preexistentes que definen el daño en sus diversas manifestaciones”, a lo que añade que en la búsqueda de esos principios el Tribunal recuperó la Ley 21, Título 9, de la Partida 7^a que disponía: “*Cualquier que reciba tuerto o deshonorra, que pueda demandar en una destas dos maneras, qual más quisiere. La primera que paga el que lo desonrra, enmienda en pecho dineros. La otra es en manera de acusación pidiendo que el que le fizo el tuerto que sea escarmentado por ello. E la una destas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no debe ome recibir dos penas por ende. E desque puire escojido la una, no la puede dexar é pedir la otra*”. Justifica la utilización de “Las siete Partidas”, a pesar de quedar derogadas por el CC, por el razonamiento dado por el propio Tribunal: “al advertir que no las considera vigentes pero se sirve de ellas, amparándose en el art. 6 del Código Civil, por contener principios vivos en el Derecho español, principios generales que sirven para interpretar y completar las leyes en defecto de ley y costumbre”.

⁶⁷¹STS de 13 de noviembre de 1916, STS de 14 de diciembre de 1917, STS de 7 de noviembre de 1919; STS de 12 de marzo de 1928, STS de 31 de marzo de 1930, STS de 25 de junio de 1945, STS de 13 de junio de 1950, STS de 7 de febrero de 1962, STS de 11 de mayo de 1977.

⁶⁷²DE CASTRO, F., *Temas...*, cit., pág. 9.

⁶⁷³DE CASTRO, F., “Los llamados...”, cit., pág. 1269.

una ley con el subjetivo y personal del agente de haber obrado con descuido o negligencia de evitar un mal, que es el esencial en el concepto de la culpa extracontractual o violase o no disposición legal positiva, sino que la relacionaba con la diligencia de un buen padre de familia o de una persona más o menos precavida según los grados que admitía, pero siempre en atención a ese elemento interno y personal en relación a las circunstancias que cada caso requería, con lo que se violaría no un Derecho positivo, sino un derecho abstracto...y si bien no hace expresa alusión a este extremo concreto el art. 1902 del CC, es, sin duda alguna, el que informa tal institución en este Cuerpo legal (...)" . De la misma manera fue apoyado por la mayoría de la doctrina, alegando que no todo el derecho está incluido en una ley escrita y que el art. 1902 del CC sirve para defender tanto un derecho subjetivo como un mero interés⁶⁷⁴ .

Tras esto, y pese a la dificultad de determinar y valorar dichos daños, ya está completamente superada la polémica sobre la obligación de reparar el daño moral⁶⁷⁵ de dichos derechos. Y como dijimos al principio, se empezó a admitir la reparación de aquellos a través de los artículos 1902 y ss del CC⁶⁷⁶ . Por lo que se exigía, unida a la existencia del daño, la concurrencia de culpa o negligencia para el nacimiento de esta responsabilidad⁶⁷⁷ .

En efecto, en vía civil su protección era mucho más extensa en comparación con la penal. Como vimos al comienzo del epígrafe, la protección penal no generó problemas. Antes en vía penal (como ahora) se necesita que la conducta encaje en los requisitos de tipicidad y punibilidad que exige el Código Penal para los delitos cometidos contra dichos derechos para la existencia de responsabilidad penal, unida a la subsiguiente responsabilidad civil emanada del

⁶⁷⁴ GITRAMA GONZÁLEZ, M., "Derecho a la propia imagen hoy", en *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, Consejo General del Notariado, vol. VI, Madrid, 1988, págs. 356 y ss.

⁶⁷⁵ MACIAS CASTILLO, A., "El precio...", *cit.*, pág. 192

⁶⁷⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos...*, *cit.*, págs. 51 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, *cit.*, págs. 358 y ss.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *cit.*, pags. 92 y ss.

⁶⁷⁷ Como veremos más adelante en el epígrafe de los daños a la memoria del difunto tras la L0 1/1982, esta responsabilidad subjetiva ya no es tan pacífica ya que la doctrina se divide entre los que consideran que estamos ante aquélla y los que consideran que estamos ante responsabilidad objetiva.

delito que, como sabemos, se puede ejercitar ante la jurisdicción penal o reservarse posteriormente. De la misma manera que también podemos interponer una acción civil cuando estemos ante actos antijurídicos que lesionen los derechos al honor, intimidad e imagen, sin necesidad de que encajen en ningún supuesto de hecho penal⁶⁷⁸, por eso decimos que la protección civil es mucho más amplia⁶⁷⁹. Simplemente necesitaba como vimos una conducta activa u omisiva ilícita que cause un daño, de ahí el nexo causal. Así se protegían en nuestro Derecho los derechos de la personalidad a través de la correspondiente vía penal y de la civil gracias al art. 1902 del CC⁶⁸⁰.

Sin embargo, surgió otro problema al determinar si esa tutela podía ser independiente a la penal. Dificultad que expone DE CASTRO cuando afirmaba que era una denegación de la justicia el que: “Los daños causados a los bienes personales quedarían sin indemnizar cuando la culpa o la negligencia no eran penadas como delito o falta”⁶⁸¹. Como se dijo⁶⁸², estaban de acuerdo en que el Derecho Penal contenía los casos más graves de atentados a estos derechos, y si esto se añade a lo que algunos sostenían en cuanto a que no se podía reparar los daños morales, estaban desprotegidos estos derechos cuando no se podía acudir a la vía penal. Lo que en un principio se negó⁶⁸³, al final fue fácilmente superado por la doctrina⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ Como señala DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La protección de la personalidad en el Derecho Privado”, en *RDN*, 1974, págs. 85 y ss: “(...) quedan fuera del Derecho Penal muchas conductas que constituyen violación de los derechos de la personalidad y que, en consecuencia, generan “daño civil” y responsabilidad también civil (extracontractual o aquiliana). Por otro lado, hay que tener en cuenta que aun en los hechos constitutivos de delito o falta la acción de responsabilidad civil derivada de ellos puede ejercitarse separadamente, y a veces sin previo ejercicio de la acción penal (...)”.

⁶⁷⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 51 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, *cit.*, págs. 358 y ss; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La protección...”, *cit.*, págs. 73 y ss; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 93 y ss.

⁶⁸⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 30 y 50 y ss.

⁶⁸¹ DE CASTRO, F., “Los llamados...”, *cit.*, pág. 1269.

⁶⁸² DE ASIS GARCÍA SERRANO, F., “El daño...”, *cit.*, pág. 813.

⁶⁸³ SCOMAMIGLIO, R., “Il danno...”, *cit.*, págs. 277 y ss.

⁶⁸⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 51 y ss, además de distinguir y considerar como vimos que la tutela civil tiene una mayor extensión que la penal afirmaba que en Derecho español no parece que se pudieran dar esas dudas. Incluso en relación a la imagen señalaba: “Si la publicación o la difusión de la fotografía constituyen una injuria, en el sentido estricto del Código penal, será aplicable éste. En los demás supuestos, la reproducción y la difusión de la

Superado lo anterior, ante cualquier ataque al honor, intimidad o imagen de una persona, se accionaba dicho artículo⁶⁸⁵, ya fuera ante daños materiales como morales. Y se comprobaba la concurrencia de los requisitos anteriormente señalados. Eso sí, como ya señalaba CASTÁN TOBEÑAS en relación al honor, los autores advierten que esta protección: “abraza todas las manifestaciones del sentimiento de estima de la persona (honor civil, honor comercial, honor científico, literario, artístico, profesional, político, etc), y otorga al ofendido no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, cuando es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado”⁶⁸⁶. Es decir, consideraban ya entonces la posibilidad de prevenir el daño antes de tener que repararlo. En concreto GITRAMA ya señalaba que: “(...) la lesión que en la esfera de la personalidad de ésta produce tal ataque es realmente irreparable. Si el ordenamiento jurídico debe asegurar a la persona un

imagen, no justificada por razones de interés general, siempre que lesione el honor de la persona o, en términos más generales, le origine culposamente un daño material o moral, dará derecho a obtener la reparación debida, mediante la indemnización de daños y perjuicios, conforme al principio amplísimo del art. 1902 del Código civil”; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a, *La protección...*, *cit.*, pág. 709; GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Derecho...*, *cit.*, págs. 367 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, págs. 358 y ss.; DE CASTRO, F., *Temas...*, *cit.*, págs. 8 y ss.; DE ASIS GARCÍA SERRANO, F., “El daño...”, *cit.*, págs. 813 y ss., DIEZ-PICAZO, L., *Estudios...*, *cit.*, pág. 118; Con claridad lo expone PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 92 y ss., el autor hace un resumen precisando que un delito contra el honor conlleva una responsabilidad criminal y otra civil, que se puede acudir a la vía civil ante un ataque al honor de una persona aunque la conducta no reúna los requisitos que exige la ley para los delitos de calumnia y de injuria, “siempre que se trate de una conducta antijurídica de una persona que de alguna manera lesione el honor de un tercero (...) y es suficiente con que el sujeto lesione antijurídicamente el honor de una persona, para que el perjudicado pueda hacer valer las acciones conducentes a la protección del honor como derecho de la personalidad aunque la lesión del honor no reúna los requisitos de tipicidad y punibilidad que exige la ley penal”; HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, págs. 123 y ss.; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 152 y ss.

⁶⁸⁵Antiguamente junto con este artículo 1902 del CC, existía como tutela civil la acción de jactancia, recogida por Las Partidas, y que una de sus principales funciones fue la de defender a las personas por difamaciones, en CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, págs. 52 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, págs. 360 y ss. La misma se basaba como señala DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La protección...”, *cit.*, págs. 68 y ss, en: “provocar a autor de la afirmación para que entablase la acción judicial encaminada a declarar la veracidad de lo afirmado o para que, en caso 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”.

⁶⁸⁶CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos...”, *cit.*, pág. 51; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, págs. 358 y ss.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 93.

derecho como el que nos ocupa, un derecho de la personalidad, la tutela primaria ha de tener un carácter preventivo; tendrá que impedir toda actividad lesiva de aquel derecho, y solo muy indirectamente la eventualidad de un resarcimiento de los daños causados por el atentado constituirá un estímulo al respeto del derecho de cada persona a su imagen. Que el resarcimiento de daños no tiene una relevancia esencial en nuestro caso lo prueba el que cabe imaginar atentado al derecho a su imagen de alguna persona sin que haya daños valorables y, por tanto, al parecer, sin posible pretensión a su resarcimiento. La violación del derecho a la propia imagen es siempre un ilícito en sí misma, independientemente de que haya o no producido daños tangibles. Ya ella misma, tal violación, implica un daño a la personalidad e implica también la posibilidad de otros daños, ya morales como aquél, ya materiales (...) repetimos, que la tutela esencial y primaria del derecho a la propia imagen deba consistir en evitar que la publicación se haga o en que inmediatamente cese la ya iniciada”⁶⁸⁷.

Aunque consideraban que tenían una eficacia limitada, siendo la vía de prevención más importante la contenida en la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966⁶⁸⁸, donde el artículo 2 reconocía el derecho de réplica como límite al derecho a la libertad de expresión e información versus honor⁶⁸⁹. Sobre esto volveremos más adelante.

En sede de la memoria del difunto no hay una normativa específica en vía civil que expresamente protegiera a la memoria del difunto a lo que en vida fue su derecho al honor, a la intimidad o propia imagen. Esto no significa que a nivel doctrinal no hubiera voces, pocas, que reconocieran la necesidad de proteger la *memoria defuncti* en estos casos. Afirmaban lo ya anteriormente explicado, que aunque los derechos de la personalidad se extinguían con la

⁶⁸⁷GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Imagen...”, *cit.*, pág. 364; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, *cit.*, págs. 59 y ss., ya exponía las diferentes medidas preventivas que se podían adoptar.

⁶⁸⁸ Ley que sigue en vigor derogada solo en parte. En concreto con respecto a la réplica y rectificación está derogada.

⁶⁸⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 93 y ss.

muerte y no son transmisibles a los herederos, éstos y los parientes tenían un derecho, incluso un deber, de oponerse a la difamación en la memoria del difunto sobre todo si además supone un ataque a la reputación personal de ellos que causa un daño, haya o no haya intención de dañar. Defendían la necesidad de tutelar la memoria de los que ya no están, reclamando que la moral, el orden público o la ley exigieran una reparación⁶⁹⁰.

Uno de los autores que más explícitamente abordaron el tema del daño y la *memoria defuncti* en la época anterior a la LO 1/1982, fue de ASÍS GARCÍA SERRANO, cuando afirmaba que al extinguirse la persona ya no existía ese otro al que alude el art. 1902 del CC, por lo que en principio parece que se tenía que descartar la aplicación de dicho precepto ante daños a la memoria de los difuntos. Argumento que al autor no le parecía apropiado. Sostenía que: “La lógica nos dice que la memoria del difunto, esto es, aquel conjunto de cualidades que le hacían respetado y querido, no desaparece con su muerte. Anudándose tales cualidades más que a su cuerpo a su alma, y perviviendo ésta, aquéllas en cierto modo perviven, y repugna al sentir social que tales cualidades sean puestas, impunemente en entredicho. El problema queda paliado cuando del daño a la memoria del difunto se deriva daño a otro”, es decir, daba como solución a la protección de la memoria del fallecido la existencia de la extensión de ese daño a los parientes del finado. En esos casos consideraba posible que los parientes dañados acudieran al art. 1902 del CC. Y para el caso en el que el daño a la memoria no se extendiera a los parientes, siempre se podría acudir a la vía penal a través del mencionado art. 466 del CP. Eso sí, matizaba que no es apropiado solicitar una indemnización cuando no se alega un daño, por lo que lo que quedaría para reparar el mismo es una reparación en forma específica⁶⁹¹. Como vemos, veía factible una protección a la *memoria defuncti* cuando se expande el daño a otros, y cuando es solo a la memoria puntualizaba que no cabría solicitar resarcimiento, pero sí reparación *in natura* o específica. Es el

⁶⁹⁰ GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Derecho...”, *cit.*, pág. 33, dicho autor realiza un valiosísimo estudio sobre el derecho a la imagen mencionando como vemos a la memoria de los difuntos, ya en esa época.

⁶⁹¹ DE ASÍS GARCÍA SERRANO, F., “El daño...”, *cit.*, págs. 850 y ss.

primer texto que hemos encontrado que afronta directamente el tema de la protección a la memoria de los que ya no están.

A nivel jurisprudencial, se protegía legitimando a los allegados, afectados por la pérdida del familiar, que dependían económica y socialmente de la víctima⁶⁹².

La primera sentencia que encontramos donde en principio el actor está vivo y fallece posteriormente antes de recurrir en apelación, relativa al honor, es una STS de 7 de noviembre de 1919 (por cierto de la jurisprudencia civil). Se trataba de una publicación en el periódico *La Tribuna* del día 25 de octubre de 1912 donde al demandante, D. Francisco Albalat Navajas le dedican un artículo que literalmente dice: “El Sr. Albalat es el más rico del pueblo, el más extravagante, el menos querido, el más dadivoso. El Sr. Albalat fue secretario particular del Sr. D. Carlos VII. Por amor a la real persona del fallecido pretendiente contrajo con una dama a quien no había de conocer íntimamente jamás y de la cual el señor de la boina conocía toda suerte de señales y pelos (...) Murió D. Carlos y vino a España su secretario. Murió su honoraria esposa y trájose a Caudete su cadáver. Y dice este viejo charlatán que me cuenta la historia que para honrar y perpetuar el nombre de la difunta el Sr. Albalat ha construido esta manzana de casas pobres, a los que exige al habitarlas el cumplimiento de una sola obligación: que ha de quedarse con una llave para entrar en ellas cuando le apetezca. El antiguo secretario de D. Carlos quiere repetir colectivamente la hazaña de su señor; pero en Caudete no encajan las óperas vienesas”. Ante esto, el mismo demanda a Federico Albaladejo Bravo, autor del artículo, y a D. Salvador Cánovas Cervantes como Director y propietario de dicho periódico. Se acreditó que en noviembre de ese mismo año, 1912, se publicó en el mismo periódico otro artículo donde alababan al Sr.

⁶⁹² ESPIN CÁNOVAS, D., “La defensa post mortem de la vida reservada en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Cánovas*, Centro de Estudios Registrales, t. I, 1988.

Alabat y justificando que habían publicado lo anterior porque con el apresuramiento diario no fue revisado el original, sin imaginar que el Sr. Albaladejo se extralimitara en dicho artículo objeto de la demanda. El juez de Primera Instancia condenó a D. Federico Albaladejo a pagar la cantidad de 10.000 pesetas como indemnización de los perjuicios causados y como responsable subsidiario condenó a D. Salvador Cánovas. Mandando publicar la sentencia en dicho periódico *La Tribuna*, en otros dos periódicos de mayor circulación de Madrid y en otro de cada una de las capitales de Murcia y Valencia. Sentencia que fue recurrida por Albaladejo y donde se acredita que el actor, Francisco Albalat había fallecido. En esta segunda instancia, se personó la viuda del mismo, Dña. Dolores Golf y D. Emigdio Albalat padre del fallecido y representante del hijo del difunto y la mujer. La Audiencia condenó nuevamente a Albaladejo a pagar 20.000 pesetas, subsidiariamente a Cánovas, así como a la publicación de la sentencia en el periódico, en cinco más de Madrid y uno en Barcelona, en Valencia y en Bilbao a elección del actor. Albaladejo recurre en casación. Argumentando básicamente que el art. 1902 del CC sólo se refiere a los daños materiales, que no se probaron realmente los daños y su cuantía. El TS zanja la cuestión delirando no haber lugar al recurso, afirmando que los daños y perjuicios: “(...) comprende cuantos hubiese sufrido el agraviado, y no limita en la persona a los corporales ni a la mera preparación de las cosas (...), sino que, por el contrario, respecto de éstas últimas, el art. 123 del CP expresa que, para la valoración del daño, atenderán los Tribunales, además de los perjuicios de la cosa, al de afección del damnificado, y el art. 124 del CP extiende la indemnización de perjuicios a los ocasionados a la familia del ofendido; y estas reparaciones de carácter moral son la principal responsabilidad civil en los delitos contra el honor y buen crédito de las personas (...) por haber ejercitado, en este caso, el demandante la acción judicial que nace del delito de injurias, renunciando a la penal, sólo puede combatirse aquella estimación citando disposiciones legales que nieguen valor jurídico a los distintos elementos de prueba (...)”. Lo importante de esta sentencia para nuestro estudio es que se renuncia a la protección penal y acude a la civil donde se legitima a los

familiares del fallecido para continuar defendiendo el honor del mismo. Uno de los supuestos contemplados en el art. 6. 2 de la LO 1/1982.

No obstante, la primera sentencia que encontramos del Tribunal Supremo que estudia la protección y reparación de la memoria de los difuntos en sentido estricto, esto es, cuando el daño se produce a un ya fallecido, es la sentencia de 28 de octubre de 1986. El caso Paquirri, que posteriormente fue objeto de estudio ante el TC con fecha de 2 de diciembre de 1988.

El inicio de una regulación específica a nivel civil para la memoria del difunto viene de la mano de la CE. Es cierto que en ningún momento la misma reconoce esta protección *post mortem*, pero al ocuparse de la intimidad familiar implícitamente creemos que reconoce la necesidad de proteger estos derechos más allá de la vida de los miembros de dicha familia⁶⁹³. Y sobre todo, esta defensa se concreta, tras la CE, en la LO 1/1982 donde por primera vez encontramos una norma expresa relativa a la defensa civil de la memoria del difunto⁶⁹⁴.

4. 1. 2. El daño a la *memoria defuncti* tras la LO 1/1982.

Desde el reconocimiento jurisprudencial y doctrinal del daño moral y su reparación se han ido elaborando diferentes normas especiales que prevén la existencia del mismo, así como la forma de repararlo. Leyes que tipifican diferentes ilícitos civiles con diferentes formas de reparación⁶⁹⁵. Por tanto,

⁶⁹³ En palabras de ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, pág. 876: “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. núms. 1 y 4), 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 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”.

⁶⁹⁴ ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, pág. 876; ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 223.

⁶⁹⁵ Seguimos la opinión de MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 277, cuando afirma con respecto a la diferencia existente entre las leyes especiales a la hora de reparar el

tenemos la regla general de la atipicidad del daño contenida en el art. 1902 del CC y la tipicidad del mismo contenida en las leyes especiales. Las dos vías persiguen reparar el daño que se causa injustamente y ambas forman parte del derecho de daños⁶⁹⁶.

La *memoria defuncti* y los derechos de la personalidad se han pasado a regular expresamente en la LO 1/1982. La misma, accesoriamente, también se ocupa de la reparación del daño a tales derechos y a la memoria de los difuntos a través del art. 9. Decimos accesoriamente porque no podemos olvidar que no es una ley especial de responsabilidad civil⁶⁹⁷ y sin embargo es en relación a la reparación de estos daños donde más controversia se ha originado desde un principio además de ser una de las grandes novedades que se incluyeron en dicha ley⁶⁹⁸.

El primero de los apartados del artículo 9 de dicha ley⁶⁹⁹ establece que dichos derechos, incluida la memoria del difunto, se protegerán por las vías procesales ordinarias. Éstas abarcan tutela penal, contenciosa-administrativa y civil. Por supuesto, y conforme a lo que hemos señalado anteriormente, la *memoria defuncti* de entre las tres acciones que comprende la tutela judicial ordinaria sólo puede protegerse civilmente ya que la Administración no puede dañar la memoria con actos que supongan una vulneración a unos derechos de la

daño que: “Es imprescindible exigir al legislador que a la hora de crear normas especiales sea consecuente con el marco general establecido en la legislación vigente, pues, de lo contrario, y a menos que esté plenamente justificado, estaremos resolviendo de modo radicalmente distinto supuestos que no lo son”.

⁶⁹⁶ Estamos de acuerdo con MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 272 cuando subraya que son caminos diferentes pero que deben llevar al mismo punto que es la reparación del daño injusto. El legislador da la opción de elección y no deberían producirse contradicciones entre una y otra. Esto no quiere decir que las formas de reparación sean las mismas, sino que sean coherentes.

⁶⁹⁷ MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 193.

⁶⁹⁸ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 232; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 400.

⁶⁹⁹ En concreto dispone que: “La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

personalidad extinguidos con la muerte, ni ser sujeto pasivo de calumnias o injurias con la subsiguiente acción penal y civil derivada del delito⁷⁰⁰.

Este art. 9.1 también comprende las vías establecidas de protección de los derechos fundamentales, esto es, a través del procedimiento fijado en el art. 53. 2. de la CE, ya sea ante los Tribunales ordinarios o ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Esta vía de tutela no comprende, en principio, la protección de la memoria del difunto, aunque nosotros sostenemos, como vimos en capítulos anteriores, que perfectamente podría extenderse esta protección y de hecho así se empieza a ver en la jurisprudencia⁷⁰¹.

Una de las novedades que más debate ha originado que introdujo esta LO 1/1982 que anteriormente comentábamos, es la presunción contenida en el art. 9. 3 de dicha LO1/1982. Este artículo ha roto con el sistema tradicional comprendido en el art. 1902 del CC, donde toda la responsabilidad civil gira en torno al daño y una vez probado el mismo se pasan a estudiar los demás requisitos, es decir, si ese daño causado a la víctima “es casualmente consecuente con la conducta activa u omisiva de otro (el responsable), que resulta imputable por razón de culpa, riesgo u otros elementos”⁷⁰². Es cierto, que con el paso del tiempo la culpa se fue presumiendo y se empezó a invertir la carga de la prueba cuando el daño estaba más que acreditado, pero nunca se había llegado a presumir el daño.

⁷⁰⁰ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 26.

⁷⁰¹ Nos remitimos al cap. III, apartado 3. 4. 6 donde estudiamos la protección de la *memoria defuncti* en vía constitucional.

⁷⁰² Esquema de responsabilidad civil que ya hemos apuntado pero por su importancia y claridad en la definición consideramos necesario reiterar, en LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 5.

4. 1. 3. La presunción del daño en la LO 1/1982

El art. 9.3 de dicha LO dispone que: “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización de 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”.

Antes de analizar esa presunción del daño conviene destacar que por primera vez una ley civil determina expresamente la necesidad de indemnizar un daño moral⁷⁰³ (además de reconocer también por primera vez la necesaria protección y reparación ante daños a la *memoria defuncti*). Pero como decimos, lo más destacado de este art. 9.3 LO1/1982 es esa presunción de daño.

Probablemente estemos ante uno de los artículos más controvertidos de esta LO⁷⁰⁴ y que genera muchos interrogantes. Los primeros: ¿qué tipo de daños presume el precepto? ¿Morales y patrimoniales o sólo los morales? Ya que si seguimos el tenor literal del artículo no se precisa si lo que se presume es exclusivamente el daño moral o si se puede extender también al daño patrimonial⁷⁰⁵.

La doctrina se divide entre lo que consideran que la presunción se extiende tanto al daño moral como al daño patrimonial⁷⁰⁶ y los que entienden que sólo

⁷⁰³ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 400.

⁷⁰⁴ Como señala ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 283, este artículo genera dudas tanto por lo que dice como por lo que no dice.

⁷⁰⁵ HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 267; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 284.

⁷⁰⁶ GITRAMA GONZÁLEZ, M., “El derecho a la propia imagen hoy”, en Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, Consejo General del Notariado, vol. VI, Madrid, 1988, pág. 249; DE COSSÍO, M., *Derecho al honor...*, *cit.*, pág. 70; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad...*, *cit.*,

abarca al daño moral. Nosotros compartimos esta segunda opinión. Sin duda, el daño a los derechos de la personalidad es principalmente moral⁷⁰⁷, esto no quiere decir que no puedan participar los patrimoniales pero no se incluyen en la presunción⁷⁰⁸ contenida en el art. 9.3 de la LO 1/1982. Estos daños patrimoniales, contemplados expresamente en el CC, en los arts. 1902 (reparar el daño causado en sede de responsabilidad extracontractual) y 1101 (indemnizar los daños y perjuicios en sede contractual)⁷⁰⁹ se acreditarán siguiendo lo establecido en nuestro derecho de daños para probar los mismos⁷¹⁰, por tanto no se presumen en ningún caso.

En relación a la memoria del difunto, ni que decir tiene que sólo pueden ser daños de índole moral. Y precisamente estos daños morales son mucho más difíciles de probar que los patrimoniales como ya señalamos anteriormente, de ahí que sigamos la opinión defendida por parte de la doctrina de que el legislador, con esta presunción, ha preferido presumir el daño moral ante la dificultad de probar el mismo. Acreditar daños basados en la angustia, intranquilidad, ansiedad, etc., que no se pueden valorar económicamente en términos de mercado⁷¹¹, es la explicación que ha podido llevar al legislador a

págs. 202 y ss.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 171.

⁷⁰⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, *cit.*, pág. 675.

⁷⁰⁸ GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, *cit.*, pág. 140.

⁷⁰⁹ LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 5.

⁷¹⁰ MARTIN CASALS, M. Y SALVADOR CODERCH, P., “Comentario a la STS de 18 de abril de 1989”, en *CCJC*, 1989, pág. 757 y ss; MARTIN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en *Centenario del Código civil*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág. 270; HERRERA-TEJEDOR, F. *Honor...*, *cit.*, pág. 267; AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 219; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 284; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 232; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 401.

⁷¹¹ MARTIN CASALS, M. Y SALVADOR CODERCH, P., “Comentario...”, *cit.*, pág. 757. Añaden los autores que la presunción podría explicarse: “(...) tanto por la dificultad de su prueba y cuantificación, como porque los costes que provocaría la obtención de la información podrían ser tan desmesurados que convertirían a la prueba en algo económicamente prohibitivo”; En el mismo sentido, HERRERA-TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 267, afirma que los agravios a los derechos de la personalidad son: “(...) mucho más difíciles de probar que los perjuicios en sentido patrimonial. De ahí que el legislador haya querido facilitar la acreditación de su existencia con una presunción a su favor. Por el contrario, presumir los daños patrimoniales tiene menos sentido: aquí sí que cabe una cuantificación, y el acreditamiento del montaje de la misma equivale, evidentemente, al de su existencia”; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*,

incorporar esta presunción. Y como este problema no existe en los daños patrimoniales, reiteramos que los mismos no tienen por qué alejarse de las normas establecidas en el derecho de daños⁷¹².

Por su parte, la jurisprudencia también ha considerado que los daños morales se presumen y los patrimoniales deben ser probados. Así lo determina la STS de 25 de noviembre de 2002. Se trataba el caso de una serie de reportajes publicados en una revista, que suponían una intromisión ilegítima en la intimidad y propia imagen de una modelo española. En uno de los reportajes la modelo no prestó el consentimiento para publicar unas fotos de estudio y en otro reportaje se suplantó su imagen por la de otra persona atribuyendo a la modelo comportamientos ajenos. Se alega en casación, por parte de los condenados, que en primera instancia se vulneró el art. 9.3 de la LO 1/1982 ya que sostienen que en primera instancia se les condenó a indemnizar unos daños patrimoniales que la modelo no había probado. El Tribunal Supremo falló a favor de ellos, determinando que para indemnizar los daños patrimoniales estos han de probarse. En concreto establece el TS que: “La respuesta casacional a este motivo ha de ser la de su estimación por lo que respecta a la condena a indemnizar daños materiales, ya que para ello han de ser probados, no basta con las alegaciones de carácter general que realiza la actora sobre el desprestigio que la publicación de las fotografías supone para su profesión de modelo. La sentencia recurrida no deja de reconocerlo al declarar que: "(...) tampoco la actora efectuó un pormenorizado detalle de aquellas contrataciones que pudieran haberse visto truncadas por el falaz reportaje de autos, y ni siquiera cifró los perjuicios materiales en razón de su volumen de negocios pasados y del previsible de no haber mediado tal publicación (...)". Lo que sorprende es que estas afirmaciones probatorias no lleven a la Audiencia a desestimar la petición

págs. 232 y ss., recoge lo dispuesto en la STS de 6 de diciembre de 1912, primera en reconocer una indemnización por daños morales, que al establecer que el honor, la honra, la fama de la mujer componen los bienes sociales de mayor estima, su reparación se puede requerir sin esperar a que se manifiesten, no como en los patrimoniales, lo que supone que su existencia es consecuencia necesaria de la lesión en el derecho producida; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, págs. 284 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 401.

⁷¹² ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 285.

de indemnización por daños materiales, sino a destacar "la trascendencia segura --aunque imprecisa-- que en la explotación publicitaria de su imagen provocó el segundo reportaje de DIRECCION002, para otorgar a la actora una indemnización fijada "prudencialmente" en 10.000.000 ptas. Carece de toda consistencia --que no se la puede dar el adverbio-- tal obligación de reparar que se quiere cobijar al parecer bajo el concepto de "daños morales impropios", pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esa intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como tal han de ser tratados. La moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión sólo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio. La más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad”.

Consideramos que el hecho que concurren daños patrimoniales junto a los morales en los derechos de la personalidad es lo que ha originado el diferente significado que ha dado la doctrina en relación a la presunción contenida en este art. 9.3 según se entienda si se refiere a daños morales o también a los patrimoniales⁷¹³.

Y aquí llegamos a una de las cuestiones todavía no resueltas en relación a esta presunción, ¿se trata de una presunción *iuris tantum*? o ¿estamos ante una presunción *iuris et de iure*? Sobre este asunto existe disparidad de opiniones. Algunos autores vinculan la resolución de este problema a la naturaleza de los daños⁷¹⁴, es decir, consideran que para los daños patrimoniales la presunción es *iuris tantum* y para los morales es *iuris et de iure*⁷¹⁵.

⁷¹³ HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 267.

⁷¹⁴ ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 286.

⁷¹⁵ GITRAMA GONZÁLEZ, M., “El derecho...”, *cit.*, pág. 249; DE COSSÍO, M., *Derecho...*, *cit.*, pág. 73, en concreto sostiene que: “(...) habrá, por tanto, siempre un daño moral, presunción *iuris et de iure*, pero podrá haber otros perjuicios materiales además, según la agresión haya tenido

Por otro lado, los que consideran que la presunción contenida en el art. 9.3 de la LO 1/1982 sólo abarca a los daños morales, adoptan diferentes posturas al respecto. Para algunos, esta presunción de daño moral es *iuris et de iure*. Estiman que probar los daños morales es una *probatio diabólica* que inclina a pensar que se aproxime más a una presunción *iuris et de iure* cuando se prueba la intromisión ilegítima⁷¹⁶. Otros consideran que estamos ante una presunción *iuris tantum*⁷¹⁷, opinión con la que estamos de acuerdo. El art. 9.3 de la LO 1/1982 contiene una presunción de daño moral y esa presunción es *iuris tantum*. Aclara ALONSO PÉREZ que el causante del daño: “Puede acreditar que su intromisión, aun siendo ilegítima, no ha engendrado daño. Cuando se publicó la LO 1/1982, esta posición no ofrecía duda, pues el art. 1251 CC, hoy derogado señalaba: “Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”. Es la misma enseñanza que en la actualidad mantiene, en sustitución de la vieja norma del Código Civil, el art. 385.3 LEC. El art. 9.3 no prohíbe expresamente la prueba de *adverso*. Sin duda alguna, la presunción de que el daño se ha producido por el hecho de acreditarse la intromisión ilegítima es una presunción *iuris tantum*⁷¹⁸”.

Junto a este argumento también podemos añadir que es perfectamente posible que existan intromisiones ilegítimas a algunos de estos derechos, incluida la *memoria defuncti*, y que sin embargo no produzcan daño moral alguno porque existen causas que justifican dichas intromisiones⁷¹⁹. Por eso es importante que se considere que esa presunción es *iuris tantum*, porque el nuevo

repercusión indirecta en el patrimonio del ofendido, presunción esta última que únicamente jugará *iuris tantum*”; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Honor...*, *cit.*, pág. 171.

⁷¹⁶ Entre otros, MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, pág. 1264; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 234.

⁷¹⁷ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 29; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 202; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 401.

⁷¹⁸ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 29.

⁷¹⁹ Díez PICAZO, L., *Derecho de Daños...*, *cit.*, pág. 328; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 202; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, págs. 287 y ss; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 400 y ss.

derecho de daños se dirige a proteger a la víctima. El hecho de que el art. 9.3 de la LO 1/1982 presuma el daño moral es debido a la dificultad de probar el daño moral a esos derechos y a la memoria del difunto, pero en ningún caso se puede pedir responsabilidad civil por un daño que no existe. Se puede presumir el daño pero habrá que probarlo⁷²⁰.

Es cierto que, en ocasiones, parece que de la realización de algunas de las intromisiones ilegítimas contenidas en el art. 7 de la LO 1/1982 debiera considerarse que automáticamente generan un daño, tal y como ya se ha señalado⁷²¹. Por ejemplo, el caso de la colocación de dispositivos de grabación en una casa, puede considerarse que automáticamente causa un daño debido a la dificultad de demostrar que no causó un daño. En este caso, por la gravedad y rechazo que genera, reiteramos que se podría pensar que el daño existe. Otra cosa es que el juez, en el caso de no haber grabación lo tenga en cuenta para la indemnización⁷²². Nosotros no estamos de acuerdo. Desde el momento en el que admitimos que pueden existir intromisiones ilegítimas que no causen daño alguno esa presunción es *iuris tantum*⁷²³. De admitir lo contrario, estaríamos afirmando que puede existir responsabilidad sin daño, y que se respondería por una intromisión ilegítima pero no dañosa, lo que como bien señala ATIENZA NAVARRO, transformaría la indemnización en una sanción civil⁷²⁴. Es decir, una cosa es que debido a la dificultad de probar los daños morales el art. 9.3 de la LO 1/1982 introduzca una presunción de daño moral siempre que venga precedido de la realización de alguna intromisión ilegítima del art. 7 (o análoga ya que es *numerus apertus*) y otra es que no se pueda desvirtuar esa presunción. Algo básico en nuestro derecho de daños. Sin embargo, conviene matizar

⁷²⁰ Como señala DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños...*, *cit.*, pág. 329, el concepto estricto de daño moral exige: “(...) que este tipo de daño no sea simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas...entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba”.

⁷²¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 400 y ss.

⁷²² Para el resto de casos, YZQUIERO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 400, subraya el autor que en la mayoría de los supuestos la presunción de daño moral es *iuris tantum*.

⁷²³ Como señala, ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 287, si admitiéramos que toda intromisión ilegítima siempre lleva aparejado un daño moral, la presunción contenida en el art. 9.3 LO 1/1982, sería *iuris et de iure*.

⁷²⁴ ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 287.

brevemente que es manifiesta la dificultad del demandado para probar que no existió daño y, en la práctica, es en el momento de la valoración del daño cuando verdaderamente se va a constatar la existencia de ese daño que previamente se ha presumido⁷²⁵.

Distinto es que ante dicha intromisión ilegítima que no causa ese daño moral se puedan adoptar otras medidas de protección como la tutela inhibitoria.

El tercero de los interrogantes que contiene esa presunción de daño moral del art. 9.3 de la LO 1/1982 y que menos interés ha generado en la doctrina es acerca del carácter subjetivo u objetivo de la misma ya que dicho artículo no lo aclara. Lo que ha llevado a diversos autores⁷²⁶ ha considerar que estamos ante una responsabilidad objetiva, donde solamente se va a exigir la acreditación de una intromisión ilegítima de las contenidas en el art. 7 de dicha LO o intromisiones análogas, y el daño que se va a presumir causado por éstas, sin considerar la concurrencia de culpa o negligencia del autor de la intromisión ilegítima.

En efecto, dicho art. 9.3 de la LO 1/1982 no hace referencia a la causa por la que se responde, es decir, si es por culpa o riesgo⁷²⁷. Por tanto, lo que antes de la LO 1/1982 no generaba ningún tipo de dudas a través de la protección del art. 1902 del CC (es decir, la responsabilidad extracontractual o aquiliana, en la que se requería la existencia de un daño, su prueba y la culpa del dañador, ya que estamos ante una responsabilidad subjetiva, así como los demás requisitos) pasa

⁷²⁵ En palabras de MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 203: “¿Cómo combatirá el demandado la consecuencia inmediata de esta presunción legal? Evidentemente con serias dificultades, pues desvirtuar esta presunción se convierte básicamente en una *probatio diabólica* que, en la práctica, hace que sea en la cuantificación de ese daño, donde realmente se debata la existencia misma de ese daño presumido. No obstante, aunque en ocasiones se alcancen resultados similares, desde el punto de vista de la técnica jurídica no es en absoluto indiferente, pues nos estamos refiriendo a dos pasos o momentos distintos del análisis: si existe daño (moral) en primer término (*an respondeatur*), y cual es el alcance (el *quantum respondeatur*) de ese daño, en segundo lugar”.

⁷²⁶ Entre otros, O'CALLAGHAN MÚÑOZ, J., *Libertad...*, *cit.*, pág. 202; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, pág. 189; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II, Bosch, Barcelona, 2002, págs. 951 y ss.

⁷²⁷ ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 297.

a protegerse tangencialmente, la reparación del daño moral del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la memoria del difunto, en una norma, la LO 1/1982 que parece que rompe con la máxima y el esquema tradicional de que sin daño no hay responsabilidad⁷²⁸ al contener esa presunción de daño el art. 9.3 y no pronunciarse sobre la naturaleza de la misma.

Ya mencionamos previamente que lo máximo a lo que se había llegado en la responsabilidad civil es, en concreto en la responsabilidad objetiva: “a dar por probada la culpa o negligencia, e incluso a prescindir de ella como factor de atribución de la responsabilidad”⁷²⁹, pero nunca se había llegado a presumir el daño. Ahora, cuando se pruebe la existencia de una intromisión ilegítima, de las contenidas en el artículo 7⁷³⁰ de la LO 1/1982⁷³¹ se presumirá que hay daño⁷³².

⁷²⁸ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico...*, t. I, vol. I, cit., pág. 293; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, cit., pág. 202 y ss.

⁷²⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, cit., pág. 400.

⁷³⁰ Artículo que es *numerus apertus*, en HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, cit., pág. 143; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, cit., pág. 202.

⁷³¹ Este artículo 7 de la LO 1/1982 dispone que: “Tendrán consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta ley: Uno. 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. Dos. 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. Tres. 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. Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. Cinco. 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 octavo, dos. Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Siete. 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. Ocho. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas”.

⁷³² Siempre que no concurran las excepciones del art. 8 de dicha LO 1/1982 como veremos más adelante.

A través del artículo 1902 del CC, se requería que la víctima probase la existencia de culpa por parte del autor del daño, culpa en el sentido de voluntad de dañar o por negligencia, descuido.

Cuando se inicia la industrialización y se empiezan a generalizar los daños, empieza a resultar difícil en ciertos ámbitos este tipo de responsabilidad por culpa. En palabras de LLAMAS POMBO: “El problema fundamental consistiría en decidir quién debe soportar la carga del daño, el perjudicado o el causante del mismo, al margen de que este último haya obrado con la máxima diligencia, de forma cautelosa y consciente del riesgo inherente a su actividad”⁷³³. Por lo que, como ya comentamos, aparecieron nuevas leyes donde ya no se basaban en la responsabilidad por culpa, sino en el riesgo⁷³⁴, hay que reparar el daño porque se ha ocasionado, independientemente de la existencia o no existencia de culpa. Esto es lo que se ha llamado responsabilidad objetiva, sin culpa o por riesgo⁷³⁵ que ha llevado a una evolución en la aplicación de la responsabilidad aquiliana clásica que se fija más en la protección de las víctimas, que ha supuesto una cierta objetivación del 1902 del CC. Esto no quiere decir que se haya aparcado la clásica responsabilidad por culpa, sino que se advierte cierta objetivación en la aplicación de la responsabilidad aquiliana al favorecer a las víctimas y hacer que el responsable del daño pruebe que no fue su culpa la que produjo el resultado dañoso o al afirmar en ciertos casos que la culpa se presume o al exigir una escrupulosa diligencia para todos y cada uno de los actos realizados⁷³⁶, pero sigue siendo responsabilidad civil subjetiva. Se evolucionó, por tanto, en esta idea invirtiendo la carga de la prueba⁷³⁷. En la responsabilidad objetiva se da por probada la culpa o negligencia sin más, o se excluye a la hora de determinar la

⁷³³ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., págs. 19 y ss.

⁷³⁴ Un amplio estudio de la transformación de la responsabilidad civil, es decir, de la tendencia objetivadora lo encontramos en, CAVANILLAS MUGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil*, Aranzadi, Pamplona, 1987, págs. 21 y ss., también en DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., págs. 101 y ss.

⁷³⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, cit., págs. 16 y ss.

⁷³⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, cit., pág. 18.

⁷³⁷ También HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, cit., pág. 141, señala: “(...) la exigencia de la culpabilidad ha ido desdibujándose, a base de presumirla en el agente cuando el daño ya está acreditado, e invertir la carga de la prueba”.

responsabilidad, pero no significa que podamos afirmar que probada la intromisión ilegítima haya daño⁷³⁸.

Ante este escenario, la doctrina se plantea que si a pesar de esa presunción de daño, él mismo requiere para su reparación, la culpa (como sucedía antes de la entrada en vigor de la LO 1/1982) o si por el contrario como señalamos anteriormente al no mencionar nada el art. 9. 3 se refiere a la responsabilidad objetiva.

Los que defienden el carácter objetivo de esta presunción alegan que en ningún momento habla de culpa o dolo. Si existe una intromisión ilegítima a estos derechos o incluso a la memoria del difunto, nace objetivamente la obligación de reparar el daño ya que se presume el mismo⁷³⁹. Pero esta cuestión no es en absoluto pacífica. Tenemos que partir de la consideración de que la LO 1/1982 no es una ley expresa sobre responsabilidad civil⁷⁴⁰, es básica para el Derecho de la persona⁷⁴¹ y conlleva, como decimos, significativas notas para el derecho de daños, pero no es estrictamente una norma *ad hoc*. No estamos ante una de las leyes especiales de responsabilidad civil que como ya se ha dicho, han ido surgiendo. Reiteramos que esta presunción del daño es lo que ha generado la diversidad de opiniones entre los que consideran que se trata de una responsabilidad objetiva⁷⁴², y entre los que consideran que esta responsabilidad es subjetiva.

Los que afirman que es una responsabilidad objetiva, y por tanto no es necesaria la existencia de culpa, ni de antijuricidad, simplemente estaríamos

⁷³⁸ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 29.

⁷³⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho...”, *cit.*, pág. 1559.

⁷⁴⁰ En concreto señala MACIAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 204, que: “(...) no puede olvidarse que la Ley orgánica 1/1982 no es una norma de responsabilidad extracontractual, aunque el art. 9 merezca por su especialidad otra consideración”.

⁷⁴¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 315.

⁷⁴² GRIMALT SERVERA, P., *La Protección civil...*, *cit.*, pág. 143; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión...*, *cit.*, pág. 202; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho a la imagen...*, *cit.*, pág. 375; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 29, IZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 400, entre otros.

ante una actividad creadora de un riesgo. Consideran necesaria la existencia de una intromisión ilegítima, es decir, el centro de esta responsabilidad es el daño en sí y subrayan que basta la existencia de un daño a cualquiera de los derechos contemplados en esta Ley Orgánica o a la memoria del difunto para que nazca la obligación de reparar el daño.

Por otro lado, los que consideran que esta responsabilidad es subjetiva, es decir, apoyan la necesidad de existencia de culpa del dañador para el nacimiento de responsabilidad⁷⁴³ alegan que a pesar de esas particularidades que mencionábamos antes que contiene la LO 1/1982, en realidad consideran que el art. 9. 3 realmente es un desarrollo parcial del principio general comprendido en el art. 1902 y concordantes del CC, y que por tanto se aplicará la responsabilidad aquiliana en lo relativo a esta LO 1/1982, en aquello que no haya regulado explícitamente⁷⁴⁴. O lo que es lo mismo, entienden que la culpa se mantiene como principio general, salvo lo dispuesto expresamente como responsabilidad objetiva por el legislador⁷⁴⁵, que por tanto, la responsabilidad objetiva sólo se puede establecer por el legislador, y no por el intérprete⁷⁴⁶. Justifican la necesidad de la culpa en este campo por varias razones, desde por su significado, por su carácter general con respecto a la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva y desde su carácter expansivo del CC⁷⁴⁷. Por lo que, en definitiva consideran aplicable la responsabilidad subjetiva y exigible una conducta activa u omisiva, culpable, antijurídica, es decir, que esa intromisión no se apoye en una de las causas de justificación contenidas en el art. 8 de la LO 1/1982, o en la propia CE o de principios generales del derecho o casos de

⁷⁴³ Entre otros defienden esta postura: HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, págs. 225 y ss; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Honor...*, *cit.*, págs. 107 y ss; ROVIRA SUERIO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 223 y ss.

⁷⁴⁴ Considera HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 143, que no puede ser de otra forma a tenor del art. 1090 del CC, el mismo establece que: “Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que los hubiera establecido; y, en lo que ésta no hubiera previsto, por las disposiciones del presente libro”. Y las disposiciones del Capítulo II, del Título XVI son, argumenta, aplicables a la LO 1/1982.

⁷⁴⁵ Por ejemplo, la Ley de Navegación Aérea, La Ley del Automóvil...etc.

⁷⁴⁶ HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 330; ROVIRA SUERIO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 232.

⁷⁴⁷ ROVIRA SUERIO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 226 y ss.

fuerza mayor. Y la relación de causalidad entre la conducta y el daño⁷⁴⁸. En palabras de CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ: “(...), en los atentados contra bienes y derechos de la personalidad, como son el honor, la intimidad y la propia imagen, no entiendo aplicables las tesis objetivadoras apuntadas, al no participar o incardinarse aquéllos en parcelas de actuar humano que supongan circunstancia alguna de riesgo o peligro, sin olvidar que el artículo en cuestión, nunca dejó de exigir que el daño fuera ocasionado, interviniendo culpa o negligencia, siendo, a mayor abundamiento, difícil de imaginar lesión o quebranto de dichos derechos ocasionada sin la concurrencia de dichos factores”⁷⁴⁹.

Frente a estas dos posiciones doctrinales, existen otras posturas intermedias. Hay quien afirma que lo dispuesto en la LO 1/1982 es un complemento al artículo 1902 del CC, lo que requeriría para el nacimiento de la responsabilidad civil de la culpa o negligencia pero a su vez considera que debido al respeto que merece el aspecto moral de estos derechos de la personalidad y debido al progresivo avance de la responsabilidad objetiva, la culpa va perdiendo importancia en este tipo de daños. Mantienen que intromisiones a la dignidad de la persona⁷⁵⁰ se evalúan sin atender al carácter subjetivo de la responsabilidad, ya que al vulnerar la dignidad de alguien, objetivamente ya hay una rebaja en la consideración de la persona, por lo que es razonable que nos tengamos que centrar en la víctima⁷⁵¹. En una línea similar

⁷⁴⁸ HERRERO TEJEDOR, F., *Honor..., cit.*, págs. 143 y ss.

⁷⁴⁹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Honor..., cit.*, pág. 108.

⁷⁵⁰ Matiz que nosotros hacemos: En definitiva, como venimos afirmando, la dignidad es la base de estos derechos, sobre todo en su aspecto moral, y por supuesto también en relación a la *memoria defuncti*, que como es sabido es prolongación de la dignidad y sobrevive a la extinción física de la persona en aras a esa dignidad del que fue.

⁷⁵¹ En palabras de LOPEZ JACOÍSTE, J. J., “Una aproximación...”, *cit.*, págs. 1097 y ss: “(...), no acaba aquí la intesificación de consecuencias operada en la responsabilidad civil por virtud misma del respeto que merece el área moral de la personalidad ajena. Deben reseñarse en este sentido otras dos manifestaciones de señalada importancia. De una parte, la mengua del significado de la culpa del agente y, de otra la presunción de daños efectivos. En un contexto social en que la responsabilidad objetiva gana terreno de día e día, la culpa, como tal, tiende sin lugar a dudas, a perder mucho de su tradicional valor como presupuesto independiente. Pero, a pesar de ello, las decisiones jurisprudenciales referentes a daños patrimoniales, siquiera para diluirla en otros factores intervinientes, suelen ofrecer consideraciones nimiamente calibradas acerca de la misma. Y esto es lo que no sucede, o sucede en mucha menor proporción, al tratarse de daños morales. Los atentados a la dignidad de la persona suelen ser apreciados sin apenas

en cuanto a la relación con el artículo 1902 del CC encontramos a PANTALEÓN, ya que considera que habría que atenerse a lo dispuesto en dicho artículo⁷⁵². Este autor, plantea incluso revisar la doctrina jurisprudencial, ya que ésta requiere la culpa del informador para poder reparar el daño causado a los derechos al honor, intimidad e imagen y a la memoria del difunto.

En relación al TC conviene matizar que en el caso de la memoria del difunto ante una ofensa a la misma no podemos acudir al TC, algo con lo que no estamos de acuerdo como ya expusimos. Este autor considera que no sería inconstitucional prescindir de la culpa para generar responsabilidad por los daños causados por informaciones objetivamente falsas, ya que no cree que al interpretar el art. 20.1.d) de la CE se tenga que derivar necesariamente la exigencia de una responsabilidad civil subjetiva. Aunque estima que esto no es siempre adecuado, por lo que ofrece una clasificación del tipo de responsabilidad que a su juicio variará dependiendo de los sujetos intervinientes. Es decir, considera que en el caso de autores y directores de los periódicos o programas donde se publicaron informaciones falsas, aunque diligentemente contrastadas⁷⁵³, debería aceptarse al menos una culpa leve para hacer responder civilmente del daño infringido con esas informaciones. Tampoco le parece razonable la responsabilidad objetiva de los titulares de los medios de comunicación cuando los dañados son cargos o personajes públicos ya que éstos admiten voluntariamente el riesgo de sufrir daño por parte de los informadores. Y por el contrario, considera completamente aceptable la responsabilidad

plantear ni considerar la actitud subjetiva de quien los generó. Y se comprende que así sea, pues la expoliación de la dignidad ajena es acaecimiento que se centra en el agraviado, respecto de cuya posición jurídica habrá que apreciarse. Toda difamación se constata por la pérdida de conceptualización objetivamente inferida a otro, lo cual contraviene al principio *neminem laedere*, de suerte que encierra antijuricidad *per se*. Si se examinan las más expresivas sentencias civiles dictadas por nuestro Tribunal Supremo en materia de atentados a la dignidad ajena (...), aun sin dejar de sustentar en la mayoría de los casos su razonamiento en el artículo 1902 del CC, apenas o escasamente encierran ponderaciones acabadas acerca de la culpa subjetiva de quien provocó el correspondiente agravio”

⁷⁵² Parte del artículo 1902 del CC al afirmar que: “(...) dado el silencio que el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, guarda respecto del requisito común de la culpa o negligencia, que habría de extraerse de una implícita remisión a lo dispuesto en el art. 1902 del CC”, en PANTALEÓN, F., “La constitución...”, *cit.*, pág. 212.

⁷⁵³ Motivo por el que como vimos permite exonerar de responsabilidad.

objetiva de los titulares de los medios de comunicación cuando el daño es a los particulares⁷⁵⁴. A este respecto, consideramos que no se debe distinguir entre personas públicas o particulares a la hora de determinar la naturaleza de esa responsabilidad, ya que lo relevante (y lo que nos indica el propio artículo 9. 3) es el daño con independencia de las condiciones de la víctima del mismo. Si hay una intromisión ilegítima se presume el daño y el hecho de que las personas públicas tengan que soportar más intrusiones en sus vidas que los particulares no significa que en situaciones en las que vean lesionado su derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, o a la *memoria defunci* tenga que exigirse la culpa o negligencia para que pueda repararse el daño y, por el contrario, cuando la lesión afecte a los particulares baste con la existencia de la intromisión ilegítima. No estamos de acuerdo con esta distinción, dado que todos somos iguales ante la ley⁷⁵⁵, independientemente de que, como acabamos de señalar, estas personas de perfil más público tengan que tolerar más presión, a la hora de valorar el daño tienen que ser iguales ante la ley. Distinto es que, como señala el articulado de la LO 1/1982, existan causas de justificación específicas que en el caso de darse eliminaría esa intromisión ilegítima. Ahí radica a nuestro juicio, la distinción entre el deber de tolerar entre unos y otros: las personas famosas tienen que soportar más porque la ley, al establecer esas causas de justificación, está determinando que para casos iguales estas personas no sufrirán daño porque no hay intromisión ilegítima y para los particulares sí habrá intromisión. Pero no aceptamos que sea necesario hacer una distinción en cuanto a la culpa o no culpa para determinar la responsabilidad. Además, el propio artículo no hace esa distinción y es claro al respecto: si hay intromisión ilegítima hay daño, hay que proteger a la víctima.

Otra de las posturas intermedias es la que mantiene que el art. 9. 3 de la LO 1/1982 al no esclarecer si la responsabilidad es objetiva o si es subjetiva,

⁷⁵⁴ PANTALEON, F., “La Constitución...”, *cit.*, págs. 212 y ss.

⁷⁵⁵ Artículo 14 de la CE establece que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

(incluso ni siquiera el art. 20 de la CE) implica que habrá que hallar los criterios (culpa o riesgo) caso por caso para determinar por qué se va a responder⁷⁵⁶.

Esto en cuanto a la doctrina, en relación a la jurisprudencia, también encontramos disparidad de opiniones. Algunas sentencias afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad contenida en la LO 1/1982⁷⁵⁷, y otras por el contrario consideran que se trata de una responsabilidad objetiva⁷⁵⁸.

Es obvio que esta presunción de daño moral contenida en el art. 9.3 fue una norma innovadora con respecto al derecho de daños.

Cuando se vulnere alguno de los derechos contemplados en la LO 1/1982, es decir, el honor, la intimidad personal y familiar y al propia imagen, y se pruebe que esa intromisión es ilegítima⁷⁵⁹ se presumirá el daño. Respecto a las personas fallecidas, no se puede presumir el daño a las mismas puesto que no se daña a muerto pero sí se presumirá que existe daño a su memoria⁷⁶⁰ siempre y cuando se acredite la existencia de esa intromisión ilegítima.

En nuestra opinión, la primera parte de dicho artículo que dispone que acreditada una intromisión ilegítima se presume la existencia de un perjuicio⁷⁶¹, supone que el legislador ha querido indicar lo que supone una excepción al

⁷⁵⁶ ROJO AJURIA, L., “La tutela civil del Derecho a la intimidad”, en *ADC*, 1986, I, pág. 147; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 301.

⁷⁵⁷ STS 29 de febrero de 2000, 5 de mayo de 1988, 28 de octubre de 1986, 4 de noviembre de 1986, 20 de febrero de 2000, 29 de noviembre de 1991.

⁷⁵⁸ STS 14 de octubre de 1988, STS 30 de marzo de 1988, STS 26 de enero de 1990, 4 de febrero de 1993, 6 de febrero de 1996, STS 7 de marzo de 2006.

⁷⁵⁹ Lo que conllevará también, en el caso que sí exista daño, a examinar si concurren causas que destruyan la ilicitud de esa intromisión. Sobre esto volveremos más adelante.

⁷⁶⁰ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 29.

⁷⁶¹ El artículo habla de perjuicio como sinónimo de daño. Sin embargo, hay diferencias entre ambos conceptos, como señala SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 138 y ss. Considera que los daños son los directos, los que se producen inmediatamente, mientras que los perjuicios, son los daños indirectos, los que provienen más tarde o los que se producen permanentemente o los que no afectan al objeto que sufrió el daño, sino al patrimonio del dañado. Por lo que afirma el autor que estos daños indirectos son importantes a la hora de valorar el lucro cesante.

esquema tradicional clásico de la responsabilidad civil al presumir el daño⁷⁶². Pero eso no significa que exista, efectivamente, ese daño moral⁷⁶³. Como vimos, es una presunción *iuris tantum* y por tanto el causante del daño puede probar que a pesar de esa intromisión ilegítima, ésta no ha generado daño moral alguno. Y en palabras de ALONSO PÉREZ: “Si el daño se presume probada la intromisión, a mayor abundamiento la culpa, como es enseñanza común jurisprudencial (...)”⁷⁶⁴. Si presumimos el daño acreditando la intromisión también estamos presumiendo que hay culpa, y por tanto consideramos que la responsabilidad civil contenida en la LO 1/1982 es de carácter subjetivo⁷⁶⁵.

En efecto, lo consideramos así por varios motivos. Estamos de acuerdo con los argumentos, antes expuestos, de los seguidores de esta postura donde decíamos que la culpa se conserva como principio general salvo en los casos donde el legislador explícitamente señale que la responsabilidad va a ser objetiva y no por interpretación. Se va a exigir, por tanto, una conducta, activa u omisiva, culpable, antijurídica (es decir, que esa intromisión no se apoye en alguna de las causas de justificación contenidas en la LO 1/1982 o en la propia CE o en principios generales del derecho o en casos de fuerza mayor) y la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el daño. En relación a nuestra figura, se exigirá, un daño a la memoria del difunto consecuencia de una

⁷⁶² ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 297.

⁷⁶³ Como señala DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 315: “La idea que toda intromisión ilegítima supone un daño y que éste se presuma, no parece que pueda ser fácilmente sostenida”.

⁷⁶⁴ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 29.

⁷⁶⁵ Como indica CAVANILLAS MUGICA, S., *La transformación...*, *cit.*, págs. 134 y ss., al hablar de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: “(...) la esencia de la culpa seguiría siendo aquella que hacía decir a TREILHARD en los discursos preliminares al *Code* que el culpable ofrecería él mismo la reparación si fuese justo, mientras que la responsabilidad objetiva podría desarrollarse libremente sin concesiones sustantivas ni formales a la culpa”, y en concreto con respecto a la utilidad de mantener la responsabilidad por culpa afirma que sirve para cubrir las necesidades que la objetiva no cumple: “Al incardinarse la culpa en la ilicitud, goza la víctima de todos los remedios a ella conexos, no sólo el derecho a reparación; en particular, puede solicitar la cesación de la actividad dañosa (...) La responsabilidad por culpa permite, precisamente en los casos en que la agresión dañosa tiene una mayor gravedad, franquear los límites cuantitativos a la indemnización característicos de la responsabilidad objetiva (...) la responsabilidad por culpa podría servir para levantar el velo de la personalidad jurídica en aquellos casos en que se crea conveniente, persiguiendo directamente en petición de reparación a los administradores e incluso a los socios de sociedades anónimas”.

conducta activa u omisiva de otro al que se le imputará por culpa⁷⁶⁶, o lo que es lo mismo, el esquema tradicional establecido en el art. 1902 del CC. Este se basa en la necesidad de un comportamiento humano que precisa, como punto de partida, una conducta humana ya sea activa u omisiva. Activa, que supone toda actuación humana que implique resultado dañoso. Las definiciones tradicionales de acción, incluían el carácter voluntario y por tanto controlable de la acción⁷⁶⁷. Sin embargo, como señala LLAMAS POMBO, se puede admitir civilmente que exista responsabilidad, ya provenga tanto de una acción voluntaria como involuntaria, puesto que al referirse el art. 1902 del CC a la negligencia nos indica que no se requiere voluntariedad en la conducta. Por lo que entiende que lo determinante es “que haya posibilidad de controlar la conciencia”⁷⁶⁸. Y omisiva⁷⁶⁹, definida como una actuación debida que no se realizó con desenlace dañoso. De tal manera que si se hubiera actuado no se hubiera producido dicho desenlace. Por lo tanto, en la conducta omisiva se tiene que tener en cuenta que es causa y negligencia⁷⁷⁰. La antijuricidad, que en realidad no aparece expresamente en el artículo 1902 del CC pero ha sido reconocido por la jurisprudencia la necesidad de que esa conducta activa o omisiva sea contraria a Derecho. Ahora bien, lo habitual es que la conducta creadora de responsabilidad vulnere un “deber legal específico”, pero hay que tener en cuenta que la ilicitud puede llegar de la violación del principio *alterum non laedere*, es decir, el deber genérico de no causar daño a otro⁷⁷¹. El intento de definir y explicar este

⁷⁶⁶ Es preciso mencionar a este respecto las palabras de LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 209: “(...) si bien tradicionalmente dichas condiciones se predicaban de la responsabilidad extracontractual exclusivamente, hoy en día se consideran elementos comunes a toda responsabilidad civil. También, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, cit., págs. 26 y ss.

⁷⁶⁷ LARENZ, K., *Derecho...*, cit., págs. 564 y ss; SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, cit., pág.

26

⁷⁶⁸ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 210.

⁷⁶⁹ La conducta omisiva ha planteado inconvenientes, éstos parten de la duda sobre qué tipo de omisiones pueden generar responsabilidad.

⁷⁷⁰ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 210; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños...*, cit., págs. 287 y ss.

⁷⁷¹ En concreto afirma DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La protección...”, cit., que: “La idea central es ésta: para que una persona incurra en responsabilidad no es necesario que vulnere un derecho ajeno, sino que basta con que cause un daño a otra. De esta forma, indirectamente, queda protegido el bien o interés dañado. Podríamos decir incluso que la misma amenaza de sanción

requisito ha originado numerosas teorías⁷⁷², lo que ha supuesto que la doctrina empiece a fijarse en la culpa y no en la ilicitud de la conducta⁷⁷³. De cualquier forma, hay que tener en cuenta, como señala ROVIRA SUEIRO, que si esa conducta no vulnera “un interés jurídicamente protegido, o bien es causado en ejercicio de un derecho, el daño debe ser soportado, en principio, por quien lo sufre; sin embargo, en el supuesto contrario, deberá serlo por quien lo ocasiona”⁷⁷⁴. Es decir, nos referimos a las causas de justificación⁷⁷⁵. Relacionada con la antijuricidad tradicionalmente está la culpa. Ésta⁷⁷⁶, desde la concepción clásica, se considera que es la omisión de la diligencia debida, que se contrapone al dolo en el sentido de que el dolo exige que, efectivamente, se obre con el conocimiento y voluntad de realizar el acto ilícito, mientras que la culpa supone la posibilidad de predecir el resultado⁷⁷⁷, y omitiendo la diligencia debida, en palabras de SANTOS BRIZ: “No se ha querido efectivamente el efecto pero se ha debido mostrar mayor diligencia para evitarlo (...) No prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello el incumplimiento de una obligación”, siendo la diferencia entre culpa extracontractual y contractual en que aquella requiere una diligencia mayor que esta última⁷⁷⁸. Por lo que, como señala LLAMAS POMBO: “(...) se cifra la noción de culpa en la idea de negligencia; pero ésta siempre requiere la presencia de un elemento de comparación, dado que cuando imputamos a un sujeto una falta de precaución o cuidado, estamos aludiendo implícitamente a un nivel de diligencia preestablecido que, en definitiva, será el que marque dónde comienza la

constituye una manera de tutelar previamente el interés dañable”; También en: DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, cit., pág. 45; LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 212.

⁷⁷² SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, cit., págs. 28 y ss; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, cit., págs. 45 y ss.

⁷⁷³ MARTY Y RAYNAUD, *Droit civil*, II, vol.I, Paris, 1962, págs. 358 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, cit., págs. 45 y ss; LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 212.

⁷⁷⁴ ROVIRA SUEIRO, M^o E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 34.

⁷⁷⁵ Un amplio estudio de las mismas en ROVIRA SUEIRO, M^o E., *La responsabilidad...*, cit., págs. 147 y ss.

⁷⁷⁶ Afirma de CUPIS, A., *Il Danno...*, cit., pág. 116: “*La colpa è uno statu d’animo che, in relazione a un determinato danno, può dirsi riprovevole: essa, difatti, è uno statu d’animo difforme da quello che suole ricorrere negli individui provvidi ad evitare gli effetti perniciosi (danni)*”.

⁷⁷⁷ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, cit., págs. 40 y ss; LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., págs. 214 y ss.

⁷⁷⁸ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, cit., págs. 43 y ss.

previsibilidad y dónde termina el caso fortuito o la fuerza mayor”. Esta culpabilidad⁷⁷⁹ requiere, por tanto, no sólo la diligencia exigible, sino también tener en cuenta la sociedad en la que se realiza la conducta y ver si el realizador de dicha conducta actuó con dicha diligencia y con la posibilidad de prever el resultado⁷⁸⁰. Es decir, supone no conducirse conforme a Derecho, realizar una conducta antijurídica reprochable personalmente a su autor⁷⁸¹.

Existen otros argumentos para defender nuestra postura del carácter subjetivo de la responsabilidad contenida en el art. 9.3 de la LO 1/1982. Como afirma LLAMAS POMBO⁷⁸²: “En el ámbito contractual, no es extraño encontrar referencias a la existencia de un daño *in re ipsa* (...) en la doctrina y en la jurisprudencia. Suele identificarse con el daño estrictamente derivado de la falta de prestación debida (...)”, donde se da la posibilidad de establecer una indemnización por un incumplimiento que por sí mismo suponga un daño o perjuicio. Donde matiza que la no prestación deja al acreedor la posibilidad de exigirla a través de la acción de cumplimiento no de daños, por lo que considera que quizá un auténtico daño *in re ipsa* sea en el caso concreto de ruptura o resolución unilateral del contrato “con grave lesión al interés contractual en la permanencia y cumplimiento del contrato”, y siempre en el ámbito de la responsabilidad contractual. Lo que significa que, como indica el autor, en el ámbito extracontractual es complicado admitir un daño extracontractual *in re ipsa*⁷⁸³, ya que no existe ese interés contractual. La presunción del daño se tendría que dar para los casos donde el daño deriva necesariamente del ilícito y donde es tan evidente el daño que no hace falta probarlo “porque la realidad actúa incontestablemente por ella (...)”. Y como indica el autor, esa es la clave. “En el ámbito extracontractual no existe ni puede admitirse ninguna clase de

⁷⁷⁹ Como señala HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, págs. 225 y ss, esta noción de culpabilidad funciona de distinta manera según estemos ante el ordenamiento civil o frente al penal.

⁷⁸⁰ LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 215 y ss.

⁷⁸¹ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs 51 y ss.

⁷⁸² LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, *cit.*, págs. 46 y ss.

⁷⁸³ Aunque como matiza LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, *cit.*, pág. 48, sí parece existir en la mente del legislador ese daño *in re ipsa* cuando el art. 9. 3 de la LO 1/1982 presume la existencia de perjuicio acreditada la intromisión ilegítima a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la memoria del difunto.

presunción de perjuicio. La mera infracción de los derechos de propiedad industrial u otros no permite presumir daño alguno. Lo que no es óbice para que encontremos determinados casos en los que sencillamente no es preciso acreditar la realidad de los daños porque de los hechos probados se desprende necesaria y fatalmente la existencia de daño⁷⁸⁴”. Por tanto, puede que se dé algún ejemplo donde la mera intromisión ilegítima a la memoria del difunto suponga necesariamente un daño, pero no será en todos los casos. Por lo que, consideramos que hay que probar ese daño.

Otro argumento lo encontramos en el hecho de que desde el momento en el que determinamos que esa presunción es *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario y que el informador tiene que probar que esa intromisión ilegítima no causó daño, estamos ante una responsabilidad subjetiva. En efecto, como vimos, siempre que entran en conflicto el derecho a la libertad de expresión y/o el derecho a la información con los derechos consagrados en el art. 18 de la CE y la memoria del difunto, se tiene que hacer una ponderación de los mismos para ver si prevalecen estos últimos. En el caso de la veracidad para comprobar que no causa ninguna intromisión, es el profesional el que tiene que probar la misma, esto es, si actuó diligentemente⁷⁸⁵.

En este punto conviene matizar que en relación a la responsabilidad subjetiva y objetiva todavía hoy se siguen mezclando conceptos⁷⁸⁶. Ya que se

⁷⁸⁴ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, *cit.*, pág. 49.

⁷⁸⁵ Como subraya LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, *cit.*, págs. 156 y ss.: “(...) el criterio de la comprobación razonable de la información, conforme a la diligencia media exigible a un profesional solo podrá utilizarse cuando quien difundió la información sometida a examen sea efectivamente un profesional. La aplicación coherente del concepto de culpa, como omisión de la diligencia que exigen las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, ex art. 1.104 del CC, impide aplicar dicho criterio cuando el informador no sea un profesional. En tal supuesto, habría que acudir a la diligencia propia del buen padre de familia, la del hombre medio (...) con lo que el deber de comprobación y de multiplicación de fuentes desciende así a niveles de verdadera irresponsabilidad”. Argumento con el que estamos totalmente de acuerdo. Por el contrario, PANTALEÓN, F., “La constitución...”, *cit.*, pág. 1000, considera que en lo relativo a la cuestión de la carga de la prueba de la veracidad o la falsedad de la información que: “(...) el art. 18. 1 de la CE reclama, si no la general inversión de la carga de la prueba a favor del difamado demandante, sí, al menos, la imposición al informador demandado de una intensa carga de colaboración en esa tarea probatoria (...)”.

⁷⁸⁶ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, *cit.*, págs. 75 y ss.

suele considerar que la inversión de la carga de la prueba es consecuencia del riesgo. En efecto, a la hora de analizar la responsabilidad objetiva, en muchas ocasiones encontramos, cómo se dice que su fundamento está en dicha teoría o responsabilidad por riesgo, que el daño se produce por resultado del ejercicio de una actividad y el dañador tiene que probar que tomó todas las medidas de precaución para evitar el daño⁷⁸⁷ y que este planteamiento se extendió más tarde a casi todos los daños. Y que, por tanto, se presume que el que causa un daño ha incurrido en culpa y es él el que tiene que probar que ha actuado con la diligencia adecuada⁷⁸⁸. Como indica LLAMAS POMBO: “La atribución de la responsabilidad civil puede hacerse por culpa (subjética, en tanto que atiende a la conducta del sujeto) o por riesgo (objetiva, en cuanto que se fija en el objeto de la conducta o actividad), pero no por ambas cosas a la vez. Si se aplica el elemento de imputación riesgo, ya no es necesario plantearse nada en relación con la prueba de la culpa, pues no hace falta ésta. Y si se aplica el elemento de imputación culpa, puede establecerse la inversión de la carga de la prueba de la misma sin necesidad de que la actividad del dañador fuera de riesgo”⁷⁸⁹.

Por tanto, cuando estemos ante una intromisión ilegítima en la *memoria defuncti*, automáticamente se va a presumir el daño, pero como es una presunción *iuris tantum* y, como ya se ha dicho, si se presume el daño a mayor abundamiento la culpa⁷⁹⁰, y se tiene que probar que no lo causó, hablamos de inversión de la carga de la prueba, con lo que esto conlleva. Es decir, si se cometió una intromisión al derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen o a la memoria del difunto, a partir de ese momento el causante del daño tiene que probar por un lado, que hay causas que eliminan la

⁷⁸⁷ DIEZ PICAZO, L., *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, I, Madrid, 1966, págs. 27 y ss.

⁷⁸⁸ Añade también DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones...*, *cit.*, págs. 34 y ss, que: “cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien tiene que probar su propia diligencia (...), no basta con el cumplimiento de Reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo-porque de hecho el daño se ha producido-se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia (...) También una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables, cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencias de sus actos (...)”.

⁷⁸⁹ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, *cit.*, pág. 77.

⁷⁹⁰ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 29.

ilicitud de la intromisión y por tanto se entiende que o no se ha causado daño alguno o que si se causa, ese daño se debe soportar (eso no significa, a nuestro juicio, que el daño no sea injusto, que lo sigue siendo); por otro lado, que a pesar de no concurrir esas causas y por tanto la intromisión es absolutamente ilegítima, no se ha generado un daño. Y eso es una responsabilidad civil subjetiva⁷⁹¹.

Ante una intromisión a los derechos contemplados en la LO 1/1982 o a la memoria del difunto, nos basaremos en la responsabilidad subjetiva como criterio de imputación por lo anteriormente razonado sin que eso signifique que estemos de acuerdo en que existiendo causas que eliminen la ilicitud de la conducta el daño se deba tolerar y no reparar de alguna manera.

De cualquier forma, actualmente estamos ante “una superación de la alternativa entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva”⁷⁹². Lo importante es el daño. Con lo cual, entendemos que lo esencial es concretar que daños son antijurídicos y por tanto reparables⁷⁹³. Hablamos de antijuricidad del daño no de la conducta activa u omisiva que lo causa, ya que en ocasiones una conducta ajustada al derecho puede causar un daño⁷⁹⁴. En palabras de LLAMAS POMBO: “(...) en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de la responsabilidad civil: el primer actor ya no es (como en el art. 1902 del Código Civil) el que causa daño a otro, ni tampoco (como en el art. 1101) los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad (...), sino precisamente ese otro que es la víctima de un daño extracontractual o contractual (...) de manera que la formulación de los preceptos nucleares de

⁷⁹¹ A este respecto afirma HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, cit., pág. 269: “Acreditada la intromisión ilegítima, el efecto de la presunción es invertir la carga de la prueba: será el demandado quien se encuentre en la necesidad de probar la inexistencia de todo daño, material o moral, si quiere ser absuelto. Prueba que puede resultar difícil (...) especialmente en materia de perjuicios morales, pero no imposible ni mucho menos prohibida. De ahí que, pese a la peculiaridad de la técnica probatoria establecida, la ley orgánica 1/82 no se escape tampoco al principio general según el cual no hay responsabilidad sin daño”.

⁷⁹² LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 20.

⁷⁹³ SCONAMIGLIO, R., “Appunti sulla nozione di danno”, *RDC*, 1969, págs. 479 y ss.

⁷⁹⁴ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...cit.*, pág. 208.

nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado, o algo parecido. Así, lo relevante hoy no es la antijuricidad (a veces inexistente) de la conducta que causa el daño, sino la antijuricidad del daño mismo”⁷⁹⁵. Aunque no podemos olvidar que para repararlo tenemos que contar bien con la existencia de una ley que haya previsto esta circunstancia o con la cláusula general reparatoria del daño injusto del 1902 del CC⁷⁹⁶.

En la práctica, es muy difícil para el demandado destruir esta presunción de daño moral cuando no hay causas que eliminen la ilicitud, por lo que en muchas ocasiones es, en palabras de MACÍAS CASTILLO: “en la cuantificación de ese daño, donde realmente se debata la existencia misma de ese daño presumido”⁷⁹⁷ como veremos a la hora de valorar el alcance daño (el *quantum respondeatur*).

4.1.4. Causas de justificación del daño a la *memoria defuncti*

Como ya se ha dicho, los daños a la memoria del difunto sólo pueden ser de índole moral, no puede haber un daño patrimonial a un difunto. Cuando una intromisión ilegítima ofenda la *memoria defuncti*, el demandado tendrá que probar que no la ha ocasionado daño alguno. En primer lugar, tendrá que determinar si existen causas que eliminen la ilicitud de la intromisión⁷⁹⁸ (sobre todo en lo relativo al derecho a la información) aunque esto no signifique, como

⁷⁹⁵ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones... cit.*, págs. 44 y ss, donde subraya que cabe hablar de un nuevo principio general en nuestro Derecho, el principio *pro damnato*. Principio que como afirma el autor, recoge una reflexión ya utilizada por DÍEZ-PICAZO: “todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”.

⁷⁹⁶ MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 272.

⁷⁹⁷ MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 203.

⁷⁹⁸ Como indica DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, *cit.*, pág. 263, hay conductas que causan un daño pero que se justifican por el Derecho de tal manera que no generan ninguna responsabilidad.

ya hemos dicho, que no exista daño, o que siendo ilegítima esa vulneración de la memoria finalmente no haya causado daño.

La primera justificación que encontramos en la LO 1/1982 ante una ofensa a la memoria del difunto⁷⁹⁹ aparece en el art. 2.2 de dicha ley, que dispone: “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (...)”. Es decir, cuando el legislador lo disponga o por decisión del titular del derecho.

Respecto a las intromisiones expresamente autorizadas por ley, al ser tan genérico, nos podremos encontrar con muchos ejemplos, lo que le otorga casuismo al asunto⁸⁰⁰. Un caso lo podemos encontrar en el art. 906 de la LEC⁸⁰¹, donde en delitos relativos al honor se suprimirá el nombre de las personas implicadas y en el caso de la publicación de una sentencia que pueda afectar al honor, a la intimidad personal o familiar, o a la propia imagen de la víctima o de la seguridad pública, la Sala puede acordar la no publicación de la sentencia o la publicación parcial. Por el contrario, si la Sala considera que no se ven afectados estos derechos, se podrá publicar la sentencia, aunque las personas implicadas consideren que esa publicación sí les afecta⁸⁰². A este respecto, en el caso de la *memoria defuncti*, consideramos que también se extendería en virtud del apartado cuarto⁸⁰³ del artículo 4 de la LO 1/1982, ya

⁷⁹⁹ O una vulneración al derecho al honor, a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen de las personas.

⁸⁰⁰ ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 172.

⁸⁰¹ En concreto, dicho art. 906 de la LECr dispone que: “Si las sentencias de que se trata en el artículo anterior recayeren en causas seguidas por cualquiera de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o contra el honor o concurriesen circunstancias especiales a juicio de la sala, se publicarán suprimiendo los nombres propios de las personas, los de los lugares y las circunstancias que puedan dar a conocer a los acusadores y a los acusados y a los Tribunales que hayan fallado el proceso. Si estimare la sala que la publicación de la sentencia afecta al derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen de la víctima o bien a la seguridad pública, podrá ordenar en la propia sentencia que no se publique total o parcialmente

⁸⁰² HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 203.

⁸⁰³ Estamos ante un nuevo apartado del art. 4 de la LO 1/1982 incorporado por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este nuevo apartado, es decir, el art. 4. 4 se establece que: “En los supuestos de intromisión

que permite para víctimas de delito del supuesto 7. 8⁸⁰⁴ de dicha LO, ejercitar las acciones de defensa y legítima también para el caso de fallecimiento.

Otro ejemplo que también contempla algún autor⁸⁰⁵, son los artículos 21⁸⁰⁶ y 22⁸⁰⁷ del RRC, donde en el caso de tener autorización se entenderá que no causa ninguna lesión a estos derechos ni, por supuesto, a la *memoria defuncti*.

Como decimos es totalmente casuístico debido a lo genérico del artículo en cuestión.

ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores”.

⁸⁰⁴ Este art. 7.8 también es nuevo y se incorpora gracias a la citada LO LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dicho art. dispone que: “La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas”.

⁸⁰⁵ ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 173.

⁸⁰⁶ Dicho art. 21 del RRC dispone que: “No se dará publicidad sin autorización especial: 1. De la filiación adoptiva o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes. 2. De la rectificación del sexo. 3. De las causas de privación o suspensión de la patria potestad. 4. De los documentos archivados, en cuanto a los extremos citados en los números anteriores o a circunstancias deshonrosas o que estén incorporados en expediente que tenga carácter reservado. 5. Del legajo de abortos. 6. De los cambios de apellido autorizados conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 208 de este Reglamento. La autorización se concederá por el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla. La certificación expresará el nombre del solicitante, los solos efectos para que se libra y la autorización expresa del Encargado. Éste, en el registro directamente a su cargo, expedirá por sí mismo la certificación”.

⁸⁰⁷ El art. 22 de la RRC establece que: No obstante, no requieren autorización especial para obtener certificación; 1. Respecto de los extremos a que se refiere el número primero del artículo anterior, el propio inscrito o sus ascendientes, descendientes o herederos. Respecto de la adopción plena, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herederos, ascendientes y descendientes de uno y otro. 2. Respecto de la rectificación del sexo, el propio inscrito. 3. Respecto de las causas de privación o suspensión de la patria potestad, el sujeto a ésta o sus ascendientes o descendientes o herederos. 4. Respecto de los documentos archivados, las personas antes referidas en los distintos supuestos, y cuando se trate de resolución notificada, el destinatario de la notificación. 5. Respecto del legajo de abortos, los padres. 6. Respecto de los cambios de apellido autorizados conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 208, únicamente la persona inscrita.

Otra de las causas que justifican una intromisión ilegítima a los derechos contenidos en dicha LO es la que veíamos en la segunda parte del art. 2. 2 de la LO 1/1982, es decir, el consentimiento⁸⁰⁸: “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido (...) cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

En relación a las personas vivas este artículo no ofrece demasiadas dudas por lo que no vamos a detenernos. Sólo debemos mencionar que, como ya decía CASTÁN TOBEÑAS⁸⁰⁹, es una causa de justificación. No se puede renunciar al derecho al honor, a la intimidad personal o familiar ni a la propia imagen, esa renuncia es nula, son derechos irrenunciables, como ya vimos, pero la LO 1/1982 permite renunciar parcialmente a dichos derechos para momentos o aspectos determinados y expresos, y esto no conlleva renunciar a su titularidad⁸¹⁰ al hablar de ellos en los medios de comunicación. Existiendo siempre la posibilidad de revocar dicho consentimiento expreso.

Conviene mencionar que la LO 1/1982 contiene especialidades de renuncia en relación a los menores e incapaces. En concreto lo vemos en el art. 3 de dicha LO. Es cierto que los menores tienen una protección reforzada en nuestro Derecho si tenemos en cuenta que, por ejemplo en este campo, no sólo se aplicará la LO 1/1982, sino que también se tendrá que combinar con la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la Instrucción 2/2006,

⁸⁰⁸ Un amplio estudio lo encontramos entre otros en ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, cit., págs. 73 y ss; ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, cit., págs. 150 y ss; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, cit., págs. 110 y ss; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, cit., págs. 371 y ss.

⁸⁰⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, Madrid, 1961, pág. 846.

⁸¹⁰ A este respecto, MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, cit., pág. 198., señala que: “ La paulatina novedad es que este tipo de renunciaciones no se identifican ya con ya con la mera autorización contemplada en el art. 2 de la Ley orgánica, mediando lo cual desaparece la presunción de intromisión ilegítima prevista ampliamente en el art. 7; la mera autorización ya no basta, sino que las partes precisan de la redacción y celebración de un contrato, por cierto, bastante complejo, en el que se detallan los términos y condiciones a partir de las cuales uno de los contratantes expondrá al público en general un aspecto o faceta que pertenece a su vida íntima, a través de la difusión en un medio de comunicación, contemplando además las distintas posibilidades (de redifusión, etc.)”.

de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Pero también es cierto que los menores forman parte de la sociedad y que no podemos excluirlos de ella. Por lo que pueden ser objeto de informaciones como partícipes en el mundo de la comunicación como por ejemplo intervenir en programas de televisión, series, películas, etc., (siempre, tanto como si son objeto de informaciones, por ejemplo en algún suceso, como en la participación en dichos programas o series, etc., cumpliendo con las normas antes mencionadas en cuanto a su protección). En definitiva, no podemos eliminarlos de la sociedad de la información. Por ese motivo, el legislador permitió la posibilidad de prestar el consentimiento a los menores e incapaces.

Se trata de un consentimiento que a diferencia de los adultos presenta especialidades. Lo pueden prestar ellos mismos si tienen la suficiente madurez. En caso contrario, ese consentimiento se tiene que otorgar mediante escrito por su representante legal previo conocimiento del Ministerio Fiscal. Si en ocho días el Ministerio Fiscal se opone a dicho consentimiento, tendrá que resolver el juez. Otra de las especialidades que tiene ese consentimiento la tenemos que combinar con las normas antes señaladas. Es decir, con el punto de partida que nos marca la LO 1/1982 en su art. 3. Tenemos que tener en cuenta la protección establecida tanto en la LO 1/1996 como en la Instrucción 2/2006. Y lo que está presente siempre en todo caso es el interés superior del menor, lo que supone que tanto los representantes legales del menor como el Ministerio Fiscal, a la hora de prestar ese consentimiento tienen que tener en cuenta ese principio. Y si hay algo que pueda perjudicar el interés del menor, por supuesto no se otorgará dicho consentimiento. Esto significa que el Ministerio Fiscal va a estar por encima de cualquier consentimiento otorgado por los padres o incluso del menor y si a pesar de existir esos consentimientos se observa que ese interés se puede ver perjudicado, el Ministerio Fiscal actuará.

A propósito del tema que nos ocupa, la memoria del difunto, consideramos que tenemos que contemplar un aspecto y es si el titular en vida dio su consentimiento expreso para una determinada renuncia parcial, como hemos visto líneas más arriba. Obviamente esto se dará en mayor medida en personas famosas que hayan dado su consentimiento expreso para una entrevista que salga a la luz una vez fallecida o en las circunstancias del artículo 6 de la LO 1/1982, o un reportaje fotográfico sobre su vida, una biografía, etc. En estos casos, no podemos hablar de la existencia de una intromisión puesto que media consentimiento⁸¹¹, salvo, eso sí, que en dichos trabajos se incorporen comentarios vejatorios o informaciones ni siquiera veraces que se extralimiten del consentimiento otorgado en vida.

En relación al fallecido el supuesto más habitual es que en vida no haya prestado ese consentimiento. Por tanto, para estos casos, consideramos, como indica YSÁS SOLANES que nadie puede dar el consentimiento por él para una intromisión en su memoria, ni los familiares ni los amigos o personas legitimadas por el artículo 4 de la LO 1/1982, ni herederos, nadie. Fallecida la persona se extingue la personalidad civil, ya no existe el titular de esos derechos y si no hay titular nadie puede renunciar a una parcela de lo que no se es titular. Los legitimados por la LO 1/1982 van proteger la memoria del fallecido y “no se puede renunciar a lo que no se tiene”⁸¹².

Por tanto, salvo que haya existido un consentimiento del fallecido, nadie puede prestar el consentimiento por éste⁸¹³, y si alguno lo hace, los legitimados por el artículo 4 de la LO 1/1982 podrán defender la *memoria defuncti* del

⁸¹¹ En palabras de BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 129: “(...) se podría decir que así es, sea mientras viva o incluso para después de muerta, ya que, si deja expresamente establecido en su testamento que consiente en la intromisión de alguno o todos los derechos del que era titular en vida, habrá que entenderse que la consintió”.

⁸¹² YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 802; BODAS DAGA, M^a. E., *La defesa...*, *cit.*, pág. 132.

⁸¹³ Como afirma BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 129: “Si no ha dispuesto nada, es decir, sólo contempla la figura encargada de la protección de la memoria del que fue o no ha realizado testamento en este sentido, se tendría que concluir que, muerto el titular del derecho, nadie puede consentir una intromisión a su memoria”.

fallecido ante una intromisión a la misma. Sin embargo, como ha señalado alguna autora⁸¹⁴, parece que los Tribunales no excluyen esta posibilidad de que algunos familiares presten el consentimiento a una intromisión a la memoria del familiar fallecido. Esos legitimados podrían ser los contenidos en el artículo 4. 2 de la Ley Orgánica.

En efecto, lo vemos en alguna sentencia del Tribunal Supremo. Como por ejemplo la STS 3489/2003, de 23 de mayo, donde en un programa de televisión se emiten imágenes de cómo intervienen los Bomberos, Cruz Roja y Samur en un accidente de tráfico donde la víctima tras un vuelco de su coche queda aprisionada y aplastada en el mismo. Se ve cómo la liberan, la suben a la camilla y la introducen en la ambulancia. Además durante unos segundos, se puede ver el rostro apoyado en el suelo del accidentado mientras sigue atrapada en el coche, permitiendo su reconocimiento. La misma fallece tres días después. La viuda demanda y solicita que se proteja su derecho a la intimidad personal y familiar así como también el derecho a la intimidad personal y familiar del fallecido violado por la emisión de esas imágenes. Independientemente de que en este caso también se trata de determinar si la imagen del accidentado era accesoria a la información o no, como veremos más adelante, la sentencia en relación al consentimiento afirma que obviamente no hubo consentimiento del finado: “No puede olvidarse que tales escenas fueron gravadas en circunstancias en que la persona se hallaba imposibilitada para prestar o negar su consentimiento, no obstante la proximidad de la persona que estaba realizando la filmación”, pero, y aquí es donde parece que no se desecha la posibilidad de que terceras personas den el consentimiento, que tampoco hubo consentimiento de la viuda. En este caso consideramos que no es que se esté legitimando a la viuda para dar el consentimiento para una intromisión ilegítima a la memoria de su marido. Consideramos que la sentencia afirma esta posibilidad porque, en realidad ese consentimiento se refiere a un derecho de la que ella es titular, el de

⁸¹⁴ Un amplio estudio del consentimiento lo encontramos en BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, cit., págs. 110 y ss.

la intimidad familiar, y es sobre la base de ese derecho del que es titular en lo que se puede basar pero no ante un derecho del que no es titular.

Otra sentencia donde sí se reconocen expresamente la posibilidad de que familiares den el consentimiento para una intromisión a la memoria de un fallecido es en la STS 4600/2004, de 29 de junio. Se estudia una posible intromisión a imagen de una persona fallecida que aparece en un reportaje el 31 de julio de 1989 en una revista de tirada nacional donde se daba a conocer que la fallecida había adquirido el VIH en el hospital donde trabajaba, conociéndose el caso como el del primer contagio profesional conocido en España. Donde la sentencia matiza que sin haber consentimiento familiar alguno para que apareciera la imagen de la misma en el reportaje. El marido de la fallecida interpuso demanda contra Ediciones Panorama, S.A., D. José Augusto , D. Pedro Miguel y D. Eduardo suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "1º) Declarar que ha existido violación del derecho fundamental a la propia imagen por los demandados consistente en la publicación de una fotografía de D^a Luisa sin el consentimiento de su marido, D. Marcelino o de otro familiar, en la Revista DIRECCION000.- 2) Declarar que como consecuencia de la anterior violación del derecho a la imagen, se han causado evidentes daños morales". Tanto el Juzgado nº 10 de Barcelona como la Audiencia Provincial declararon la existencia de una intromisión ilegítima a la propia imagen por parte de los demandados por la publicación sin consentimiento en el nº 114 de la revista DIRECCION000 de fecha 31 de julio de 1989, de una fotografía de D^{ña}. Luisa en el reportaje titulado "primer caso de contagio profesional en España. Luisa Sida", así como la existencia de daños morales al demandante. Se alegó que la fotografía fue entregada por un cuñado de la fallecida. El Tribunal Supremo afirma que: "(...) frente a lo afirmado por la Audiencia en su sentencia, la Ley 1/1982 no recoge quiénes son las personas facultadas para consentir que un tercero utilice la imagen de la fallecida. El motivo decae inexcusablemente, pues como señala el Ministerio Fiscal, no ofrece duda alguna de que el cuñado de la fallecida no estaba facultado para

prestar su consentimiento en la publicación de la fotografía, lo cual también recogió la sentencia de primer grado, que ni Doña Luisa, ni familiar próximo a la misma (esposo o hijos) autorizara la publicación. Tratándose de persona fallecida, el consentimiento debe estar restringido y no se puede ampliar a otros aunque estén unidos por lazos familiares próximos, pues ello implicaría la legitimación fuera de los herederos forzosos y muy próximos parientes, que constituyen el círculo familiar íntimo”. Por lo que parece que pueden dar el consentimiento varios de los contenidos en el art. 4.2 de la LO 1/1982⁸¹⁵. Pero luego añade el propio Tribunal Supremo que: “(...) el derecho a la propia imagen, constituye un derecho público subjetivo de la personalidad y exigible *erga omnes* cuando falta el consentimiento del titular, lo que implica una intromisión ilegítima. Se trata de un derecho personalísimo y ligado a la propia existencia individual que salvaguarda un espacio de intimidad personal y familiar, que según la sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre, reviste singular importancia la necesaria protección de la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenece a la intimidad. El derecho a la imagen pretende impedir la difusión no consentida y sólo puede restringirse por su titular, pudiendo evitar e impedir su difusión. Así, al no concurrir el dato de persona que ejerza cargo público o notoriedad y proyección pública por su profesión, ni la imagen ha sido captada en actos públicos o lugares abiertos al público, el motivo tiene que decaer inexcusablemente por ello”.

Por tanto, creemos que a pesar de lo dicho anteriormente por el Tribunal Supremo sobre que familiares próximos a la fallecida no prestaron el consentimiento, nadie puede prestarlo una vez fallecido el titular de derechos. Otra cosa es que afecte a la intimidad familiar (y qué más intimidad que la imagen de un ser querido en el momento de su muerte) derecho que sí cuenta con titulares. En el caso de que alguien dé un consentimiento para una

⁸¹⁵ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, cit., pág. 131.

intromisión a la memoria del difunto, los legitimados por el art. 4 de la LO 1/1982 podrán defender la misma, incluso ante cualquiera de ellos si es que es alguno el que comete esa intromisión, y por otra parte también podrán defender esa intimidad familiar alegando la falta de consentimiento propio del que son titulares siempre y cuando les afecte. Sin perjuicio que contra ese consentimiento cualquiera de los legitimados en el art. 4 de la LO 1/1982 ejerzan acción para defender la memoria del difunto. Pero nunca de la *memoria defuncti* puesto que ya no hay titular.

En este sentido y en defensa a nuestra argumentación encontramos la sentencia del Tribunal Supremo 327/2011, del 31 de enero, donde se analizaba si existía una intromisión ilegítima al honor y a la intimidad de la actora y de sus fallecidos padres por unas manifestaciones emitidas en el programa de Telecinco “Aquí hay tomate”, los días 3 y 4 de noviembre de 2003. Una amiga de la madre fallecida de la demandante, en una entrevista a dicho programa afirmó que el padre fallecido mantuvo una relación sentimental con la sobrina de la madre, también fallecida que, según su amiga, ésta había descubierto por unas cartas que encontró en su casa y que produjo la posterior separación de los padres de la actora. El Juzgado de Primera Instancia declaró la existencia de intromisión al honor y a la intimidad de la demandante y de sus padres (terminología con la que no estamos de acuerdo, sería más bien intromisiones legítimas a la *memoria defuncti* de los padres o intromisiones ilegítimas en lo que en vida de los fallecidos eran su honor e intimidad). La Audiencia Provincial estimó en parte los recursos de apeleación relativos a rebajar la indemnización como veremos posteriormente. El Tribunal Supremo también declara esas intromisiones y en relación al tema del consentimiento afirma que: “No existe prueba alguna de que la demandante consintiera la revelación de los aspectos de su vida privada y familiar que fueron objeto de difusión, ni que con anterioridad hubiera dado lugar mediante sus pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo a entender que los hechos divulgados se hallaban total o parcialmente privados de tal carácter”. La sentencia habla de

consentimiento personal y familiar, nunca por el fallecido. Ahora bien, como ya hemos dicho, esto no significa que frente al posible consentimiento familiar que realice los legitimados por la LO 1/1982 para defender la memoria del difunto no puedan interponer las acciones pertinentes en defensa de aquélla.

En resumen, sólo el titular de estos derechos puede consentir una intromisión a su memoria, con lo cual esta justificación no operaría una vez fallecida la persona porque ya no hay titular del derecho y, por tanto, nadie puede renunciar a lo que no es titular y no puede prestar el consentimiento.

Junto a estas causas de justificación, encontramos otras en el mismo articulado de la LO 1/1982. Son los supuestos del art. 8 de dicha ley⁸¹⁶. El artículo 8. 1 dispone que: “No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, o cultural relevante”. Por tanto, partimos de dos supuestos diferenciados; por un lado, cuando una autorización competente lo decreta en base a una Ley; y por otro, cuando haya un interés histórico, científico o cultural relevante.

Este párrafo primero del art. 8 de la LO 1/1982 complementa lo establecido en el art. 2.2 de la misma cuando dispone que no habrá intromisión ilegítima cuando así esté expresamente autorizado por Ley⁸¹⁷. Afectará tanto a personas vivas como a la memoria del difunto. La base de las intromisiones ilegítimas a las que se refiere el art. 8.1 de la LO 1/1982 si tenemos en cuenta el art. 7 de dicha LO sugiere que son el secreto de las comunicaciones, intromisiones en domicilio⁸¹⁸ así como las intromisiones a estos derechos

⁸¹⁶ Considera BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 96, que son supuestos de ejercicio legítimo de un derecho.

⁸¹⁷ ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, pág. 115.

⁸¹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 367.

acordadas por la autoridad competente en virtud de una ley⁸¹⁹ como vimos anteriormente.

En relación a la autoridad competente, tenemos que señalar que en el Proyecto de ley original⁸²⁰ de esta LO 1/1982 hasta la aprobación definitiva del mismo por el Congreso, la redacción del artículo era la siguiente: “No se reputarán, con carácter general, intromisiones o injerencias ilegítimas, las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, en investigación de los delitos o en interés de la administración de la justicia, ni las presididas por un interés histórico, científico o cultural predominante”⁸²¹. Como vemos en esta primera redacción del art. 8 destaca la Administración de la Justicia como Autoridad Competente y subraya la investigación de delitos como justificación para no considerar ilegítima una intromisión a estos derechos. En la aprobación definitiva del Proyecto vemos cómo estas dos referencias desaparecen, haciéndolo por tanto más general⁸²² al

⁸¹⁹ ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, pág. 11, matiza en este punto que para él esas actuaciones autorizadas son más pensadas para los derechos a la intimidad y propia imagen que para el derecho al honor ya que reflexiona sobre la dificultad de que exista una autorización a una intromisión ilegítima al honor de una persona. Nosotros consideramos que sí es posible, aunque poco frecuente y mayoritariamente indirecta la situación, por ejemplo una autorización a un registro domiciliario por espiar a un personaje y que resulte que es mentira y que no relaizaba dicha actividad. En este caso creemos que no hay intromisión ilegítma debido a que nace mediando una causa de justificación contemplada en la propia LO 1/1982 y que afecta e principio a la intimidad del registrado y posteriormente a su honor; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor...*, *cit.*, pág. 96.

⁸²⁰ Un estudio de los trabajos preparatorios, es decir, del Proyecto de Ley en el Congreso, el Proyecto de Ley en el Senado y el preámbulo o exposición de motivos de la LO 1/1982, en VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, págs. 17 y ss.

⁸²¹ Redacción conforme el Proyecto de Ley de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de 19 de diciembre de 1979. Posteriormente, en los sucesivos dictámenes y enmiendas al mismo va cambiando dicha redacción. En el de fecha de 3 de junio de 1981 eliminan la palabra “injerencia” dejando solo “intromisiones ilegítimas”. Con fecha de 25 de noviembre de 1981 y 8 de enero de 1982 la redacción es la misma para pasar a tener la redacción definitiva tal y como la conocemos con la aprobación definitiva del Proyecto de ley con fecha de 12 de mayo de 1982.

⁸²² Considera DE LA VÁLGOMA, Mª., “Comentario...”, *cit.*, pág. 667, que: “(...) sería mejor la referencia expresa a la autoridad judicial (...)”. En el mismo sentido opina HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 202. Por otro lado, encontramos a GITRAMA GONZÁLEZ, M., “El derecho...”, *cit.*, págs. 226 y ss., que considera que la supresión de “investigación de delitos” es lógica porque de conservarse habría que hacer una interpretación amplia del art. para que se pudiera aplicar a otros casos como “la publicación de retratos de personas ausentes o desaparecidas, para su búsqueda y localización”.

apuntar solamente a “actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley”⁸²³. Estamos de acuerdo con la eliminación expresa de la referencia a la Autoridad Judicial así como en lo relativo a la investigación de delitos. Ya que de esta manera permite que otros casos donde la autoridad competente no sea la judicial sino otra, pueda subsumirse en este art. 8, y por supuesto la judicial que casi siempre es la competente⁸²⁴. A modo de ejemplo⁸²⁵, los artículos 3.2 y 5.2 de la LO 4/1997 de 4 de agosto por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, determinan que serán competentes para autorizar la instalación de las mismas en caso de instalaciones fijas “(...) el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de que se trate, previo informe de una Comisión cuya presidencia corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la misma Comunidad”, y en el caso de videocámaras móviles dará la correspondiente autorización “(...) máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quien atenderá a la naturaleza de los eventuales hechos susceptibles de filmación, adecuando la utilización del medio a los principios previstos en el artículo 6”⁸²⁶.

⁸²³ La segunda parte del artículo queda, como vemos, tal y como lo conocemos.

⁸²⁴ ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 185.

⁸²⁵ Podemos encontrar más ejemplos en ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 185 y ss; YZQUIERO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 367 y ss.

⁸²⁶ En concreto el art. 3. 2 de la LO 4/1997 de 4 de agosto establece que: “Las instalaciones fijas de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Corporaciones Locales serán autorizadas por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de que se trate, previo informe de una Comisión cuya presidencia corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la misma Comunidad. La composición y funcionamiento de la Comisión, así como la participación de los municipios en ella, se determinarán reglamentariamente”. Por su parte el art. 5. 2 de la misma LO dispone que: “También podrán utilizarse en los restantes lugares públicos videocámaras móviles. La autorización de dicho uso corresponderá al máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quien atenderá a la naturaleza de los eventuales hechos susceptibles de filmación, adecuando la utilización del medio a los principios previstos en el artículo 6. La resolución motivada que se dicte autorizando el uso de videocámaras móviles se pondrá en conocimiento de la Comisión prevista en el artículo 3 en el plazo máximo de setenta y dos horas, la cual podrá recabar el soporte físico de la grabación a efectos de emitir el correspondiente informe. En casos excepcionales de urgencia máxima o de imposibilidad de obtener a tiempo la autorización indicada en razón del momento de producción de los hechos o de las circunstancias concurrente, se podrán obtener imágenes y sonidos con videocámaras móviles, dando cuenta, en el plazo de setenta y dos horas, mediante un informe motivado, al máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a la Comisión aludida en el párrafo anterior, la cual, si lo estima oportuno, podrá requerir la entrega

En relación a la inexistencia de intromisión ilegítima siempre y cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, la segunda parte del artículo 8. 1 de la LO 1/1982, tiene su correspondencia con la propia Exposición de Motivos de dicha LO cuando afirma que: “Los derechos protegidos en las Ley no pueden considerarse absolutamente limitados. En primer lugar, los imperativos de interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad (...)”. Y un poco más adelante en la misma Exposición de Motivos se añade que: “(...) existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo octavo de la Ley”. Hay quien considera que hubiera sido mejor utilizar este término de “interés público” en lugar de señalar expresamente esos tres intereses debido a la generalidad de los mismos y a que son posibles otros intereses no recogidos expresamente⁸²⁷, tales como el interés político y el interés social⁸²⁸. Sin embargo, consideramos que esos intereses expresamente recogidos en la LO son lo suficientemente globales o generales como para poder abarcar otros intereses⁸²⁹. Además, será caso por caso⁸³⁰ dónde va a decidirse cuándo

del soporte físico original y emitir el correspondiente informe. En el supuesto de que los informes de la Comisión previstos en los dos párrafos anteriores fueran negativos, la autoridad encargada de la custodia de la grabación procederá a su destrucción inmediata.

⁸²⁷ ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, pág. 116 se pregunta en un principio antes de tomar una decisión si: “(...) esta falta legal podrá ser atendida por los tribunales, precisamente sirviéndose de la indeterminación de las expresiones como la de interés histórico, científico o cultural.

⁸²⁸ DE LA VÁLGOMA, M^a., “Comentario...”, *cit.*, pág. 667, en concreto afirma que: “(...) en cuanto al espectro de intereses cabrían otros no directamente regulados. Así, por ejemplo, el interés político o el interés social”. ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, pág. 116; En el mismo sentido puntualiza ROVIRA SUEIRO, M^a E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 188 que: “(...) consideramos que hubiera sido más adecuado sustituir esa ringlera de intereses por un concepto jurídico más elaborado como, por ejemplo, el de interés general o público, o incluso mejor si éste se añadiese a modo de cláusula de cierre. De este modo, se permitiría la inclusión de otros intereses de carácter predominante, igualmente legítimos a nuestro juicio, como por ejemplo el interés político y se posibilitaría, a su vez, una mejor coordinación de estos derechos, honor, intimidad y propia imagen con las libertades de expresión y de información (...)”.

⁸²⁹ En esta opinión ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, págs. 118 y ss.

⁸³⁰ En este sentido considera ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, *cit.*, pág. 116 que: “Habrá que ser la jurisprudencia la que en cada caso determine cuándo concurre un interés histórico,

van a predominar y prevalecer estos intereses sobre los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y sobre la memoria del difunto.

El primero de los expresamente recogidos en el art. 8. 1 de la LO como causa de justificación es el del interés histórico. La sociedad tiene el legítimo derecho a conocer los acontecimientos de la historia, que contribuyen además al desarrollo de aquélla y suponen un interés público incuestionable que prevalece sobre otros derechos. Otra cosa es que ante ciertos sucesos no tan relevantes para la historia les demos el calificativo de interés histórico⁸³¹ cuando realmente no lo tienen. De la misma manera lo vemos con el interés científico. Como, por ejemplo, en el caso de la imagen en los casos donde es relevante sacar la imagen de una persona o de un fallecido, siempre accesoria a la noticia, pero importante para una finalidad científica⁸³². Y el interés cultural, mucho más amplio que los otros dos intereses, que puede abarcar desde el conjunto de los saberes científicos, literarios, creaciones, etc., de un pueblo, época o a nivel individual de una persona o un fallecido⁸³³ y que cobra especial importancia cuando hablamos de medios de comunicación puesto que al englobar muchas ramas puede utilizarse también como pretexto al ejercer la libertad de información y expresión y es la causa de justificación más habitual cuando estamos ante conflictos entre el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia

científico o cultural relevante”. Por su parte, HERRERO TEJEDOR, F., *Honor..., cit.*, pág. 205 que: “A *priori* debe descartarse una definición de estos conceptos. Cuando estamos ante un interés histórico, cultural o científico, es algo que debe ser ponderado en relación al caso concreto. Una vez más será decisiva en su apreciación la orientación general hacia los principios rectores de la Constitución. El pluralismo deberá constituir un criterio decisivo en la aplicación de tales calificaciones. Ni la opinión histórica, ni la manifestación cultural ni la actividad científica pueden ser homogéneas (...)”.

⁸³¹ Como señala ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad..., cit.*, pág. 190, en estos casos se presentan más dudas.

⁸³² GITRAMA GONZÁLEZ, M., “El derecho...”, *cit.*, pág. 228. Un amplio estudio, en relación a la imagen sobre todo en BODAS DAGA, M^a. E., págs. 321 y ss.

⁸³³ A este respecto señala ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad..., cit.*, págs. 191 y ss, que: “Se trata quizá del interés más ambiguo (...), abre un amplio margen de maniobrabilidad a los Tribunales, que serán los que dibujen, en definitiva, los límites del mismo, mediante la difícil tarea de aprehender de la realidad social del momento qué se entiende por cultura. En tal sentido, no resulta extraño que sea criticado por alguna doctrina por adolecer de claridad, por su gran amplitud y falta de especificación (...) pero ello no nos merece un juicio negativo (...)”.

imagen y la *memoria defuncti* con el ejercicio a la libertad de expresión e información.

Un ejemplo de esto lo vemos en la STS 5072/2004, de 12 de julio, ya comentada, donde una viuda demanda al autor de un libro y a la editorial por las referencias a su esposo ya fallecido. Considerando la existencia de una intromisión a su honor, aunque terminológicamente debía haberse utilizado a la *memoria defuncti*. El párrafo del libro en cuestión era: “Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Cristobal, el hijo de Alicia, un tipo que siempre intervenía de forma brillante (...) Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo”.

El JP1 de Madrid consideró que dicho párrafo no atentaba contra el honor del fallecido (insistimos en que debería expresarse contra la *memoria defuncti* del fallecido) porque consideró que las expresiones no tenían “la gravedad e intensidad necesaria” como para determinar que eran difamatorias. Por el contrario la AP de Madrid sí consideró que esas intromisiones suponían una clara intromisión así como descrédito y desmerecimiento con un claro menoscabo en su consideración social. Finalmente el TS afirmó que: “En su conjunto, es un párrafo, el texto, que forma parte de una novela, el contexto, que en el propio escrito de demanda se califica de “relato novelado de unos hechos ficticios (...)”. En cuanto a expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias, a las que no alcanza la libertad de expresión y de información, no aparece en el texto ninguna que pueda ser considerada como tal (...) se trata de una novela debida exclusivamente al ingenio del redactor; la incorporación de personajes reales y la valoración que de ellos se realiza no deja de ser un mero juicio personal u opinión subjetiva del autor (...) destacando el interés cultural”. Por lo que estima el recurso fallando a favor del autor del libro y de la editorial.

Ya hemos observado que en muchas ocasiones salen a la luz situaciones, escritos personales o se comentan hechos de personas fallecidas en los medios de comunicación que pueden causar un daño a la memoria de las mismas. Y ante esto vimos que las personas legitimadas protegían dicha memoria. Sin embargo, atendiendo a las causas de justificación establecidas en la propia LO 1/1982, habrá situaciones en las que a pesar de la existencia de esas intromisiones no se considerarán ilegítimas a la memoria del difunto. Pero ahora bien, cuando los hechos sean veraces y públicos⁸³⁴. Como matiza ALONSO PÉREZ: “(...) tengamos en cuenta que las personas que murieron hace años rodeadas de una pequeña o gran historia desgraciada o tal vez gloriosa, pueden ser revividas en novelas, seriales, reproducciones televisivas, etc, mientras los hechos sean veraces y públicos (...) si la divulgación de los aspectos más escabrosos de su intimidad o imagen son públicos y notorios, y sirven al fomento de la información cultural o artística, no hay duda que por sí misma no representa una intromisión ilegítima en la memoria del difunto”⁸³⁵. No cabe duda que en la mayoría de las ocasiones estaremos ante personas que en vida eran famosas, lo cual no quiere decir que para las personas anónimas no operen estas causas de justificación.

Estas causas de justificación deben interpretarse rigurosamente. Puesto que, de lo contrario, la *memoria defuncti* puede verse dañada. Cuando asistimos a revelaciones de hechos, situaciones vividas por el fallecido, etc., poco a poco se va erosionando su memoria. Ahora bien, no habrá intromisión a la misma siempre que se pueda justificar la presencia de algún interés histórico, científico o cultural. Sin embargo, creemos que en muchos casos, estas causas de justificación se interpretan muy ampliamente. Estas causas, para que verdaderamente operen como tal, tienen que examinar si lo expresado o

⁸³⁴ Un ejemplo de esto lo vimos en la STS 1532/2009, de 25 de febrero, donde el conocimiento de las causas de la muerte de una conocida famosa no supusieron una intromisión a su memoria, precisamente por esas causas de justificación, eran hechos notorios y públicos incluso dicho por la fallecida su adicción a las drogas.

⁸³⁵ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 15.

informado es prevalente y relevante para el interés público porque no podemos olvidar que la dignidad existe y en el caso de los fallecidos perdura⁸³⁶. De lo contrario insistimos en que sí se puede ver dañada la memoria del difunto porque no se cumple con lo establecido en el art. en el art. 8.1 de la LO 1/1982⁸³⁷ en lo relativo a esos intereses y, por tanto, se podrán accionar los mecanismos para reparar el daño a la *memoria defuncti*. Es decir, lo importante es que lo divulgado tenga realmente interés público. Esto conlleva, a nuestro juicio, una necesaria redefinición de lo que realmente es el interés público para que cumpla su fin de formación de una opinión pública, libre y democrática, ciertamente necesaria para la sociedad. En este punto es donde se debería poner el acento cuando entran en conflicto los derechos consagrados en el art. 18 de la CE con los reconocidos en el art. 20 de la CE.

Hay otra causa de justificación en la LO 1/1982 en concreto en el párrafo segundo del art. 8⁸³⁸. Este caso es específicamente relativo al derecho a la imagen. Siempre y cuando estemos en presencia de alguna de las excepciones contempladas en dicho artículo, las intromisiones serán consideradas legítimas. Pero solamente a lo que el derecho a la imagen se refiere, o a la memoria del difunto en cuanto afecte a su aspecto moral⁸³⁹ de lo que en vida era su imagen.

⁸³⁶ A este respecto señala como ya comentamos anteriormente, ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 16 que: “Bien está la creación de programas verdaderamente culturales o de educación cívica sirviéndose de la historia nada edificante de personas fallecidas, pero sin ahondar en la llaga y destacando siempre sus circunstancias atenuantes. La memoria de cualquier difunto es hija de su dignidad. Incluso las personas “más degradadas y envilecidas” conservan un “oasis de dignidad”, que no es lícito profanar, ofender ni lesionar”.

⁸³⁷ En lo relativo al art. 2.2 y el 8.1 la primera parte, es decir, cuando la intromisión ilegítima es permitida por una Ley, no plantea problemas como vimos anteriormente.

⁸³⁸ Dicho artículo dispone que no se estimará que existe intromisión ilegítima: “En particular, el derecho a la 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”.

⁸³⁹ Como ya comentamos anteriormente, nosotros nos centramos solo en ese aspecto moral del derecho a la imagen del que fue. Lo cual no quiere decir que no se produzca el mismo efecto para el aspecto patrimonial cuando se den esas excepciones. BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 389 y ss., considera que parece que la LO 1/1982 no es la vía adecuada para defender la memoria del difunto cuando afecte a lo que en vida era su imagen en el aspecto patrimonial

Dicho de otra manera, puede que una intromisión, que en principio debería considerarse ilegítima pero que pasa a ser legítima por la presencia de alguna de estas excepciones y que por tanto no daña la imagen del que fue, sí produzca una intromisión ilegítima a los otros derechos regulados en la LO 1/1982, es decir, al derecho al honor y al derecho a la intimidad⁸⁴⁰.

Fuera de estas excepciones contempladas en el artículo 8, en relación también con el art. 2.2, la LO 1/1982 no menciona ninguna otra excepción por la cual se entendería que de darse no habría intromisión ilegítima. Sin embargo, es sabido que el que actúa en virtud de un legítimo derecho elimina la responsabilidad establecida en el art. 1902 del CC⁸⁴¹. Podríamos decir que, si bien no es una excepción como las vistas anteriormente, es el ejercicio legítimo de un derecho, junto con la característica que ambos grupos de derechos son considerados derechos fundamentales, lo que justifica que se pueda vulnerar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la imagen. Incluso a la memoria de los difuntos en vía ordinaria sin ningún tipo de discursión, a pesar de no ser un derecho fundamental.

Como vimos en el capítulo anterior, en virtud del ejercicio legítimo del derecho a la información y del derecho a la libertad de expresión, en muchas ocasiones, se veían lesionados los derechos consagrados en el art. 18 de la CE y la *memoria defuncti*. Cuando esto sucedía veíamos que era necesario ponderarlos para ver cuál de ellos prevalece. Esta ponderación se justifica porque son derechos del mismo rango, fundamentales. En el caso de la memoria de los fallecidos también se realizaba debido a la existencia de posos de dignidad que perduran tras la muerte de la persona. En estos casos, se considera, como vimos, que no hay intromisión siempre y cuando se cumpla adecuadamente con los requisitos ya estudiados. En definitiva, se permiten tales

del mismo. Dicho de otra manera, está destinada esta ley solo para el aspecto moral de la memoria.

⁸⁴⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 335 y ss.

⁸⁴¹ HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, págs. 203 y ss.

intromisiones por el ejercicio legítimo de esos derechos, siempre que se cumplan con los requisitos exigidos y, por el fin que, como vimos, persiguen.

Sin embargo, reiteramos que para que realmente esas intromisiones se deban considerar legítimas la clave está, en el interés general, en el verdadero fin que tendría que tener y no en la mera satisfacción de la curiosidad a veces morbosa de la sociedad. No debería mezclarse ese interés con la audiencia que pudiera generar la divulgación de esa noticia o esa opinión sobre una noticia. Una vez más vemos la convergencia entre ambos derechos, con lo que realmente debería considerarse interés general para una sociedad. A nuestro juicio, insistimos que es, por tanto, necesaria una redefinición de lo que realmente es interés público para la sociedad y no para la audiencia (que tantos beneficios económicos genera en los medios de comunicación) y para el caso de la veracidad, es importante que se utilizar un carácter más objetivo

Para una correcta ponderación de los derechos consagrados en el art. 20 de la CE con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la memoria del difunto, se debería ajustar esa ponderación en primer lugar con los arts. 2. 2 y 8 de la 1/1982, es decir, si se cumple con las causas de justificación, comprobar si hubo consentimiento de la persona, en caso de la memoria del difunto el consentimiento no opera. También hay que observar si esa intromisión está permitida conforme a una ley, o si una autoridad competente permite esa intromisión. En el caso de la imagen, si existen las excepciones contenidas en el art. 8. 2 de la LO 1/1982. Y también si predomina un interés histórico, científico y cultural relevante. Esta es la clave: que sea relevante. Posteriormente nos detendremos en las pautas o requisitos para que prevalezca la libertad de expresión e información, y creemos que lo esencial es el interés público, general, que realmente la información difundida sea relevante. Una vez comprobado pasaremos a analizar si hay expresiones vejatorias o no, o si la noticia es veraz en el caso del derecho a la información (sin olvidar la opinión crítica que nos merece la veracidad puesto que como

venimos diciendo no se le debería dar tanta importancia ya que, si la información es falsa finalmente no cumple con el fin de formar a la opinión libre y democrática y si falta a la verdad es contraria por tanto a la esencia del derecho a la información y a la propia libertad de expresión, confunde a la opinión pública y no cumple el objetivo que se supone debe tener⁸⁴². Sin olvidar que, además, el hecho de que sea veraz no significa que no se puedan ver dañados otros derechos u otra parcela de la memoria del difunto).

Lo cierto es que, actualmente, como venimos diciendo, se realiza una interpretación poco estricta de lo que se entiende por interés público y una idea de la veracidad basada sólo en la buena diligencia del que informa y si se cumple con los requisitos exigidos prevalece el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión, es decir, el ejercicio correcto de estos derechos y no va a considerarse ilegítima la intromisión a los derechos contemplados en el art. 18 de la CE. Ahora bien, a nuestro juicio, esto no significa que no haya daño precisamente porque, por ejemplo, en el caso de la veracidad, una cosa es que en virtud de la misma se considere una intromisión como legítima y que, por tanto, no pueda decirse que existe una vulneración a la memoria del difunto y otra cosa es que en realidad no haya causado un daño cuando estamos ante informaciones objetivamente falsas pero que se quedan sin responsabilidad amparadas por dicha veracidad. Es decir, el hecho de que se cumpla el requisito de la veracidad no quiere decir que ya no se cause un daño a la memoria. Sin olvidar que en muchas ocasiones, a pesar de estar ante una noticia considerada veraz, esto suponga una intromisión en el derecho de la intimidad o en la memoria del difunto cuando se terminan divulgando datos de su vida pasada. O cuando lo expresado o informado excede de lo que debería considerarse interés general. Puede existir un daño y si es así debería repararse o evitarse en un futuro.

⁸⁴² LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, cit., págs. 154 y ss.

En conclusión, igual que admitimos que puede haber intromisiones ilegítimas que no causen daño alguno, consideramos que esas intromisiones ilegítimas que pasan a ser legítimas, por los motivos expuestos, pueden conllevar un daño⁸⁴³ a la memoria del difunto. Es decir, se permite la intromisión por el ejercicio de los derechos consagrados en el art. 20. 1 de la CE, y/o porque se dan las causas de justificación contempladas en la LO 1/1982, pero esto no significa que no haya desaparecido el daño a la víctima o a la memoria. El daño se mantiene, sigue, y si hay daño, hay que repararlo⁸⁴⁴. Se puede causar un daño y no tener consecuencias económicas por haber actuado diligentemente⁸⁴⁵, y si se cumple con los requisitos exigidos para el derecho a la libertad de expresión y para el derecho a la información para que prevalezcan, estaremos ante esa situación. Pero a pesar de ello, como decimos, creemos que debe repararse el daño causado. Un ejemplo, repetimos, lo encontramos en la veracidad: una información puede ser falsa, pero si cumple con ese requisito no genera ningún tipo de responsabilidad, pero aún así el daño existe, con independencia de que podamos exigir responsabilidades. Ese daño queda sin reparar y no es justo. Podemos considerar que cuando se dan las causas de justificación contempladas en la LO 1/1982 ese daño debemos soportarlo, pero cuando entra en conflicto con los derechos consagrados en el art. 20 de la CE, y

⁸⁴³ En palabras de LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones..., cit.*, pág. 159: “En todo caso, aún admitiendo la necesidad de tales intromisiones en el derecho al honor individual, en aras de los intereses generales, nada debería oponerse a que civilmente se repare el daño causado a la víctima del deshonor, mediante la correspondiente indemnización. Precisamente la responsabilidad civil moderna, orientada al único objetivo de la reparación del daño, carece de todo matiz de reproche al causante del mismo. Pero lo cierto es que cuando nuestros tribunales reputan como legítima la intromisión en el derecho al honor, y así lo hacen siempre que se cumple el criterio subjetivo de veracidad, privan a la víctima de toda indemnización, lo que me parece injusto”.

⁸⁴⁴ Como brillantemente afirma LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones..., cit.*, pag. 159, cita 79, apuntada anteriormente: “Se trata, en realidad, de comprender adecuadamente el requisito de la antijuricidad dentro de la teoría del moderno derecho de daños. La dimensión institucional de la libertad de expresión puede justificar que ciertas afirmaciones erróneas o falsas lesionen el derecho al honor del ciudadano, en aras de los intereses generales; pero desde luego no convierte en justa la difamación. La conducta del informador diligente pero falaz no merecerá reproche, ni será antijurídica, pero el daño sigue siendo injusto, y tal es el concepto moderno de antijuricidad (...)”. Estamos de acuerdo con el autor, pero pensamos que si añadimos algún elemento más a la veracidad, no solo el que sea diligente el que informó o divulgó, sí podrá ser responsable civilmente, porque si en la carga de la prueba se ve que no fue diligente al pedirle más requisitos finalmente algo de culpa habrá.

⁸⁴⁵ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones..., cit.*, pág. 62 y 208 cuando afirma que una conducta conforme al derecho puede causar un daño.

sólo en cuanto la veracidad, estemos ante una información objetivamente falsa, ese daño no tenemos por qué soportarlo y debe ser reparado. La justificación la encontramos en la antijuricidad del daño en sí mismo, como indica LLAMAS POMBO: “(...) la cuestión se acaba dilucidando en materia de causas de justificación: la conducta que causa un daño, aunque no sea ilícita, genera responsabilidad cuando no está justificada, cuando el perjudicado no tiene por qué sufrir el daño. Lo que significa que la responsabilidad es controlada mediante la idea del ejercicio regular del derecho a obrar. Solo se atribuye al causante el daño que es injusto y lo será el daño que se causa sin derecho a ello”⁸⁴⁶.

4. 2. VÍAS DE PROTECCIÓN ANTE DAÑOS A LA *MEMORIA DEFUNCTI*

El art. 9. 2 de la LO 1/1982 detalla cuáles son las medidas de protección ante intromisiones al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la memoria de los difuntos. En concreto enuncia que: “La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en

⁸⁴⁶ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, cit., pág. 53.

sus derechos. Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad”.

Ya comentamos anteriormente que para proteger la memoria de los difuntos ante intromisiones ilegítimas a la misma tenemos que acudir a la protección civil contenida en la LO 1/1982. Dicha ley no distingue las medidas de protección en cuanto a personas vivas o a la memoria del difunto por tanto, en un principio, todos los medios de tutela contenidos en el art. 9.2 de la LO 1/1982 se aplicarán también para la de la *memoria defuncti*⁸⁴⁷. Eso sí, debemos matizar que cuando la ley se refiere al restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos aquí sí hay que distinguir entre personas vivas y fallecidas puesto que estos ni se pueden ver ya perjudicados ni pueden restablecerse sus derechos porque ya no los tienen⁸⁴⁸. Pero cuando se pruebe la existencia de daño a la memoria, en cuanto prolongación de su personalidad, se deben accionar los mecanismos comprendidos en dicho art. 9. 2 de la LO 1/1982 para no dejar sin tutela la memoria del difunto.

La doctrina clasifica estas medidas de distinta manera. Hay quien considera⁸⁴⁹ que se dividen por un lado en medidas cautelares, entre ellas el cese inmediato de la intromisión ilegítima que comprenderán el secuestro de publicaciones y por otro medidas reparadoras para restablecer al perjudicado el pleno disfrute de sus derechos, tales como la rectificación, la difusión de la sentencia, y la indemnización de los perjuicios causados, y las de prevención⁸⁵⁰. Otros⁸⁵¹ estiman que se dividen en acciones de cesación, acción de abstención, derecho de réplica, difusión de la sentencia y acción indemnizatoria. A lo que

⁸⁴⁷ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 223; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “La protección...”, *cit.*, pág. 139.

⁸⁴⁸ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 223.

⁸⁴⁹ HERRERO TEJEDOR, F., Honor..., *cit.*, págs. 271 y ss.

⁸⁵⁰ La misma clasificación utiliza VIDAL MARIN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, BOE, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, págs. 207 y ss., que las divide en esos tres grupos: medidas cautelares, medidas reparadoras y medidas preventivas

⁸⁵¹ MARTIN CASALS, M., “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor”, en *El mercado de las ideas*, SALVADOR CODERCH, P., Director, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990, pág. 383.

añaden el derecho de rectificación, considerando que la cesación y abstención atacan el daño para eliminarlo o evitarlo e impidiendo que se repita, y la difusión de la sentencia y el derecho de réplica como resarcimiento de forma específica compatible con la acción de indemnización de daños y perjuicios. Otra clasificación ofrecida es la que considera que las medidas comprenden la acción inhibitoria para impedir o cesar la divulgación de información objetivamente falsa, la acción de retractación regulada en la LO 2/1984, de 26 de marzo relativa al derecho de rectificación, la acción declarativa basada en la publicación de la sentencia y la acción indemnizatoria para daños patrimoniales y daños morales, junto con la acción de enriquecimiento injusto para el derecho a la imagen y a la intimidad⁸⁵².

Por su parte, ALONSO PÉREZ ordena dichas medidas en acciones de cesación para poner fin a la intromisión ilegítima, en acciones cautelares para prevenir o impedir posteriores intromisiones, en acciones defensivas que dan derecho de réplica, en acciones reparadoras (como la difusión de la sentencia) y en acciones indemnizatorias⁸⁵³.

Otra clasificación divide estas medidas entre las cautelares, las de prevención y las reparadoras. Estas últimas se dividen en dos vías compatibles y no excluyentes, la reparación en forma específica (como la réplica, la rectificación, la difusión de la sentencia, etc.) y la reparación en forma dineraria bien en función de satisfacción para el daño moral o por equivalencia para el daño patrimonial⁸⁵⁴.

Para nosotros estas medidas son las preventivas o tutela inhibitoria, entre las que se comprenden las acciones de abstención, cesación, y la rectificación; y las reparadoras, entre las que se comprenden las de forma específica como la difusión de la sentencia, en algún caso la rectificación (cuando tras rectificar el

⁸⁵² PANTALEÓN, F., “La constitución...”, *cit.*, pág. 210.

⁸⁵³ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 27.

⁸⁵⁴ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 223.

medio por orden del juez de rectificación se considere que la misma cumplió la función satisfactiva ante el daño a la memoria) y las indemnizatorias. Sin olvidar que, como indica la nueva modificación introducida en el art. 9 de la LO 1/1982, para asegurar la efectividad de estas medidas podemos acudir a la tutela cautelar.

4. 2. 1. Acciones de cesación, abstención y tutela inhibitoria

Como vemos, el abanico de protección contenido en el art. 9.2 de la LO 1/1982 frente a las intromisiones ilegítimas que causan daño es mucho más amplio que el que teníamos con la aplicación del art. 1902 del CC⁸⁵⁵. Ya que, junto con la clásica reparación del daño contenida en dicho artículo del CC, se reconoce expresamente la posibilidad de prevenir el daño. Es decir, no solo se reparará una vez producido el daño, sino que también se contempla prevenir el mismo.

Tutela reparadora y tutela civil inhibitoria. O lo que es lo mismo la división del moderno derecho de daños. Como ya indicaba hace tiempo LLAMAS POMBO, entre otras pautas se encuentra el desplazamiento de la protección a la víctima del daño y no hacia el dañador unido a la dificultad de encajar otra cosa que no sea reparación-resarcimiento en la responsabilidad civil. Asimismo del clásico *alterum non laedere* también se puede extraer la necesidad de evitar un daño: “(...) Del viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. No dañar supone, obviamente, reparar el daño causado; pero sobre todo eso, no causar daños o, lo que es igual,

⁸⁵⁵ Afirma RODRIGUEZ GARCIA, C. J., “La protección de los llamados derechos de la personalidad: honor de la persona jurídica. Comentario jurídico a la sentecia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1989”, en *AC*, núm. 33, 1990, pág. 481, que antes de la LO 1/1982, los daños morales solo podrían ser reparados por el art. 1902 del CC frente a daños ya causados, y tras dicha LO la situación cambia, señala el autor que: “Cabría decir, aunque sea simplificando mucho que, el art. 1902 solo miraba hacia atrás, si ha causado un daño que lo repare, y por el contrario, que la Ley de 1982 mira hacia atrás y hacia delante, es retroprogresiva. Si ha causado un daño que lo repare, pero además que no se vuelva en lo sucesivo, que no se repita, que se eviten los medios que puedan dar lugar a la repetición o reiteración de estos daños (...)”.

evitar que se produzcan. De manera que el moderno derecho de daños, indudablemente todavía en construcción, ha de bifucarse para comprender dos manifestaciones distintas: a) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria; b) La responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria⁸⁵⁶ y mediante las reparaciones en específico.

No podemos olvidar que el derecho de daños posee diversas funciones⁸⁵⁷, no sólo la resarcitoria.

1. La función demarcatoria, que establece las fronteras entre los ámbitos de la libertad de actuación con la protección de determinados bienes e intereses que limitan aquella en cuanto que la producción de un daño a los mismos unido a la necesidad de su protección generan responsabilidad⁸⁵⁸. Así lo vemos tanto en el ámbito de la libertad de actuación como en el caso de la libertad de expresión e información con la protección del derecho al honor, a la intimidad, a la imagen⁸⁵⁹ y a la memoria del difunto. Por lo que, como vimos, tenemos que marcar los límites de la libertad de expresión e información para evitar daños a la memoria del difunto. Lo que es lo mismo, establecer cuando estamos ante un ejercicio correcto de estos derechos reconocidos en el art. 20 de la CE, cuando hay causas que justifican en ocasiones el daño a la *memoria defuncti* y cuando no en aras de proteger ese bien o interés que es la memoria de los fallecidos.

⁸⁵⁶ Una obra de referencia sobre la misma es el amplio estudio que realiza LLAMAS POMBO, E., “La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de daños), en *Revista Práctica de Derecho de daños*, núm. 7., julio 2003, págs. 6 y ss.

⁸⁵⁷ En relación a las funciones del derecho de daños, MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, págs. 1238 y ss; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado...*, *cit.*, págs. 60 y ss; SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑERA PALOU, M^a. T., *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 103 y ss; Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños...*, *cit.*, págs. 42 y ss; LLAMAS POMBO, E., “La tutela...”, *cit.*, págs. 6 y ss; Díez PICAZO, L., *El escándalo...*, *cit.*, págs. 95 y ss. LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, págs. 12 y ss.

⁸⁵⁸ Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños...*, *cit.*, pág. 43; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 12.

⁸⁵⁹ Añaden, SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PALOU, M^a. T., *Prevenir...*, *cit.*, pág. 103 que: “(...) en Derecho privado, el punto de partida es favorable a la libertad de actuar (*in dubio pro libertate*), no a la prohibición ni siquiera a la reglamentación de la actividad de que se trata”.

2. La función preventiva implica que el derecho de daños no puede conformarse con actuar solamente *ex post* sino que también debe actuar *ex ante*, con la finalidad de evitar o disminuir los costes de los accidentes, motivando comportamientos eficientemente precavidos⁸⁶⁰. Se puede decir que puede haber una especie de prevención general que supone que se deberá compensar a quien no fue precavido y, por esto, pretenderá serlo en un futuro, es decir, prevención especial⁸⁶¹.

3. La función compensatoria, o lo que es lo mismo, la función tradicional, la resarcitoria o indemnizatoria. El daño ya se ha producido y si la reparación es vía resarcitoria cumple con esta función compensatoria. Esta se dará cuando estemos ante daños patrimoniales, ya que para calcular la indemnización se tendrá en cuenta la pérdida económica del acreedor para restablecer el equilibrio patrimonial perdido⁸⁶². En esta función, el Derecho civil interviene *ex post*. Se trata de compensar a la víctima por el daño sufrido, de tal manera que se tiene que sentir en la misma situación en la que estaría si no se hubiera producido el

⁸⁶⁰ SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PALOU, M^a. T., *Prevenir...*, *cit.*, págs. 110 y ss; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 12, matiza que: “(...) tal función preventiva no necesariamente ha de identificarse con la punición, pues la disuasión de los comportamientos dañosos no viene de la sanción o castigo, sino del establecimiento de una indemnización tal que a la víctima le hubiera resultado indiferente sufrir el daño y cobrar la indemnización, que no sufrir aquél ni cobrar ésta”.

⁸⁶¹ Para DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños...*, *cit.*, págs. 47 y ss., el problema de admitir la función de prevención radica en determinar qué tipo de prevención se trata. Si es entendida como un “impulso psicológico” que tiene la persona que al conocer la norma se abstiene de realizar una conducta para evitar las consecuencias para él perjudiciales que derivarían de ella, es decir una prevención general. De ser eso, puede ser admitida esa función preventiva igual que la prevención especial que se basa en que la persona no fue precavida y por tanto fue condenada a indemnizar pero esa prevención influye en no realizar esas acciones. Ahora que señala en relación a ésta que si el costo de ser precavido es muy alto y el no serlo es más beneficioso, ya que las indemnizaciones que hay que dar son aceptables, el ser condenado a indemnizar pero que en un futuro suponga que decidirá ser precavido (prevención especial) es a su juicio de difícil aceptación. Por otro lado, si entendemos la prevención no ya como un impulso psicológico sino como:” una actividad racional del homo economicus: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de los accidentes”. Sería una especie de prevención disuasoria; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 13.

⁸⁶² LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 18; DIEZ PICAZO, L., *El escándalo...*, *cit.*, pág. 96.

daño por el que se compensa a la víctima⁸⁶³. Se hace mediante una indemnización pecuniaria.

4. La función satisfactiva. Aquí también hay un daño a consecuencia de un ilícito civil y hay que repararlo. Se trata de proporcionar satisfacción a la víctima, satisfacer su interés. Esta es la usual reparación del daño moral. Es decir, la víctima se podrá encontrar tras esta reparación ante una situación parecida a la que tenía antes del acto ilícito, pero no en la misma situación. En la anterior función, la pérdida patrimonial se podía comparar, aquí no⁸⁶⁴. Para empezar, el daño moral en sentido estricto no se puede reparar⁸⁶⁵. Por tanto, se ofrecerá una indemnización que no pasará de una mera satisfacción que aliviará a la víctima ante el daño sufrido. Por eso, en los casos de daño moral, se habla más de una función satisfactiva que compensatoria. Como indica LLAMAS POMBO⁸⁶⁶, ante daños morales es: “(...) imposible la prestación de un equivalente pecuniario. Sencillamente, por definición, no puede hablarse de equivalente pecuniario de algo que, por hipótesis, es extrapatrimonial y, por tanto, no pecuniario. En estos supuestos, la denominada cuantificación del daño no se produce por referencia a ningún equivalente, ni obedece a ninguna relación de equivalencia, sino que queda al arbitrio de los Jueces y Tribunales. Y, por

⁸⁶³ MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, pág. 1239.

⁸⁶⁴ Para MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, págs. 1238 y ss., la función compensatoria es de dos tipos, la que se aplica a los daños patrimoniales, que se basa en reemplazar los medios dando unos medios equivalentes para la consecución de los mismos fines. La indemnización compensatoria llena el vacío patrimonial y sitúa el patrimonio de la víctima en la misma situación en la que estaría si no se hubiera producido el daño. Por otro lado, la que se aplica a los daños morales, donde la compensación ayuda a la víctima a perseguir otros fines que le dejen en una situación tan favorable como la que tenía antes del daño, otorgándole una satisfacción de deseos distintos. Lo que le ha dado al autor lugar a determinar que en relación con la compensación del daño moral tenemos que tener en cuenta dos teorías, la del *solatium*: que supone compensar el daño moral incrementándole económicamente de tal manera que pueda tener placeres adicionales con los que compensar los padecimientos desagradables sufridos; y la teoría de la superación, donde el daño moral se compensa con una indemnización que ayuda a superar los sentimientos desagradables. Junto a esta función compensatoria considera el autor que se añada otra función, especialmente para las indemnizaciones de daños al honor, y es la de deagravio o satisfacción, por tanto para los daños morales hay una doble función, la de compensación con las peculiaridades comentadas y la de satisfacción.

⁸⁶⁵ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños...*, *cit.*, pág. 328; MACIAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 2; DIEZ PICAZO, L., *El escándalo...*, *cit.*, pág. 97.

⁸⁶⁶ LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 25.

tanto, existirá indemnización, pero no por equivalente, sino de carácter compensatoria, a la que podíamos llamar compensación satisfactiva”.

5. La función distributiva, que se basa en distribuir *ex ante*, por ejemplo motivando la contratación de un seguro de responsabilidad civil, y *ex post*, forzando, mediante la condena a indemnizar, transferencias de recursos de dañador a víctima, la estimación económica del daño⁸⁶⁷.

Para el Derecho civil de daños y, sobre todo en el campo en el que nos movemos de protección a la memoria del difunto, es indudable que la prevención es mejor que la reparación⁸⁶⁸. Sin duda, existiendo daños no hay otra opción que compensarlos. Pero consideramos que, si se puede, es mejor intentar evitarlos⁸⁶⁹. Dicho de otra manera, si se puede evitar, lo más acertado es procurar evitarlo⁸⁷⁰. No tiene sentido esperar a que el daño se produzca si hay posibilidad de prevenirlo o por lo menos disminuirlo. Sobre todo si los derechos dañados son el honor, la intimidad y la imagen, y con mayor razón la *memoria defuncti*, puesto que la tutela inhibitoria en estos casos se debería convertir en el mecanismo principal a utilizar antes de esperar a una reparación de algo que de entrada no es reparable⁸⁷¹. En definitiva, como vimos al hablar de las fuentes del derecho de daños, el Derecho civil no puede basarse solamente en la reparación del daño, tiene que prevenirlo⁸⁷².

⁸⁶⁷ SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PALOU, M^a. T., *Prevenir...*, *cit.*, pág. 107; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 12.

⁸⁶⁸ Recuerda BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 224, las palabras del ministro Cabanillas en la presentación del Proyecto de Ley relativas a la prevención de los daños: “Si la indemnización es un aspecto importante de la violación de los derechos de la personalidad, no lo es todo. La doctrina moderna de daños destaca con acierto que el fin primario de este derecho debe ser la prevención y no la indemnización (...)”.

⁸⁶⁹ SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PALOU, M^a. T., *Prevenir...*, *cit.*, pág. 10 y pág. 113 afirman que: “La función preventiva, además de la compensatoria, precisa y enriquece el concepto de compensación, lo integra pero no lo sustituye”.

⁸⁷⁰ CARBONNIER, J., *Derecho civil*, t. II, vol. II, trad. ZORRILLA RUÍZ, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 64.

⁸⁷¹ MACIAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 193.

⁸⁷² LLAMAS POMBO, E., “La tutela...”, *cit.*, pág. 8.

Asumida la necesidad de la función preventiva del derecho de daños, tenemos que reiterar que, el mismo está integrado por una tutela civil inhibitoria, destinada a evitar o disminuir los daños, y una tutela reparadora de éstos, provista ésta última con diferentes maneras de reparación⁸⁷³, no sólo la resarcitoria o indemnizatoria como veremos más adelante.

Llegados a este punto, lo siguiente que se nos plantea es definir qué entendemos por tutela civil inhibitoria. En palabras de LLAMAS POMBO: “(...) podemos definir la inhibitoria como una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado”. Tutela atípica que se dirija, mediante obligaciones de hacer o no hacer, a establecer conductas preventivas ante daños amenazantes siempre que cumpla con una serie de elementos: la existencia de un daño amenazante, la injusticia de ese daño amenazante, es decir, un comportamiento antijurídico, una relación de causalidad entre ese comportamiento antijurídico y el daño amenazante y, por último, la posibilidad material de evitar la causación de ese daño⁸⁷⁴.

⁸⁷³ LLAMAS POMBO, E., “La tutela...”, *cit.*, pág. 12.

⁸⁷⁴ De acuerdo con la opinión de LLAMAS POMBO, E., “La tutela...”, *cit.*, págs. 14 y ss., en el Derecho español existen varios supuestos de tutela inhibitoria típica pero falta la existencia de una tutela atípica ante cualquier daño amenazante a diferencia de otros países como Alemania, Francia o Italia que ya la han formulado hace unos años. Por tanto, considerando la importancia de prevenir los daños amenazantes consideramos que se debe extender a la generalidad de los mismos cuando concurren los requisitos mencionados que en palabras del autor deben consistir en: “un daño amenazante, la previsión razonable de que va a lesionarse un determinado interés del demandante digno de protección, sea individual o difuso (...) Un comportamiento antijurídico, en la medida en que solo esa antijuricidad permite restringir la libertad del demandado en beneficio de la protección del interés del demandante (...) se basa en la injusticia del daño amenazado (...) Una relación de causalidad entre ambos elementos (...), el demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, casualmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla. Posibilidad de evitar la causación del daño...es preciso que cumpliendo la obligación de hacer o no hacer en que consiste la inhibitoria, efectivamente sea posible frustrar ese curso causal que inicialmente conduciría a la generación del perjuicio (...)”.

Como ya hemos indicado, entre las acciones contenidas en el art. 9. 2 de la LO 1/1982 para proteger la memoria del difunto con carácter preventivo, contamos con la acción de cesación y la acción de abstención⁸⁷⁵. Ambas vertientes de la tutela inhibitoria⁸⁷⁶ que pueden adoptarse con carácter cautelar, siempre y cuando la amenaza del daño sea inminente y por tanto requiera medidas de urgencia, y de manera definitiva cuando no se advierta tanta celeridad pero sí exista un fundado temor de sufrir un daño por lo que se solicitará de manera definitiva en un procedimiento ordinario⁸⁷⁷.

La acción de cesación⁸⁷⁸ muchas veces se ha considerado una medida reparadora utilizada por los jueces para evitar que el daño se repita o agrave pero en realidad es una medida más de tutela inhibitoria con una finalidad claramente preventiva que nada tiene que ver con la finalidad reparadora del derecho de daños⁸⁷⁹. La tutela inhibitoria en su vertiente de cesación supone tomar medidas con carácter cautelar para que el daño no se produzca, se prolongue o se agrave, o bien con carácter definitivo solicitando el cese de la conducta ilícita⁸⁸⁰. Se puede, por ejemplo, solicitar al juez la destrucción del medio técnico de reproducción, como una cinta magnetofónica, planchas de imprenta, etc⁸⁸¹. Sin embargo, esta vertiente de la tutela inhibitoria es menos eficaz que la acción de abstención porque cuando en los medios de

⁸⁷⁵ Consideraba HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 277 que una clara medida preventiva es la llamada acción de jactancia, de carácter declarativo ordenando al demandado a que no vuelva a cometer agresiones contra la víctima porque en caso contrario se le puede condenar a perpetuo silencio en relación a la intromisión ilícita cometida.

⁸⁷⁶ MACIAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, págs. 194 y ss.

⁸⁷⁷ LLAMAS POMBO, E., “La tutela...”, *cit.*, págs. 18 y ss; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, págs. 194 y ss.

⁸⁷⁸ Reconocía CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., “La protección...”, *cit.*, pág. 708 que: “La tutela al honor en vía civil es amplia, debiendo abrazar como dice GANGI, todas las manifestaciones del sentimiento de estima de la persona...y otorgar al ofendido no sólo el poder accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado”.

⁸⁷⁹ LLAMAS POMBO, E., “La tutela...”, *cit.*, págs. 20 y ss; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, págs. 18 y ss.

⁸⁸⁰ MACIAS CASTILLO, A., “Las medidas cautelares y la protección de la propia imagen: el caso de Telma Ortíz”, en *Revista Comunicación y Pluralismo*, 09, dir. MARTÍNEZ VALLVEY, F., Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2010, pág. 179.

⁸⁸¹ MARTIN CASALS, M., “Idemnización...”, *cit.*, pág. 383; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 398.

comunicación surge una información relativa a una persona fallecida, la mera difusión de esa información ya causa un daño irreparable. En los casos en los que los familiares no sean concedores de la divulgación o que no se pueda controlar la destrucción de ese material, por ejemplo copias de una grabación navegando por internet, es difícil que puedan accionarla para evitar ese daño. En estos casos, la tutela inhibitoria no sería tan eficaz, siendo más eficiente la acción de abstención⁸⁸².

La acción inhibitoria de abstención, como decimos, es más eficaz ya que con ella se quiere asegurar que no se repitan las conductas ilícitas que dieron lugar a la intromisión ilegítima en la memoria del difunto o conductas ilícitas semejantes⁸⁸³. También se puede solicitar tanto con carácter cautelar como de manera definitiva⁸⁸⁴. Los supuestos en los que caben acciones de abstención que se adopten con carácter cautelar (porque el daño es inminente y requiere adoptar con urgencia dicha medida para evitar que se produzca, repita o agrave) son dos. Por un lado, cuando las personas legitimadas para defender la memoria del fallecido conozcan de la emisión y contenido del programa, publicación, etc., donde se va a hablar de aquel y consideren que causará un daño a la *memoria defuncti*. En estos casos, el carácter urgente hará que el juez pueda suspender dicho programa, publicación, etc. Por otro lado, cuando ya ha comenzado o se está empezando a producir la conducta ilícita y se pretende paralizarlos para que

⁸⁸² MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 196.

⁸⁸³ Señala MARTIN CASALS, M., “Indemnización...”, *cit.*, pág. 383 que se puede solicitar la prohibición de edición, publicación o reproducción por cualquier medio del artículo.

⁸⁸⁴ Considera BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 272 y ss., que las medidas preventivas a las que hace referencia el art. 9.2 de la LO 1/1982 no son medidas cautelares. La autora entre las medidas contempladas en dicho artículo realiza una clasificación considerando que por un lado están las acciones cautelares y las de prevención o prohibición de intromisiones ulteriores y de otro las reparadoras. Es decir, distingue entre las cautelares y las de prevención a las que no considera como tal, las denomina medidas de cautela: “En efecto, estoy de acuerdo con Bercoviz cuando dice que habría que distinguir entre las auténticas medidas cautelares, para asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el procedimiento principal, y las mal llamadas medidas cautelares, cuya finalidad es acordar la protección urgente del perjudicado (...)”. Estima que las preventivas: “(...) cuando el legislador utiliza ese término no se refiere a las que se puedan...solicitar con anterioridad a la demanda basadas en un temor racional y objetivamente fundado contra una previsible infracción, sino prevenir ulteriores intromisiones o prohibirlas, es decir, aquellas que se solicitan en el petitum de la demanda y en caso de ser estimada, se condene en ese sentido, a modo de una condena de no hacer, que en el futuro se abstenga, y de ahí se previene, de realizar las mismas”.

no se agrave el daño⁸⁸⁵. Sin olvidar que pueden adoptarse acciones de abstención de manera definitiva, como condena de futuro para que no se repitan esas intromisiones ilegítimas, basadas en la amenaza de un daño a la memoria del difunto o al temor a un agravamiento de dicho daño, y de prosperar, como indicamos, supondrá que el demandado no podrá llevar a cabo nuevas vulneraciones a la memoria del difunto, continuarlas o realizar conductas similares⁸⁸⁶.

Un ejemplo de adopción de estas medidas de cesación y abstención lo encontramos en la STS 350/1993, de 2 de febrero. El caso versa sobre la publicación de un libro en cuya presentación se divulgan datos privados de una persona fallecida y posteriormente se publica en una conocida revista. El hijo de los fallecidos demandó a los autores, a la editorial y a la revista considerando que la preparación, redacción y publicación del libro suponía una intromisión al honor, intimidad e imagen del mismo y de sus padres y que la posterior publicación en la revista suponía una intromisión al honor y a la intimidad de su padre. El Juzgado de primera instancia de Madrid, cuya sentencia fue recurrida en apelación, confirmando la anterior salvo en una modificación en la indemnización y que posteriormente fue también confirmada por el TS, consideró que: “Declaro que el libro "DIRECCION000" del que son autores los dos primeros, editor el tercero y director de la colección el cuarto constituye intromisión ilegítima en los derechos de intimidad, honor y propia imagen de los actores. Tercero.- El suelto "DIRECCION001" publicado en el núm. NUM000; (junio 1985) de la revista Cambio-16 constituye intromisión en los Derechos de Honor e Intimidad de D. Jose Ángel. Cuarto.- Los demandados D. Marcelino, D. Jose Augusto, D. Federico y Editorial Planeta, S.A. indemnizarán conjunta y solidariamente al actor, en la cantidad que resulte de multiplicar el núm. de ejemplares del libro vendidos por su valor facial más la cantidad de dos millones

⁸⁸⁵ MACÍAS CASTILLO, A., “Las medidas...”, *cit.*, págs. 187 y ss.

⁸⁸⁶ Considera YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 399 que se prevé la acción de abstención: “(...) para prevenir o impedir intromisiones ulteriores, al más viejo estilo de las acciones negatorias de jactancia, que, de prosperar, conminará al agresor a no cometer nuevas intromisiones”.

de ptas., sin que la suma total de ambos pueda exceder de cinco millones de ptas. (5.000.000). De esa cantidad el 62,5% se entregará a la fundación "Patronato Marqués de Urquijo" conforme se pide o para los fines que se dicen en el apartado 3. del suplico de la demanda y el 37,5% restante se entregará al actor D. Daniel. Quinto.- D. Marcelino, D. Juan Ramón e Información y Revistas, S.A. indemnizarán conjunta y solidariamente al actor en un millón de ptas. que se entregará en los términos del apartado 4. del suplico de la demanda. Sexto.- Cambio-16, una vez firme esta Sentencia publicará en la misma página, y lugar donde se publicó el suelto atentatorio y con idénticos caracteres tipográficos el encabezamiento y parte dispositiva de esta Sentencia. Séptimo.- Editorial Planeta, S.A. y D. Federico retirarán del mercado el resto de los ejemplares del libro " DIRECCION000 " que será secuestrado. Así como las planchas, plantillas, pruebas, originales y fotografías relativas a los actores, Elementos que serán destruidos. Octavo.- Editorial Planeta, S.A. D. Marcelino y D. José Augusto se abstendrán de publicar cualquier hecho, expresión o manifestación respecto del actor y de las personas en cuya memoria actúa, a excepción de los que resulten de decisión judicial y queda prohibida la utilización del contenido de susodicho libro para su exhibición cinematográfica, videográfica o por cualquier otro medio”.

Otros ejemplos los vemos en sentencias ya comentadas como la sentencia de la AP de Madrid, 382/2007, de 27 de junio, donde al considerar la existencia de intromisión a la memoria de la madre del actor por revelar el nombre del padre de aquel se determinó, entre otras medidas, que se abstuvieran en lo sucesivo de realizar intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad personal y familiar del hijo y de la fallecida madre. También en la STS 9265/2011, de 7 de diciembre, donde entre otras cosas se condena a la “cesación inmediata de dicha intromisión ilegítima en los derechos de la vida privada de los demandantes y en la memoria de sus padres (...)”.

a) La tutela inhibitoria y la responsabilidad del comunicador.

Como vimos en capítulos anteriores, cuando entra en conflicto la *memoria defuncti* con la libertad de expresión e información los Tribunales entraban a valorar si esa información tenía interés público, si había expresiones vejatorias y en el caso del derecho a la información, si esa información era veraz, es decir, si ha cumplido con un mínimo de diligencia por parte del informador. Si esto sucedía, el mismo quedaba libre de toda responsabilidad civil porque como indican los tribunales, si la información es veraz, no hay intromisión ilegítima. Algo que ya comentamos nos parecía injusto, puesto que el daño a la víctima existe y queda sin reparar.

Entendemos que es un daño que la víctima tiene que soportar por la importancia de los derechos consagrados en el art. 20 de la CE, y que por eso no tenga responsabilidad civil el informador. Pero consideramos injusto que no se tome algún tipo de medida en estas situaciones donde el criterio para determinar si hay intromisión ilegítima es el criterio subjetivo de la veracidad⁸⁸⁷ (hablamos de los casos donde el resto de requisitos se cumplen, esto es cuando hay interés público y ausencia de expresiones vejatorias). Cuando hablamos de la veracidad en páginas precedentes, señalábamos la importancia de añadir un elemento objetivo a este requisito de la veracidad y que no se base tan sólo en la actitud del informador. Pero, sea como fuere, el propio art. 9.2 de la LO 1/1982 nos ofrece remedios en estas situaciones, es decir, la tutela inhibitoria alcanza un papel fundamental cuando una información es objetivamente falsa pero veraz y, por tanto, sin responsabilidad civil del informador. En este sentido, PANTALEÓN considera que los “remedios civiles defensivo-reintegradores”, para él las acciones inhibitorias, de retractación y declarativa (la difusión de la sentencia) son obviamente remedios que: “proceden contra las informaciones difamatorias objetivamente falsas, y el ar. 18.1 de la Constitución impone su estimación

⁸⁸⁷ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones...*, cit., pág. 160.

contra esa clase de informaciones, por más que los informadores hayan actuado al obtenerlas y publicarlas con la más exquisita de las diligencias profesionales (...) el juez deberá otorgar esa tutela inhibitoria solo cuando tenga la razonable seguridad de que se trata de una información difamatoria objetivamente falsa”⁸⁸⁸. Estamos de acuerdo en la casi totalidad con el autor, salvo que consideramos que la tutela inhibitoria se aplicará no solo cuando el juez tenga la certeza de que es una información objetivamente falsa, sino también cuando se den los requisitos vistos para poder aplicar dicha tutela, ya sea de forma cautelar si requiere urgencia o de forma definitiva ante un temor fundado de sufrir un daño, que continúe o que se agrave. Además no podemos olvidar que la veracidad sólo se aplica al derecho a la información, nunca ante la libertad de expresión. Pero sí es cierto que en los casos en los que la información es objetivamente falsa, la tutela inhibitoria juega un papel importante ya que propicia que la víctima que tiene que soportar ese daño solamente porque ha sido diligente el informador vea que al mismo se le pueda aplicar algún remedio jurídico ya que no sólo, como vemos, tenemos la acción de daños, la reparación⁸⁸⁹.

Por tanto, puede ocurrir que el periodista, aun existiendo a nuestro juicio daño, no tenga responsabilidad porque se considere que la víctima tiene que soportarlo, como veíamos en capítulos anteriores, entre otras cosas porque esa noticia tenga interés público, sea veraz y no tenga expresiones vejatorias. Lo que justifica por la jurisprudencia y parte de la doctrina que ese daño no se vaya a reparar, de manera específica o indemnizatoria. Pero eso no significa que no se puedan adoptar medidas para prevenir daños futuros. De ahí la importancia de la tutela inhibitoria, sobre todo en derechos tan difíciles de reparar y especialmente en la *memoria defuncti*. Puede que el periodista no tenga responsabilidad civil porque se cumple con la veracidad, pero nada impide que se puedan adoptar medidas de prevención. En concreto, la más adecuada es la acción de abstención

⁸⁸⁸ PANTALEÓN, F., “La constitución...”, *cit.*, págs. 213 y ss.

⁸⁸⁹ SALVADOR CODERCH, P., *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 75 y ss; SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PALOU, M^a. T., *Prevenir...*, *cit.*, págs. 38 y ss.

cuando se pueda ver por el juez que puede agravarse el daño, producirse un daño que ya no debe soportar o, sobre todo, en el caso de la veracidad para abstenerse en el futuro de reproducir informaciones que se saben que son objetivamente falsas.

b) Rectificación como tutela civil inhibitoria.

Ya vimos que la rectificación⁸⁹⁰ era una vía más para proteger a los derechos de la personalidad y a la *memoria defuncti*. Un proceso independiente regulado a través de la LO 2/1984, de 26 de marzo, que debe ejercitarse siete días después de la publicación o divulgación de la noticia y que al fallo del juez de rectificación se limita a dos posibilidades: la denegación de la rectificación o la ordenación de su publicación. No se plantea si realmente hay un daño o no que reparar⁸⁹¹.

La rectificación⁸⁹² requiere una información divulgada por un medio de comunicación que la persona aludida por ella considere que es inexacta y que le pueda causar un perjuicio⁸⁹³. Dicha persona aludida tiene siete días para acudir al medio de comunicación y pedir que se rectifique esa información. El medio, una vez recibido el escrito de rectificación, tiene tres días para decidir si rectifica o no. En el caso que rectifique mal o que decida no rectificar,

⁸⁹⁰ Sobre rectificación, GUTIÉRREZ GOÑI, L., *Derecho de rectificación y libertad de información*, Bosh, 2003; CUCARELLA GALIANA, L.A., *Rectificación, tribunales y medios de comunicación*, La Ley, Madrid, 2008; FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, La Ley, Madrid, 2008.

⁸⁹¹ Matiza SALVADOR CODERCH, P., *El derecho...*, *cit.*, pág. 75, que: “Se dirá que la persona afectada siempre puede instar y conseguir la rectificación de la noticia que considera falsa, al amparo de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación; sin embargo, en nuestro derecho, la acción de rectificación debe ejercitarse inmediatamente después de publicada la información que el afectado considere inexacta (...) y, desde luego, no se concibe como una acción declarativa del derecho al honor de quien la interpone (...)”.

⁸⁹² Solo aplicable al derecho a la información nunca a la libertad de expresión.

⁸⁹³ En concreto como ya hemos indicado, el art. 1 de dicha LO establece que: “Toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle un perjuicio. Podrán ejercitar el derecho a rectificación el perjudicado oído o sus representantes y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos”.

termina la “fase amistosa” ante el medio de comunicación y comenzará el procedimiento judicial de rectificación, a través de la acción de rectificación interpuesta por la persona aludida ante el juez de primera instancia de su domicilio o del medio de comunicación siete días después del momento en el que el medio de comunicación debía rectificar. Limitándose, como decimos, el juez a denegar o admitir la rectificación. Es un “proceso compatible con el ejercicio de acciones penales y civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos”⁸⁹⁴.

Pues bien, si el medio rectifica voluntariamente, obviamente no puede acudir al procedimiento verbal de rectificación y podemos entender que la persona aludida por esa información ve satisfecho su interés. Aunque no tiene por qué ser así y puede no ver satisfecho ese interés y acudir a otro proceso donde se determine si existió el daño o si en la ponderación con el derecho a la información (o incluso libertad de expresión que, aunque no se vea en la rectificación, puede haber estado presente y en este proceso sí se estudiará) es un daño que se tiene que soportar. Sobre esto volveremos en el epígrafe siguiente.

Si el medio rectificó mal, o simplemente no rectificó y el juez ordena la publicación de la rectificación, podemos estar en una situación en la que la persona aludida vea satisfecho su interés y no haga nada más o, por el contrario, que acuda, como decimos, al otro proceso. En el caso donde el juez ordena una rectificación y la persona aludida ve satisfecho su interés, se puede considerar que se ha reparado con la rectificación el daño de una manera específica, como veremos en el epígrafe siguiente. Pero si esa obligación de publicar la rectificación no le es suficiente a la persona aludida, no ve satisfecho su interés, no repara, y por tanto acude al otro procedimiento, podemos decir que la rectificación en este caso previene la producción de un daño amenazante o que se agrave, prolongue en el tiempo.

⁸⁹⁴ Art. 6 de la LO 2/1984, de 26 de marzo.

Lo que queremos decir es que la rectificación en estos casos puede ser un mecanismo de tutela civil inhibitoria. Cumple con la propia definición y elementos de la misma. Hay una orden del juez de rectificar, existe un temor de la existencia de un daño amenazante puesto que el presupuesto para poder rectificar es que la “divulgación pueda causarle perjuicio”, no que se haya producido un daño. Hay amenaza de un daño. Existe un comportamiento antijurídico por parte del informador cuando divulga esa información inexacta, una relación de causalidad entre ese comportamiento y la amenaza de que esa información le puede causar un daño y existe la posibilidad de evitar que se cause ese daño o por lo menos evitar que se agrave al publicar en poco tiempo una rectificación.

Es decir, en los casos donde los herederos del aludido además de la rectificación acuden a las acciones previstas en la LO 1/1982 y, por tanto, no vean satisfecho el interés, consideramos que la rectificación puede prevenir el daño⁸⁹⁵. Siempre y cuando no se haya producido efectivamente el daño, ya que en estos casos sólo queda repararlo. Es cierto que en este último caso, como veremos más adelante, el juez puede considerar que el daño se puede reparar de manera específica con la rectificación, añadiendo o no indemnización o, a la hora de calcular la indemnización, rebajarla debido a que ya se rectificó⁸⁹⁶.

Lo que es claro es que la rectificación no libera de responsabilidad civil. La finalidad que tiene el derecho de rectificación es diferente de la finalidad de las acciones civiles establecidas en la LO 1/1982. Mientras que en la

⁸⁹⁵ Consideraba PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 94 que la réplica era una manifestación de la defensa preventiva y restitutiva del honor de una persona y que: “evidentemente no excluye la pertinencia de otros medios de protección del honor, pues como señala con carácter general la antes aludida sentencia de 7 de febrero de 1962 la tutela del honor debe otorgar al ofendido no solo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado”.

⁸⁹⁶ Sobre todo si tenemos en cuenta como afirman SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PAOLU, M^a. T., *Prevenir...*, *cit.*, pág. 120 que: “(...) el principio de prevención puede integrarse en el de compensación (...) de manera tal que la cuantía de esta última se fije en función de la prevención idealmente eficiente (...)”; MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, pág. 1270.

rectificación el objeto es prevenir los posibles daños que una información inexacta produzca en la memoria del difunto, en las acciones de la LO 1/1982, lo que se pretende es especialmente reparar los daños causados⁸⁹⁷ cuando no hay obligación de soportarlos.

En este sentido, encontramos sentencias como, por ejemplo, la STS 9815/1989, de 11 de diciembre, donde al hablar de la rectificación afirman que: "el derecho de rectificación regulado por la Ley (se refiere a la Orgánica 2 1984. 20 de marzo), es una facultad que se otorga a la persona para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información puede irrogarle en su honor o en cualquiera otro derecho o interés legítimo, cuando considera que los hechos lesivos mencionados en la misma no son exactos y esta finalidad "es independiente de la reparación del daño causado por la difusión de una información que se revela objetivamente inexacta (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de diciembre de 1986), se trata de dos acciones de diferente contenido, por lo que el ejercicio del derecho de rectificación no excluye la facultad que se concede al ofendido de ejercitar "las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos», como expresamente establece el último párrafo del art. 6 de la citada Ley Orgánica 2 1984 de 26 de marzo»⁸⁹⁸.

4.2.2. Acciones reparatoras y tutela resarcitoria.

Cuando el daño a la *memoria defuncti* ya se ha producido ya sólo nos queda repararlo⁸⁹⁹. Como vimos en capítulos anteriores, hay diferentes tipos de

⁸⁹⁷ VIDAL MARIN, T., *El derecho al honor...*, cit., pág. 237; CUCARELLA GALIANA, L. A., *Rectificación...*, cit., pág. 237.

⁸⁹⁸ También STS 8499/1992, de 17 de noviembre.

⁸⁹⁹ Repetimos, solo podemos reparar si hay algo que reparar, en: MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico...*, t. I, vol. I, cit., pág. 293. Y como indica LLAMAS POMBO, E., "La tutela...", cit., pág. 23 en relación con la tutela inhibitoria: "Y si resulta ya inevitable su causación, ningún sentido tiene paralizar el comportamiento lesivo".

daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, y cada uno tendrá su forma de reparación. Si estamos ante daños patrimoniales, la reparación consistirá en volver a establecer el equilibrio patrimonial que tenía la víctima, ya sea en especie o a través del equivalente pecuniario. Si estamos ante daños morales, como así sucede con la memoria del difunto, tendremos más problemas puesto que de por sí es difícil reparar el daño moral. En la mayoría de los casos, es imposible reparar de forma específica el daño moral, lo que nos obliga a buscar otra alternativa que es la tutela resarcitoria o la indemnización, eso sí, teniendo en cuenta que dicho resarcimiento del daño moral es una mera satisfacción para recompensar ese daño⁹⁰⁰.

En efecto, en ocasiones se utiliza el término reparar como sinónimo de resarcimiento cuando no es así. Hay diferentes formas de reparación y una de ellas es la indemnización o resarcimiento, la vía del sustitutivo económico. Por tanto, y en conclusión, hay diferentes maneras de reparar, entre las que encontramos la más conocida o popular, la de carácter pecuniario, es decir, la indemnización, sinónimo de resarcimiento o prestación del *id quod interest*⁹⁰¹.

Como decimos, hay diferentes formas de reparar y cada una cumple con una función diferente. Seguimos la clasificación ofrecida por LLAMAS POMBO sobre las formas de reparación. Tenemos por un lado la reparación en forma específica o *in natura*, cuya reposición al estado anterior se llevará a cabo mediante obligaciones de hacer, de no hacer, mediante la restitución de las cosas, sustitución del objeto o mediante la devolución de gastos e inversiones. Por otro lado, tenemos otra especie de reparación, la indemnización pecuniaria, que se llevará a cabo mediante el resarcimiento por equivalente en caso de estar ante daños patrimoniales o mediante la satisfacción del daño corporal y del daño moral estricto. Todas estas formas de reparación son compatibles entre sí y, de

⁹⁰⁰ MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 276; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 18.

⁹⁰¹ Una completa explicación en LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, págs. 8 y ss.

hecho, es deseable que así funcionen para lograr, reparar el daño lo mejor posible⁹⁰².

Centrados en el daño moral que se produce cuando se daña a la *memoria defuncti*, encontramos que goza de dos formas de reparación. La reparación en forma específica y la resarcitoria.

a) La reparación en forma específica de la *memoria defuncti*.

Como ya hemos señalado anteriormente, la posibilidad de reparar *in natura* los daños morales es bastante complicada, si no imposible⁹⁰³. Ya sólo por la propia definición de esta forma de reparación, que radica en la restitución de las cosas a su estado anterior. Sin embargo, es la forma de reparación genuina⁹⁰⁴ del daño y la que debe ser prioritaria⁹⁰⁵.

A pesar de esto, en ocasiones sí es posible reparar de forma específica el daño moral⁹⁰⁶ y en nuestro caso, la memoria del difunto se puede reparar por esta vía a través de la difusión de la sentencia.

⁹⁰² Un magnífico estudio sobre las formas de reparar el daño en LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, págs. 5 y ss.

⁹⁰³ DÍEZ PICAZO, L., *Derecho...*, *cit.*, pág. 329; MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 276; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 13.

⁹⁰⁴ VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en *Tratado de responsabilidad civil*, dir. Reglero Campos, F., 2ª edic. Aranzadi, 2003, pág. 260; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, págs. 9 y ss.

⁹⁰⁵ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, págs. 286 y ss; VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, *cit.*, pág. 280; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 477; LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 10.

⁹⁰⁶ MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 291. Afirma DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. II, Milano, 1970, pág. 320 que: “*La reintegrazione in forma specifica può trovare applicazione anche per il danno non patrimoniale, e più particolarmente per il danno che colpisce l'interesse relativo ad un bene morale della persona, mediante l'eliminazione di quanto illecitamente fatto (scritti, ecc.), (...) Infine, la reintegrazione in forma specifica (...) può avvenire colla pubblicazione della sentenza di condanna (...)*”.

1. La difusión de la sentencia condenatoria.

La difusión de la sentencia como medida para reparar el daño es solicitada habitualmente por las partes ante intromisiones en los derechos contenidos en la LO 1/1982 y es práctica habitual en nuestros Tribunales⁹⁰⁷. Se trata de reparar con la misma el buen nombre del difunto, de restablecer la memoria vilipendiada⁹⁰⁸ a través de la condena al demandado, de publicar a su costa la misma. Ahora bien, en ocasiones los Tribunales condenan a difundir dicha sentencia tanto en el medio de comunicación en el que se vulneró la memoria del difunto como en otros medios de comunicación ajenos al conflicto suscitado⁹⁰⁹. Consideramos que el medio de comunicación, distinto del medio condenado por la intromisión a la memoria del difunto, no puede negarse a la publicación de la sentencia pues el propio art. 118 de la CE⁹¹⁰ ordena a cumplir sentencias y resoluciones firmes de los jueces y tribunales así como a colaborar cuando así lo requieran tanto en el curso de un proceso como en la ejecución⁹¹¹.

⁹⁰⁷ HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 275; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 228; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 393.

⁹⁰⁸ MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 291 señala que la difusión de la sentencia condenatoria en uno o varios medios de comunicación de alguna manera restituye la “estima que el autor tiene en la opinión pública”

⁹⁰⁹ La nueva redacción del art. 9.2 de la LO 1/1982 no especifica nada al respecto, solo indica que en el caso de intromisiones al honor se incluirá la publicación de la sentencia a costa del condenado con: “al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida”. No es algo nuevo, en la STS de 6 de diciembre de 1912 se condenó a publicar la sentencia no solo en El Liberal, periódico que publicó la noticia sino también en periódicos de Madrid y Murcia. O como señala HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 275, la sentencia del JII nº 2 de Madrid, de fecha de 22 de diciembre de 1984 cuyo fallo dispone que: “Debo condenar y condeno al demandado a que pase y esté a la anterior declaración y, a su costa, se inserte el texto literal de esta Sentencia en los periódicos El País, ABC, Ya y la Vanguardia; y sea leída en RTVE”.

⁹¹⁰ En concreto el art. 118 de la CE dispone que: “Es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

⁹¹¹ HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, págs. 275 y ss; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 229; De la misma opinión es YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 396 y ss, pero añade que no vería mal que cuando se ordena a un medio de comunicación distinto del condenado por la publicación a difundir la sentencia se limitara solo “ordenar la publicación sólo del encabezamiento y la parte dispositiva”, así como afirma que no se puede obligar a un periódico de ámbito nacional a publicar una sentencia cuando se difundió por un mesio regional.

Para cumplir con la finalidad reparadora de la difusión de la sentencia creemos que no es necesaria su publicación íntegra⁹¹². La condena del demandado a publicar la sentencia íntegra a su costa, en uno o varios medios, puede suponer que en ciertos casos le salga más caro el pago de la publicación que el pago de la indemnización, más si el demandado no es ningún medio de comunicación⁹¹³.

Así lo vemos argumentado en diversas sentencias del Tribunal Supremo, como por ejemplo en la sentencia 7658/1999 de 30 de noviembre, donde se considera que la publicación literal de la sentencia es innecesaria y excesiva. En concreto afirma que: “Teniendo la publicación de la sentencia una finalidad reparadora del derecho vulnerado por la intromisión ilegítima, esta medida ha de ser la suficiente a conseguir esa reparación, guardando por tanto una relación de proporcionalidad con el daño causado; la publicación íntegra de la sentencia, por las consecuencias económicas que acarrea, supera aquella finalidad reparadora del derecho lesionado, siendo bastante para ello la publicación del encabezamiento y de la parte dispositiva de la resolución judicial...”.

En la misma línea, encontramos la STS 7069/2011, de 10 de octubre, y también en la STS 676/2009, de 16 de octubre, donde se repara el daño a la memoria de un fallecido⁹¹⁴, así como a su esposa, a través de la difusión de la sentencia. El conflicto surgió por la publicación de dos artículos en la revista *Tiempo* donde se aportaban una serie de informaciones y opiniones que atentaban contra el honor e intimidad de la demandante y de su difunto esposo. Se consideró que no estaban ante un reportaje neutral y que no podían prevalecer la libertad de expresión ni de información. Por lo que el Tribunal

⁹¹² A pesar de lo contenido en la nueva redacción del art. 9.2 de la LO 1/1982, que dispone que en caso de intromisiones en el derecho al honor: “el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del demandado (...)”, y a pesar de la existencia de sentencias que condenan a la publicación completa de las mismas. Es decir, no todas las sentencias coinciden en este punto, como por ejemplo la STS de 5 de octubre de 1987, la STS de 20 de febrero de 1989, etc.

⁹¹³ ESTRADA ALONSO, E., *El derecho...*, cit., pág. 188.

⁹¹⁴ También en la SAP 382/2007, de 27 de junio, en la STS 6229/2009, de 16 de octubre.

condenó a los demandados, entre otras cosas, a publicar “a costa, solidariamente, de todos los demandados, en uno de los tres primeros números de la revista *Tiempo* desde la fecha de la notificación de la presente sentencia, del fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y del de la sentencia de la Audiencia Provincial, ambas relativas al presente caso”.

2. La declaración de la intromisión sufrida a la *memoria defuncti*.

Como vía de reparación en forma específica, la difusión de la sentencia es la medida más clara. Sin embargo, podemos encontrar otra medida en sede de la memoria del difunto que también valdría para reparar de forma específica dicha figura. La encontramos en la propia LO 1/1982, con la nueva redacción del art. 9.2, cuando establece como medida la declaración de la intromisión sufrida.

Es una medida que ya ha sido utilizada y solicitada en numerosas ocasiones pese a no estar expresamente recogida en la LO 1/1982. Un ejemplo⁹¹⁵ lo encontramos en la Sentencia de la Sala 2ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada de 18 de marzo de 1987, donde se dispone que: “La parte demandante excluye...todo lo relativo a la indemnización de perjuicios a que se refiere el apartado dos del artículo noveno de la repetida ley, y se limita a solicitar que se declare que no ha existido defraudación alguna que le sea imputable, así como la publicación de la Sentencia que contenga tal declaración; la primera de dichas peticiones, aunque no explícitamente prevista en el señalado párrafo dos del artículo noveno de la ley, puede considerarse incluida en sus amplios e imprecisos términos como forma idónea para restablecer al perjudicado en el pleno ejercicio de sus derechos”. Con la incorporación expresa de esta medida, dicho apartado segundo del artículo noveno, no hay duda sobre este respecto y entendemos que esta medida de reparación también se puede extender a la *memoria defuncti* y que además es una de las más adecuadas para su reparación. Eso sí, en este caso no podremos

⁹¹⁵ Lo encontramos en HERRERO TEJEDOR, F., *Honor..., cit.*, pág. 276; BODAS DAGA, Mª. E., *La defensa..., cit.*, pág. 231.

hablar de declaración de derecho⁹¹⁶, sino de la declaración de la intromisión como bien indica la nueva redacción del art. 9. 2 de la LO 1/1982, porque el fallecido no tiene derechos. Se declarará la intromisión a la memoria del difunto.

Un ejemplo lo vemos en la STS 9265/2011, de 7 de diciembre, donde dejan subsistentes los pronunciamientos de la AP, en relación a la declaración de existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar de los demandantes, así como en defensa de la memoria de sus padres fallecidos.

En conclusión, en lo referido a los derechos de la personalidad y a la memoria del difunto, bastaría con las medidas de tutela inhibitoria e incluso la reparación en específico a través de la difusión de la sentencia y la declaración de la intromisión a la memoria para reparar el daño, en lugar de acudir a las resarcitorias o indemnizatorias que, sin embargo, en la práctica son las más utilizadas.

Con mayor razón para la *memoria defuncti* ya que las indemnizatorias no tienen mucho sentido puesto que ya no se beneficia la víctima y en el caso de acudir a estas medidas resarcitorias el dinero debería utilizarse solamentente por ser insuficientes las anteriores medidas adoptadas y para cubrir los gastos del proceso. Es decir, consideramos que tanto para los derechos al honor, a la intimidad e imagen y, sobre todo, a la memoria del difunto, la tutela inhibitoria y las acciones reparadoras en forma específica son las más idóneas para reparar la memoria del que fue. Y sólo cuando esas medidas no sean suficientes se debería acudir a las resarcitorias o indemnizatorias. Justo lo contrario a lo

⁹¹⁶ Otros autores se refieren a declaración de derecho como: HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 276 y BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 231, así mismo consideran que cabría otra como la retirada de la publicación de bibliotecas o hemerotecas, si bien esta última se ha negado en diversas sentencias, como señalan los autores como por ejemplo en la sentencia del JII nº 10 de Madrid o la STS de 26 de diciembre de 1986.

realizado por los Tribunales que ven en estas medidas la salida más adecuada y, por tanto, habitual⁹¹⁷.

Eso sí, cabe destacar que si la lesión a la memoria del difunto se extiende a daños al honor, a la intimidad o imagen de familiares o allegados, como ya vimos, defienden también un derecho, el propio, y en este caso la indemnización⁹¹⁸ es para ellos.

Cuando el daño existe, junto con las medidas de reparación en forma específica podemos compatibilizar otra vía de reparación, como acabamos de comentar, la más usada, la indemnización⁹¹⁹.

⁹¹⁷ Afirma CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1580, que: “(...) si bien en un principio se pretendió acometer un esfuerzo de personalización del Derecho Civil, en lo que finalmente se ha desembocado con el paso del tiempo es en una patrimonialización de los derechos de la personalidad, como quiera que medidas compensatorias o reparadoras que debieran resultar más atractivas para quien sufrió las consecuencias de una intromisión (paralización de los actos difamatorios, publicación de la sentencia condenatoria en el medio en que se difundieron en su día los hechos que ahora se condenan, etc.), son las menos apreciadas por los demandantes, estimándose que complementan a una indemnización que, como objetivo primordial a conseguir, es lo que induce a litigar con mayor o menor fundamento”; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 27 matiza que la acción indemnizatoria: “solo debería proceder y admitirse por los Tribunales con dos condicionamientos: que las acciones reparadoras de cesación y prevención no restablezcan plenamente las memoria vilipendiada del fallecido, y que la indemnización abarque los costes precisos para rehacer la reputación injustamente dañada, incluidos gastos judiciales y compensaciones a los parientes actores por desembolsos, tiempo empleado, etc., como consecuencia del ejercicio de la acción”; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 223 y 230; Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 411 y ss., considera que la lista de acciones contenidas en el art. 9.2 de la LO 1/1982 no ha sido correctamente entendido por los Tribunales, ya que no interpretan que no hace falta que exista daño para que prospere un acción de cesación o de abstención al no ser meramente acciones indemnizatorias, o creen que si no se concede la acción resarcitoria no se le devuelve a la víctima su derecho. Por lo que considera, que para contrarrestar la agresión no es necesario por sistema conceder indemnización, los derechos de la personalidad: “(...) deben tener a las acciones de abstención y cesación como medidas de restauración, que inciden sobre el derecho agredido e impiden que persista la agresión; y a la difusión de la sentencia y al derecho de réplica-rectificación como medidas de resarcimiento específico. Y solo cuando la restauración sea incompleta es cuando habrá que pensar en indemnizaciones”; MACÍAS CASTILLO, A., “La reparación...”, *cit.*, pág. 277.

⁹¹⁸ CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1581.

⁹¹⁹ O como indica MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, pág. 1264: “(...) si hay daño, y no puede ser reparado en forma específica, deberá haber una indemnización, es decir, una compensación pecuniaria”.

b) La reparación vía indemnización pecuniaria o resarcimiento. Valoración del daño moral.

El párrafo tercero del artículo noveno de la LO 1/1982 establece que: “(...) 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”. Como ya hemos indicado anteriormente, por primera vez se reconoce expresamente la indemnización al daño moral, así como también comentamos que esta observación sólo se refiere al daño moral ya que los patrimoniales, aunque en el caso de la memoria del difunto los daños causados sólo pueden ser los morales⁹²⁰, seguirán las pautas generales establecidas en el ordenamiento jurídico para acreditar el daño⁹²¹. Mientras que para el daño moral se seguirán las pautas establecidas en dicho art. 9. 3 de dicha LO.

La indemnización del daño moral va a girar siempre en torno a satisfacer el mismo, ya que estos daños son de por sí difíciles de reparar ya que la reparación no podrá consistir en un equivalente pecuniario⁹²² por la propia naturaleza del daño, por lo que consistirá en la entrega de una cantidad de dinero cuya cuantificación corresponderá a los Jueces y Tribunales según las apuras establecidas en el art. 9.3 de la LO 1/1982, y que tendrá ese carácter de compensación satisfactoria⁹²³.

⁹²⁰ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 28.

⁹²¹ Como señala MARTIN CASALS, M., “Indemnización...”, *cit.*, págs. 384 y ss, si seguimos el tenor literal del artículo parece que la indemnización se extenderá también al daño patrimonial, y sin embargo no es así. De la misma opinión es HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 278; ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 240.

⁹²² El equivalente pecuniario entendido como indemnización, como resarcimiento, no como el cumplimiento de una obligación donde el daño no interviene. Es decir, una cosa es el equivalente pecuniario o *aestimatio rei*, que se produce siempre que hay incumplimiento de la obligación y no se requiere prueba porque se debía y otra cosa es la indemnización o el *id quod interest*, que se dan cuando se prueben la existencia de los daños. Un completo estudio en LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999, en concreto pág. 287.

⁹²³ LLAMAS POMBO, E., “Formas...”, *cit.*, pág. 25.

Para poder calcular esa indemnización, los Jueces y Tribunales tienen que tener en cuenta una serie de pautas contempladas expresamente, por primera vez para reparar el daño moral, en la LO 1/1982. Estos criterios de valoración dejan un amplio poder de discrecionalidad a los Jueces y Tribunales⁹²⁴. Dichos criterios son las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida. A la hora de determinarla, tendrán en cuenta la difusión o audiencia del medio de comunicación desde el que se produjo la intromisión en la memoria del difunto.

Es decir, consideramos que estos criterios de valoración se extienden también a la *memoria defuncti*, pero reiteramos que en ningún caso se produce un daño al difunto que se pueda agravar, ya que no se puede dañar a un muerto. Estos criterios se deben tener en cuenta para calcular el dinero que servirá para pagar los gastos necesarios del proceso y, si las medidas de prevención y las de reparación en forma específica no restablecen completamente la memoria del difunto, los indispensables para reparar la memoria vulnerada⁹²⁵..

1. Circunstancias del caso.

Los jueces y tribunales siempre han utilizado pautas para valorar el daño moral antes de la LO 1/1982. Pero es desde dicha ley cuando por primera vez se fijan expresamente⁹²⁶. Esto supuso que el Tribunal Supremo considerara que el *quantum* fuera revisable en casación⁹²⁷, sin embargo, como es sabido, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo no es una tercera instancia y se debe declarar su improcedencia cuando lo que se solicita es la revisión del mismo. Por esta razón, y como indica HERRERO TEJEDOR, por la cantidad de recursos que iba a generar, se vuelve al clásico sistema de que el *quantum* indemnizatorio

⁹²⁴ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 235.

⁹²⁵ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 27 y ss.

⁹²⁶ IGARTUA ARREGUI, F., “La protección del honor y la intimidad”, en *PJ*, nº 5, págs. 55 y ss; MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, pág. 1235; HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 279; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 235; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 403.

⁹²⁷ STS de 4 de noviembre de 1986.

es función de los Jueces de instancia⁹²⁸. A pesar de esto, comienzan a surgir sentencias en el TS⁹²⁹ que adoptan en cierta manera la primera reacción a este art. 9.3 de la LO 1/1982, es decir, la posibilidad de revisar el *quantum* en casación pero con otro argumento y es que si las pautas para valorar el daño no se han tenido en cuenta o se han observado de manera inadecuada, podrán revisarse las mismas en casación⁹³⁰.

Un ejemplo lo vemos en la STS 676/2009 de 16 de octubre de 2009, antes comentada. En la misma, se recoge que si bien la indemnización no se puede revisar en casación sí se podrán revisar los criterios que llevan a ella. Para ello citan la sentencia de 15 de julio de 1995 que establece que: “(...) si bien es cierto que reiterada y conocida doctrina de esta Sala tiene proclamado que la fijación del *quantum* indemnizatorio es atribución de los juzgadores de instancia que, en general, queda excluída la revisión casacional, al no ser este recurso extraordinario de nueva instancia, también lo es que, en materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas, el artículo 9. 3 de la LO 1/1982, marca unas pautas valorativas del daño moral, (...), por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del *quantum* indemnizatorio (...)”.

También en la STS 7547/2010, de 16 de diciembre, donde el Tribunal en el mismo sentido afirma que: “La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba (...) bien la infracción de una norma de valoración tasada de la prueba

⁹²⁸ STS 5 de octubre de 1987; STS 19 de julio de 1988; STS 22 de junio de 1989.

⁹²⁹ STS 27 de marzo de 1987; STS de 29 de octubre de 1989; STS de 15 de julio de 1995; STS de 28 de abril de 2003.

⁹³⁰ HERRERO TEJEDOR, F., *Honor...*, cit., pág. 279; ROVIRA SUEIRO, M^o. E., *La responsabilidad...*, cit., págs. 254 y ss; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, cit., pág. 204 y ss.; ATIENZA NAVARRO, M^o. L., “Algunas...”, cit., pág. 306.

que haya sido vulnerada por el juez (...) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del art. 469.1.4 de la LEC, por cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE”.

La LO 1/1982 no señala cuáles son las circunstancias que tenemos que tener en cuenta para la valoración y será el juez el que tenga que buscar una solución motivada al caso en concreto⁹³¹. Así lo vemos en numerosas sentencias, entre ellas la ya comentada STS 9265/2011 de 7 de diciembre, donde al respecto el Tribunal señala que: “La limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...)”. Circunstancias que van a aumentar el daño o a reducirlo siempre con la intención de cumplir con la función de satisfacción ante el daño. Ahora bien, en el caso de la memoria del difunto, las circunstancias para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta para calcular los mayores o menores gastos necesarios para reparar la *memoria defuncti*⁹³².

Una de las circunstancias a tener en cuenta, como indica MACÍAS CASTILLO, es calcular la consecuencia de la no concurrencia de alguno de los requisitos de la teoría de la posición preferente. En palabras del autor: “(...) a menudo tales requisitos van a encajar en las circunstancias del caso referidas por la ley. Por ejemplo, el empleo o no de expresiones vejatorias o denigrantes normalmente incidirá en la cantidad del daño inferido a la víctima. O la ausencia de interés público (que resulta intromisiva y por ello ilícita) también suele tener alguna influencia en la causación del daño, puesto que cuando lo que se busca persigue una finalidad acorde con el interés público, la modulación de la

⁹³¹ MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, págs. 1236 y ss.

⁹³² ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 28.

indemnización estará también de algún modo relacionada (...). Y no digamos cuando no se cumple con la veracidad. Es una circunstancia a tener en cuenta, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones los conflictos surgen entre los derechos contenidos en la LO 1/1982 con los derechos consagrados en el art. 20 CE, la libertad de expresión e información, es decir, es una norma en cierta manera de cabecera para los profesionales de la comunicación y los medios de comunicación⁹³³.

En muchas ocasiones, los Tribunales han tenido en consideración circunstancias subjetivas tales como la situación patrimonial de las partes, su edad, sexo, procacción o reputación⁹³⁴. Nosotros consideramos que no se deberían tener en cuenta, porque el daño a la memoria del difunto será el mismo sea más rico o más pobre, adulto o menor, independientemente de la reputación, o de si se provocó al que finalmente lesionó la memoria.

Eso sí, consideramos que la actitud que haya tenido esa persona en vida con respecto a los medios de comunicación puede ser circunstancia a tener en cuenta. Es decir, nos referimos a la teoría de los actos propios. Si una persona está habituada a comercializar sobre su vida, y es un asiduo a aparecer en los medios de comunicación, entendemos que el daño es menor con respecto a aquellas personas que, aún famosas, nunca han participado en detalles íntimos de su vida privada en los medios de comunicación. Consideramos que el daño a la memoria del difunto en el caso de estas personas que nunca han comercializado con su vida privada es mayor. Por supuesto, esta circunstancia se refiere a las personas públicas. No a los anónimos, donde entendemos que no se hace esta diferenciación.

Otras circunstancias a tener en cuenta, estas ya objetivas, tienen relación con algunas de las medidas utilizables para prevenir el daño. Se puede

⁹³³ MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 208.

⁹³⁴ Dichas circunstancias las podemos ver recogidas ampliamente en MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, págs. 1266 y ss; MARTIN CASALS, M., “Indemnización...”, *cit.*, págs. 387 y ss; también en ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, págs. 304.

considerar que si en un principio se adoptaron medidas preventivas con carácter cautelar, acción de cesación y/o abstención, el daño, si es que finalmente se produjo, será menor. Con mayor razón cuando se ha ido al otro procedimiento verbal a través de la LO 2/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de rectificación. Es un procedimiento rápido y la propia sentencia del juez donde, por ejemplo, ordene la publicación de la rectificación, se puede entender que si posteriormente se produce un daño a la memoria o continúa, la mera rectificación puede haber conseguido atenuar ese daño⁹³⁵ y, por tanto, la indemnización será menor.

Junto a las circunstancias del caso también se tendrá en cuenta, para valorar el daño, la gravedad del mismo. Ambos parámetros servirán para determinar finalmente el *quantum* de la indemnización.

2. La gravedad de la lesión.

La Ley 1/1982 hace referencia a la gravedad de la lesión “efectivamente producida”, es decir, no se tiene en cuenta a la hora de valorar el daño, la mayor o menor gravedad de la conducta, sino la gravedad del perjuicio ocasionado⁹³⁶. En la mayoría de las ocasiones serán los medios de comunicación y los profesionales de los mismos⁹³⁷ el medio al que se refiere la LO. Ya que los litigios más habituales en la práctica jurídica son las intromisiones ilegítimas ocasionadas a través de los medios de comunicación o sus trabajadores. Esto no quiere decir que no se den en la práctica intromisiones ilegítimas producidas por otras vías⁹³⁸, el medio es el soporte por el que se realiza la intromisión⁹³⁹, aunque, como decimos, en la práctica se ocasionan en menor medida.

⁹³⁵ MARTIN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, págs. 1271 y ss.

⁹³⁶ ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, págs.304 y ss.

⁹³⁷ MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 197; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 305.

⁹³⁸ MARTÍN CASALS, M. Y SALVADOR CODERCH, P., “Comentario...”, *cit.*, pág. 761; SALVADOR CODERCH, P., *El mercado...*, *cit.*, págs. 396 y ss: También lo vemos en la jurisprudencia en la STS 179/2000, de 29 de febrero, donde si bien no se consideró la existencia de una intromisión ilegítima al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen de la actora debido a la diligencia de la demandada, la Bodega Cooperativa Sindical Agraria San Valero, la posible intromisión nació de por el uso y explotación comercial sin permiso previo de la merced

Es cierto que, como vemos, la intromisión no tiene por qué producirse mediante los medios de comunicación. Sin embargo como nos indica la propia LO 1/1982, para calcular la gravedad de la lesión, se tendrá en cuenta la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido la misma y qué duda cabe que la difusión a través de los medios de comunicación ya de por sí es más grave que cualquier otra vía de difusión. Tradicionalmente, se ha venido utilizando un criterio geográfico del medio (normalmente de comunicación) a pesar de que la LO no lo señala. Se considera que ayuda a marcar esa difusión o audiencia del medio y, por tanto, es una manera de medir la gravedad de la lesión⁹⁴⁰. Es decir, a mayor difusión del medio mayor es la gravedad del daño y mayor será la indemnización⁹⁴¹. Incluso en ocasiones se sirven de números, es decir, mediciones de las audiencias de los oyentes de radio, lectores de revista, espectadores de televisión. Las nuevas tecnologías también facilitan datos sobre el número de personas potenciales o reales⁹⁴² que escuchaban la radio, veían ese programa, leían la revista o estaban en la página de Internet, etc., donde se produjeron los hechos constitutivos de intromisión

nobiliaria de la actora. por parte de la Cooperativa. Más recientemente en la STS 5754/2011, de 20 de julio, donde el conflicto nace de unas manifestaciones vertidas de una suegra hacia su nuera, donde afirmaba que el hijo de ésta no era furto del matrimonio sino de una relación extramarital. El TS en relación a la no divulgación de esas afirmaciones establece que: “Del estudio del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, se infiere que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que aquella se refiere no está condicionado a que la divulgación o la imputación de hechos se propaguen a través de algún medio de comunicación social, o en soportes escritos o de otra clase multiplicados mecánicamente, ni que se hagan ante una reunión numerosa de personas o produzcan un perjuicio económico. La tutela se extiende a las hipótesis de difusión piramidal, en que la primera noticia parte de una sola persona o de un círculo reducido de ellas y, desde esa cúspide, se extiende, transformada en rumor, al resto de la comunidad o a parte de ella, donde unas veces se acepta como verdad y otros al menos no se descarta, menoscabando, en todo caso, la imagen pública de la persona denigrada”.

⁹³⁹ SALVADOR CODERCH, P., *El mercado...*, *cit.*, pág. 396.

⁹⁴⁰ MARTÍN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, pág. 1271; SALVADOR CODERCH, P., *El mercado, cit.*, pág. 397; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 197; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 305; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 405.

⁹⁴¹ Un ejemplo lo vemos en la SAP 328/2007, de 27 de junio, en la que consideraron que la lesión se tiene que calificar como grave: “no solo por el hecho divulgado, tan secretamente guardado por los interesados, sino por la difusión del medio a través del que se produjo, que lo convirtió en uno de los temas de tres programas sucesivos”. También en la STS 9265/2011, de 7 de diciembre, donde señalan la hora donde comenzó el programa en el cual se vulneró la memoria de los fallecidos y la duración del mismo.

⁹⁴² MARTÍN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, pág. 1271; MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 197.

ilegítima en la memoria del difunto. Sin embargo, no creemos que esto sea así siempre y por esta razón no debe ser el único criterio para su determinación⁹⁴³. Puede suceder que una difusión de ciertas manifestaciones que afecten a la memoria del fallecido se realice en un ámbito geográfico reducido, en un círculo social o en el ambiente de trabajo del difunto, o en un medio de comunicación de ámbito local y no nacional y, sin embargo, el daño producido sea mayor. Sin olvidar que a través de Internet y las nuevas tecnologías también se pueden producir intromisiones ilegítimas y que serán difícilmente controlables debido a que, por ejemplo, se puede colgar en Internet, en un blog privado o de persona privada a otra a través del correo electrónico o sistemas de mensajería como Whatsapp donde se pueden colgar imágenes o vídeos que supongan una intromisión ilegítima en la memoria del difunto y que, gracias a estas nuevas tecnologías, se vayan difundiendo hasta el infinito⁹⁴⁴.

En conclusión, sin olvidar que el dañado tiene que demostrar el nexo entre el daño moral ocasionado y su cuantificación, y sobre todo que en el caso de la memoria del difunto, las circunstancias para determinar la cuantía de la indemnización como mencionamos recientemente, se tendrán en cuenta para calcular los mayores o menores gastos necesarios para reparar la *memoria defuncti*, cuando la difamación procede de un medio de comunicación estatal, en la mayoría de las ocasiones el daño será más grave y la indemnización por tanto mayor que si el medio de comunicación a través del cual se produce la intromisión fuese local. La difusión o audiencia de una intromisión ilegítima que proviene de un ámbito local o reducido provoca un daño menor. Por ejemplo, una persona pública ya fallecida a nivel nacional o pública a nivel más reducido o una anónima, cuando la difamación o intromisión ilegítima procede de un medio de comunicación nacional la gravedad del daño es mayor y por tanto mayor la que si la misma difamación o intromisión nace un medio local ya que del conocimiento por unos pocos si fuera en un medio local pasa al

⁹⁴³ MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 197.

⁹⁴⁴ MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, págs. 196 y ss.; ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas...”, *cit.*, pág. 305.

conocimiento de todo el mundo y en relación a las personas anónimas o públicas en ambientes locales también el daño es mayor porque pasa de ser conocida en un círculo reducido a ser difamada a nivel nacional y el gasto para reparar la memoria es mayor por tanto.

Esto no significa que en determinados supuestos se invierta esta regla general, como apuntamos anteriormente. Es posible que en algunas ocasiones el daño sea mayor en un ámbito geográfico reducido, aunque creemos que son las menos⁹⁴⁵. En estos casos, se tiene en cuenta el vínculo existente entre la persona difamada o la *memoria defuncti* difamada y el espacio geográfico del medio. De tal manera que el dañado tiene que demostrar el nexo entre el daño moral ocasionado y su cuantificación atendiendo a que si la difamación se produce en un ámbito geográfico con el que no tiene ninguna vinculación la indemnización será menor, pero si la difamación proviene de un ámbito geográfico donde si tiene una vinculación, porque vive o trabaja allí por ejemplo, el daño es mayor y la indemnización será mayor⁹⁴⁶.

En la STS 15/2011, de 31 de enero, se presentó demanda contra Gestevisión Telecinco, S.A. y Atlas, S.A, al considerar la actora, que se había producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la intimidad personal, así como en el de sus padres fallecidos, por las declaraciones difundidas en el programa *Aquí hay tomate* emitido los días 3 y 4 de noviembre de 2003. En dicho programa se manifestó, en una entrevista concedida al mismo, que el padre de la actora y la sobrina de su esposa, una conocida famosa, habían mantenido una relación sentimental, que fue descubierta por la madre de la actora por unas cartas que encontró en su domicilio y que la separación matrimonial de los padres es consecuencia de dicha relación. Tanto el JPI como la AP confirmaron las intromisiones ilegítimas sufridas por la

⁹⁴⁵ Como señala MACÍAS CASTILLO, A., “El precio...”, *cit.*, pág. 196: “(...) no cabe duda que la difusión es un concepto antagónico respecto de aquello otro que conocemos como lo íntimo y, por ello, es ésta una medida justa para aproximarnos a la cantidad del daño causado, aunque no la única”.

⁹⁴⁶ MARTÍN CASALS, M., “Notas...”, *cit.*, pág. 1272.

actora y a la memoria de sus difuntos padres. Así como el propio Tribunal Supremo. La AP en relación a la cuantía de la indemnización establece que: “(...) la fijación de la cantidad otorgada en concepto de indemnización se ha tenido en cuenta que la noticia transmitida es gravemente atentatoria al honor y a la intimidad familiar de la demandante, que por el medio utilizado, una cadena de televisión de ámbito nacional, se deduce que pudo llegar a conocimiento de numerosas personas, que a la demandante se le dio oportunidad de desmentir, como así hizo, la noticia divulgada, extremo éste último que si bien no impide que sea apreciada la intromisión ilegítima en la intimidad de la actora sí tiene incidencia en el importe a indemnizar que queda reducido” y el TS afirma sobre este respecto que: “(...) para la determinación del importe de la indemnización se tiene en cuenta la importancia objetiva de la difusión de la noticia, deducida entre otras posibles circunstancias, de «la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» (artículo 9.3 LPDH). En el caso examinado la sentencia recurrida toma en consideración para valorar la gravedad de la lesión, la importante difusión o audiencia del medio en que produjo la divulgación (...)”.

4.3. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LA *MEMORIA DEFUNCTI*

O lo que es lo mismo, el destino de la indemnización. Como vimos anteriormente, el resarcimiento es una vía más para reparar la *memoria defuncti* aunque no es la más adecuada debido a que si a los fallecidos no se les puede dañar, difícilmente podemos afirmar que el difunto puede ser indemnizado⁹⁴⁷. Para reparar la memoria de los difuntos, reiteramos que es mucho más lógico y apropiado utilizar la reparación en específico, como la difusión de la sentencia o la declaración de intromisión a la memoria. Pero, sobre todo, antes de reparar, es mucho más útil y adecuado aplicar la tutela inhibitoria para prevenir el daño a la memoria del que ya no está.

⁹⁴⁷ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 29; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 140.

A pesar de esto, no podemos negar que exista una reparación a la *memoria defuncti* en los supuestos en los que las anteriores vías comentadas no restablezcan plenamente la memoria del difunto; esto es a través de la vía económica, es decir, resarcir el daño a la memoria. Aunque volvemos a reiterar que el fallecido no se beneficia ya, ese resarcimiento se debe utilizar para cubrir los gastos del proceso o de los defensores de la memoria, y los necesarios para reparar la memoria y prácticamente sólo destinado a eso, a la reparación de la misma. Aunque bien es cierto que si de esa indemnización sobra algo es lógico determinar quiénes van a obtener el importe de la misma⁹⁴⁸.

Respecto al destino de la indemnización el art. 9. 4 de la LO 1/1982 establece que: “El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a las que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto⁹⁴⁹, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. En el caso del apartado cuarto del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella”.

Estamos ante diferentes supuestos. Hay que distinguir y delimitar por un lado si la intromisión ilegítima se ha producido a la *memoria defuncti* en sentido estricto, es decir, a una persona ya fallecida o si, por el contrario, la intromisión ilegítima se cometió ante el derecho al honor, a la intimidad o imagen de una

⁹⁴⁸ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, págs. 27 y 29.

⁹⁴⁹ Art. 6 de la LO 1/1982: “Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por só 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 cuarto. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

persona viva que o bien no se podía defender o bien se defendió pero falleció durante el procedimiento judicial.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que en algunas ocasiones el daño a la memoria del difunto puede conllevar también un daño a familiares o amigos o como indica la reciente modificación de la LO 1/1982, a perjudicados por el delito que tendrán una indemnización independiente a la posible obtenida para reparar el daño a la memoria. Esta indemnización es para reparar el daño causado a un derecho pero no ya del fallecido, que no tiene derechos, sino de un amigo, de un familiar o de un perjudicado, es decir, un derecho de una persona viva.

4.3.1. Indemnización ante daños causados a la *memoria defuncti*

El art. 9. 4 de la LO 1/1982 es un artículo con diversos problemas de interpretación⁹⁵⁰ y que ha ocasionado dudas en la doctrina relativas a determinar quiénes son los causahabientes a los que se refiere el art. 9. 4 de la LO 1/1982, y relativas también a cómo estimamos el grado de afectación por la intromisión a la *memoria defuncti*. En relación a la primera cuestión, la doctrina se debate entre los que consideran que la LO se refiere a los causahabientes del fallecido y entre los que afirman que se tratan de los causahabientes de las personas a las que se refiere el art. 4. 2 de dicha LO, es decir, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada, o lo que es lo mismo, los destinatarios a los que correspondería indemnizar en primer lugar conforme lo establecido en el art. 9.4 de la LO 1/1982⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 140.

⁹⁵¹ De la opinión de que los causahabientes lo son del difunto encontramos a: O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad...*, *cit.*, pág. 216; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 30; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 141; GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, *cit.*, pág. 159. Por el contrario, CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1585; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E., “El contenido...”, *cit.*, pág. 89 considera que: “(...) el art. 9. 4., primer inciso, admite la transmisión del derecho a la reparación de los daños morales, a los causahabientes del cónyuge y los parientes; la indemnización corresponderá a estos causahabientes en defecto de los mencionados en primer lugar (...)”.

Nosotros consideramos que se trata de los causahabientes del fallecido porque admitir que sean causahabientes de las personas comprendidas en el art. 4. 2 de la LO 1/1982 (aunque del tenor literal del artículo parece que se refiere a los causahabientes de éstos últimos) carecería de sentido toda vez que los beneficiarios de la indemnización puedan ser personas lejanas al difunto, por ejemplo el caso de que el cónyuge volviera a casarse y tuviera hijos de un segundo matrimonio, éstos siendo herederos del cónyuge, en nada se han podido relacionar con el fallecido, puesto que ni le han conocido, cuya memoria se pretende proteger, y mucho menos se verán afectados. Y que por el contrario, los causahabientes del fallecido se vieran sin poder ser los beneficiarios a favor de los otros. Cuando además, como decimos, encajan a nuestro juicio mejor con el propio art. 9. 4 de la LO 1/1982 y de la esencia de la naturaleza de la legitimación para defender la memoria. Es decir, en defecto de las personas comprendidas en el art. 4. 2 de la LO 1/1982, esto es, cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos del fallecido, entendemos que los causahabientes del mismo responden mejor que los herederos de esas personas del art. 4. 2 de dicha LO, que pueden incluso ni conocer al fallecido, a la idea de que la *memoria defuncti* sobrevive porque los familiares, amigos, mantienen vivo su recuerdo⁹⁵². Si además tenemos en cuenta la indicación hecha por el legislador de que la indemnización corresponderá a todos ellos en la proporción en que la sentencia estime que se han visto afectados, creemos que alguien que puede que no llegara a conocer al difunto pueda verse afectado de la misma manera que un causahabiente del fallecido que sí pudo tener relación con él⁹⁵³ y que además son herederos, legatarios de parte alícuota u otros beneficiarios por vía sucesoria que tengan causa o título del causante⁹⁵⁴.

En relación al inciso incluido en el art. 9. 4 de la LO 1/1982 sobre el reparto de la indemnización en el grado en el que han sido afectados por la intromisión a la memoria del difunto, tanto las personas comprendidas en el art.

⁹⁵² SALVADOR CODERCH, P., *¿Qué es difamar?...*, cit., pág. 37; GRIMALT SERVERA, P., “La protección...”, cit., pág. 149.⁹⁵²

⁹⁵³ GRIMALT SERVERA, P., “La protección...”, cit., pág. 150.

⁹⁵⁴ ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, cit., pág. 30.

4. 2 de la LO 1/1982 o en su defecto, como los causahabientes del fallecido, reciben la indemnización teniendo en cuenta el grado de afectación. Aquí viene otro de los problemas porque la LO no precisa qué entiende por que se hayan visto afectados. Creemos que lo más acertado es considerar que estas personas reciben el sobrante de la indemnización no porque hayan visto lesionado su derecho al honor, intimidad o imagen (puesto que en ese caso estas personas además de defender la memoria del difunto también interpondrían acciones para defender su propio derecho con su correspondiente indemnización), sino porque, como resultado colateral del daño a la memoria del difunto, se ven afectados⁹⁵⁵, sufren por el daño ocasionado a la memoria de la persona que quieren. Pero, ¿cómo calcular el grado de afectación? Creemos que, a pesar de la dificultad que supone la cuestión, el grado de afectación puede venir en muchas ocasiones de la mano de la persona que inicie y que sea parte en el proceso de defensa de la memoria del difunto y que reúna la condición de ser una de las personas comprendidas en el art. 4. 2 de la LO 1/1982. Ya que obtener una indemnización sin haber sido parte en el proceso es algo complicado, cuando además, si no forman parte en el proceso, es difícil que en la sentencia se pueda determinar su grado de afectación y, por tanto, la proporción sobrante de indemnización que se les pudiera conceder⁹⁵⁶.

Por supuesto, estamos hablando de la situación en la que la demanda para defender la *memoria defuncti* la haya interpuesto alguno de los legitimados por el art. 4. 2 de dicha LO. Puesto que si existe persona designada en testamento y no ha renunciado a la defensa de la memoria del fallecido, es la que tiene la legitimación para actuar y, en este caso, las personas enumeradas en el art. 4.2

⁹⁵⁵ YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 824; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 205.

⁹⁵⁶ DE COSSIO, M., *Derecho al honor...*, *cit.*, pág. 102 afirma que: “En todo caso ha de entenderse que dicha distribución o atribución, en su caso, al tratarse del ejercicio de acciones civiles y por tanto primar el principio de instancia de parte, únicamente podrá fijarse con respecto de los llamados que hubieran sido parte en el proceso, si bien creemos que, (...) procesalmente debería haberse completado éste texto legal, para evitar situaciones de indefensión, mediante el refuerzo de la figura procesal de los coadyuvantes (...) y sobre todo, la exigencia de la citación a los otros posibles afectados, a que se refiere el art. 4º de la Ley, para que si lo creyeren conveniente a sus intereses, pudieran ser parte en el proceso (...)”; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, págs. 142 y ss.

no han sido parte y, sin embargo, se podrá determinar también que algunos de ellos se han visto afectados para obtener una indemnización. En palabras de BODAS DAGA: “(...) cuando uno solo de ellos interpone la correspondiente acción de protección y reclama una indemnización, esta será exclusivamente para él, a no ser que lo haga también en nombre y representación de hijos menores en caso de su existencia. Y si es el legitimado del art. 4. 1., entiendo que tendrá que explicitar, trayéndolos al pleito como testigos, cuáles son los familiares afectados, para que el juez pueda determinar en qué medida han sido afectados”⁹⁵⁷. Opinión con la que estamos totalmente de acuerdo.

Incluso con la LO 5/2010, de 22 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica, de 23 de noviembre, del Código Penal que modifica diversos artículos de la LO 1/1982, podemos ver esta orientación. En efecto, en el último inciso del art. 9. 4 de dicha LO, vemos que el legislador destina el importe de la indemnización por el daño moral a los ofendidos o perjudicados por el delito y que hayan ejercitado la acción y que, en el caso de las personas fallecidas, los encargados para ejercitar las acciones de protección son también las personas determinadas en el art. 4. Por lo que la indemnización también irá a los del 4. 2 de la LO 1/1982 que hayan sido parte en el proceso.

En resumen, ante daños a la memoria de una persona fallecida, en el caso de considerar necesaria una indemnización, la misma debería ir íntegramente para reparar la misma y para los gastos del proceso. La cantidad sobrante sólo irá a las personas a las que se refiere el art. 4.2 de la LO 1/1982 y en defecto de de las mismas irá en último término a los causahabientes del difunto.

⁹⁵⁷ BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, cit., pág. 161. A este respecto tenemos que mencionar la SAP de Cáceres de 26 de abril de 2004, donde se estudiaba el caso de una información vertida sobre el homicidio de un hombre al que calificaron de toxicómano y seropositivo. Le JPI estimó la demanda interpuesta por la madre y el hermano del fallecido otorgándoles una indemnización a casa uno así como en una cantidad mayor al hijo menor de aquel que no había sido parte en el proceso. Contra este fallo, la madre y el hermano del difunto recurrieron en apelación alegando precisamente eso, que el menor no había sido representado en el proceso, no había sido parte en el mismo. La AP les da la razón y elimina de la indemnización al hijo menor del difunto afirmando que no ha sido parte en el proceso por lo que difícilmente se le puede conceder indemnización alguna.

4.3.2. Indemnización ante daños causados en vida del fallecido.

En estos casos, el daño no se produce en la memoria del difunto, sino que se produce a los derechos al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen de una persona que en el momento del hecho estaba vivo. El artículo distingue entre dos supuestos, si no se pudieron ejercitar las acciones previstas en la LO 1/1982 para la defensa de los derechos al honor, a la intimidad o a la imagen antes de fallecer o si sí se pudieron entablar pero fallece antes de dictar sentencia definitiva. Es decir, la persona falleció sin poder ejercitar las acciones de defensa de tales derechos ni por él ni por su representante legal o sí pudo ejercitar dichas acciones pero falleció.

En relación al primer supuesto, donde hay una vulneración de cualquiera de estos derechos en vida del titular y por ciertas circunstancias no pudo ejercitar la acción, el legislador establece que las personas legitimadas para interponer las acciones sean las enumeradas en el art. 4 de la LO. Ahora bien, hay que tener en cuenta un supuesto que el artículo establece de manera indirecta en este párrafo primero del art. 6 y es que si la persona pudo ejercitar las acciones en defensa de sus derechos, no lo hizo y posteriormente fallece, las personas legitimadas por el art. 4. de la LO 1/1982 no podrán ejercitar las acciones correspondientes para la protección de la memoria del difunto, puesto que se entiende que el difunto no consideró que sufriera daño alguno a sus derechos. La propia Exposición de Motivos de dicha LO establece que: “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 hubieran 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 de su representante legal”. Obviamente, si a la persona interesada no le preocupa y no ve dañado su derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, no tiene sentido que

posteriormente fallezca y las personas legitimadas por el art. 4 de dicha LO pretendar defender algo que él mismo no quiso defender. Ahora bien, en la práctica habrá situaciones donde no siempre será fácil determinar si el fallecido no ejercitó las acciones porque no quiso o porque realmente no pudo. Es decir, ¿cómo se puede demostrar que el ya fallecido quiso presentar una demanda para defender su derecho vulnerado pero finalmente no pudo? Tenemos que partir de dos circunstancias básicas: si ignoraba la existencia de la intromisión antes de su muerte, lo que hace imposible presentar la demanda y mucho menos manifestar la intención de interponerla; y si conoció la intromisión pero realmente fue imposible presentar la demanda por sí mismo o por su representante legal.

Los legitimados por el art. 4 de la LO 1/1982 deberán probar estas dos circunstancias⁹⁵⁸ para poder tener la legitimación para interponer las acciones⁹⁵⁹. De cualquier forma, creemos que cuando no sea fácil acreditar que el fallecido tenía interés en demandar se debería permitir a las personas enumeradas en el art. 4 de la LO 1/1982 el ejercicio de las acciones pertinentes al amparo del art. 6 de dicha LO⁹⁶⁰.

⁹⁵⁸ Así lo considera y con el que estamos de acuerdo, HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, págs. 128 y ss. Estamos completamente de acuerdo con el autor cuando critica y afirma que numerosas sentencias que se estudiaron en base al art. 4 de la LO 1/1982 podrían haberse reconducido por el art. 6. 1 de dicha LO. Es decir, realmente son situaciones donde la intromisión se produce en vida pero se estudiaron como si hubiera sido a la memoria del difunto en sentido estricto como por ejemplo detalla con la STC 231/1988, la sentencia de Paquirri, la demanda se interpuso en base a dicho art. 4, en concreto el párrafo segundo y sin embargo, estamos con el autor, la intromisión se produjo en vida del torero, las imágenes de la enfermería son en vida del mismo y perfectamente se podía haber amparado la demanda en este art. 6. 1. Así como en sentencias como la STS 490/2003, de 23 de mayo, etc. De la misma opinión es RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E., “El contenido...”, *cit.*, pág. 99. En sentido contrario, BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 193 y ss., considera que en estos casos estamos ante supuestos previstos por el art. 4, es decir, proteger la memoria del ya difunto, y no del art. 6. 1 debido a que no se puede demostrar en esos casos la intención de interponer demanda por parte del posteriormente fallecido.

⁹⁵⁹ Por otra parte BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 192 y ss, considera que para determinar si el fallecido quiso interponer la acción tenemos que comprobar si el mismo expresó el deseo de interponer demanda o si de sus actos se desprende que quiso hacerlo. Para demostrarlo considera que: “(...) cuando se ejercite una acción con base en el art. 6.1, será el juzgador el que, ponderando todas las circunstancias concurrentes, determinará si el demandante se encuentra o no legitimado”.

⁹⁶⁰ Como indica VIDAL MARÍN, T., *El derecho...*, *cit.*, pág. 191 en la práctica es difícil apreciar si el titular del derecho o derechos vulnerados consagrados en la LO 1/1982 no ejercitó las acciones porque no quiso o porque realmente no pudo, por lo que en opinión del autor y que compartimos: “En caso de duda, y habida cuenta de que lo que está en juego es la protección de

En el segundo supuesto, esto es, el párrafo segundo del artículo sexto, donde el titular del derecho vulnerado sí interpuso la acción, las personas que están legitimadas para hacerse cargo de la defensa también serán las enumeradas en el art. 4 de la LO 1/1982.

Ahora bien, tanto en un supuesto como en otro, es decir, tanto en el art. 6. 1 como en el 6. 2 de la LO, en caso de determinar una indemnización, el sobrante irá esta vez a los herederos del difunto, no a las personas comprendidas en el art. 4. 2 de dicha LO, salvo que coincidan en la condición de herederos a su vez. Por lo que, en el caso de no coincidir, los que pueden defender la memoria no recibirán la indemnización. El último inciso del art. 9. 4 de la LO 1/1982 así lo indica cuando establece que: “(...) En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado”.

Esto es así porque al producirse la lesión en vida del titular, el mismo entre otras medidas de reparación persigue sobre todo la común indemnización y este derecho a obtener dicha indemnización nace cuando aquél estaba vivo por lo que dicha indemnización, ya que en vida se piensa en obtener esa indemnización que irá a su patrimonio, pasa a integrarse en la herencia y, por tanto, se va a transmitir a sus herederos⁹⁶¹. En concreto, la propia EM de la LO 1/1982 dispone que: “(...) la acción ya entablada sí será transmisible porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización”. Se basa en que, si bien no interpuso la acción porque por las circunstancias no pudo, o bien la interpuso pero falleció. En uno o en otro caso nació ese derecho al resarcimiento

un derecho fundamental, tal es el derecho al honor, estimamos que deberían estar legitimados para recabar la tutela jurídica los sujetos designados en el artículo 4 de la LO 1/1982”.

⁹⁶¹Entre otros, ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, págs. 890 y ss; YSÁS SOLANES, M., “La protección...”, *cit.*, pág. 825; DE COSSIO, M., *El derecho al honor...*, *cit.*, pag. 103; CABEZUELO ARENAS, A. L., “Breves...”, *cit.*, pág. 1581; ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 293; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 30; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, págs. 197 y ss; GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, *cit.*, pág. 153; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 411; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, pág. 138.

del daño en vida del titular, es acreedor de la indemnización, lo que supone que ésta pasa a su patrimonio y este derecho se transmite a sus herederos⁹⁶².

Por tanto, para los supuestos del art. 6 de la LO 1/1982, unos reciben la indemnización y otros son los que tienen la legitimación para ejercitar las acciones de reparación. Salvo que el designado en testamento, o el cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos sean herederos, donde en este caso reunirían las dos condiciones, están legitimados para ejercitar dichas acciones y, además, van a ser beneficiarios de la indemnización como herederos que son. Pero en aquellos casos donde no coincidan, habrá que esperar a que los legitimados decidan interponer las acciones previstas en la LO para que otros se beneficien de las mismas. No es muy lógico que el designado en testamento, a quien el difunto nombra para defender su memoria seguramente por la confianza y por saber que realmente se verá más afectado que cualquiera de sus herederos, vea que finalmente la indemnización pase a aquellos a los que el difunto ni tuvo en cuenta o ni quiso que le defendieran⁹⁶³.

⁹⁶² Un amplio estudio sobre la sucesión procesal lo encontramos en RAMOS MÉNDEZ, F., *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Hispano Europea, Barcelona, 1974, págs. 183 y ss. También en RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E., “*El contenido...*”, *cit.*, págs. 90 y ss, entre otros.

⁹⁶³ La diferenciación hecha por el legislador entre las personas legitimadas y los beneficiarios de la indemnización ha sido objeto de crítica por la doctrina. Donde se afirma que hubiera sido mejor que en estos casos la legitimación la tuvieran los herederos. Opinión con lo que estamos de acuerdo. Entre otros, GITRAMA GONZÁLEZ, M., “*Imagen...*”, *cit.*, pág. 337; DE LA VÁLGOMA, M., “*Comentario...*”, *cit.*, pág. 665; DE COSSIO, M., *El derecho al honor...*, *cit.*, pág. 105; CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad...*, *cit.*, págs. 378 y ss; En este mismo sentido ALONSO PÉREZ, M., “*Daños...*”, *cit.*, pág. 31, afirma que: “Designado en testamento, cónyuge o familiares, si no reúnen la condición de herederos, una vez más sacuden el nogal (...), pero las nueces son para los sucesores hereditarios. Si se trata de derechos patrimoniales transmisibles *mortis causa*, como los que dan derecho a cobrar una indemnización, lo normal es que sean los herederos quienes ejerciten las acciones que afectan al caudal relicto, pues ellos son los sucesores del difunto en sus derechos y obligaciones (arts. 659, 661 CC). El legislador, a fin de favorecer al difunto ampliando el círculo de legitimados para defender su memoria, no comprendió que a menudo no son los afectos, sino los intereses los móviles de tantos humanos”. BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...* *cit.*, págs. 201 y ss.

4.4. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES ANTE OFENSAS A LA *MEMORIA DEFUNCTI*

El artículo 9. 5 de la LO 1/1982 dispone que: “Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas”. Este periodo de tiempo se aplicará tanto para las vulneraciones ilegítimas producidas al derecho al honor, al derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen de las personas vivas, como a la *memoria defuncti*.

En este artículo, encontramos otra de las peculiaridades y novedades de esta LO y es la decisión del legislador de fijar un plazo de caducidad para estas acciones cuando tradicionalmente en el campo de la responsabilidad civil los plazos son prescriptivos como podemos ver en los artículos 1968. 2 y 1969 del CC⁹⁶⁴. La decisión de este cambio no estuvo exenta de problemas en los debates parlamentarios⁹⁶⁵, pero el hecho de que el legislador lo estableciera expresamente no deja margen a dudas⁹⁶⁶. El plazo para interponer las acciones

⁹⁶⁴ En concreto el artículo 1968. 2 del CC establece que la acción para exigir la responsabilidad civil por injurias o calumnias prescribe en un año: “Prescriben por el transcurso de un año: La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado”. El artículo 1969 del CC a su vez dispone que: “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

⁹⁶⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho...*, cit., pág. 15; Comenta DE COSSIO, M., *Derecho al honor...*, cit., pág. 35, que este punto fue uno de los más debatidos. Los que querían la tesis de la prescripción atentaban que el establecer el plazo de caducidad rompía con el plazo establecido en el CC para las acciones indemnizatorias que es de prescripción. Por el contrario, la mayoría de los integrantes de las Cortes Generales consideraron que estos derechos protegidos por la LO eran más derechos subjetivos de carácter público que derechos subjetivos privados por lo que consideraron que el plazo debía ser de caducidad y no de prescripción, lo que en palabras del autor: “(...) fue un error, que rompió con nla dogmática jurídica existente, y que, en el fondo, se trató de una lucha entre los constitucionalistas que acentuaban el carácter público de éstos derechos subjetivos frente a los iusprivatistas, de la que se salieron adelante los primeros”; ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, cit., pág. 290.

⁹⁶⁶ Entre otras sentencias, la STC 77/2002, de 8 de abril que destacó que el plazo de cuatro años dispuesto en el art. 9. 5 de la LO 1/1982 es de caducidad y no de prescripción. STS 6362/2000, de 31 de julio; STS 7795/2002, de 22 de noviembre. En cuanto a las acciones de caducidad y prescripción encontramos importantes trabajos entre ellos: de ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Caducidad y autonomía privada: Especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las

previstas en la LO 1/1982 es de caducidad y, por tanto, no es susceptible de interrupción, a diferencia de la prescripción.

Otro cambio efectuado es la amplitud del plazo de tiempo para ejercitar las acciones de protección previstas en dicha LO a cuatro años cuando con la prescripción el plazo es de un año. La STS 6362/2000, de 31 de julio dispone que: “(...) cuando dicho precepto habla de caducidad, ha de entenderse como la decadencia de derechos que surge cuando la Ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya esgrimido, y que con el fin de evitar la inseguridad jurídica, ha de contemplarse, dicha caducidad desde un punto de vista del dato derivado del no ejercicio de un derecho por su titular dentro del plazo marcado por la norma. Pero además, un aspecto esencial de la referida institución de la caducidad es el de su no posible interrupción, y es esta nota la que la diferencia de la prescripción, y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que ha configurado la caducidad con una naturaleza que se deriva de no ser posible su interrupción, salvo en el caso concreto de la formalización de un acto de conciliación (S.S. 25 de junio de 1.962, 22 de mayo de 1.965, 23 de diciembre de 1.983, 27 de diciembre de 1.992 y 10 de noviembre de 1.994, entre otras)”.

Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que la prescripción sí es susceptible de interrupción, y antes de la LO 1/1982, cuando no se aplicaba la caducidad sino que las acciones prescribían (por tanto en un año), dicho año podía alargarse más de cuatro años debido a la posibilidad de interrupción de dicho plazo⁹⁶⁷. Con todo, algunos autores piensan que para ejercitar la acción resarcitoria prevista en la LO, se debe aplicar el plazo de prescripción de un año y para las otras medidas de reparación, el plazo de caducidad de cuatro años

partes”, en *La Ley*, núm. 4, 1986, págs. 1007 y ss.; PUIG BRUTAU, J., *Caducidad y Prescripción extintiva*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 45 y ss; DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema...*, cit., págs. 142 y ss.

⁹⁶⁷ ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, cit., págs. 290 y ss.

fijado en la propia LO⁹⁶⁸. Si bien podría considerarse un buen planteamiento a la hora de distinguir las acciones indemnizatorias de las de prevención o las reparatoras en específico, lo cierto es que los Tribunales han aplicado literalmente el art. 9. 5 de la LO⁹⁶⁹ y parece que la pretensión del legislador era que se aplicara el plazo de caducidad para todas las acciones previstas en la LO, incluidas las indemnizatorias.

El punto conflictivo es determinar desde qué momento comienza el cómputo del plazo para el ejercicio de las dichas acciones. El art. 9. 5 fija como punto de partida “desde que el legitimado pudo ejercitarlas”, esto es igual que lo dispuesto en el art. 1969 del CC. Lo que nos lleva a la necesidad de determinar cuándo entendemos que la persona legitimada pudo ejercitarlas.

Consideramos que la regla general del plazo para ejercitar los legitimados las acciones previstas en la LO 1/1982 es desde que los mismos conocen la intromisión ilegítima⁹⁷⁰. Si es a una persona viva desde que el tuvo conocimiento de dicha intromisión, y si es una intromisión en la memoria del difunto desde que los legitimados para defenderla tuvieron conocimiento de la misma. Como indica ALONSO PÉREZ, en las intromisiones a los derechos de la personalidad, y cuanto más a la memoria del difunto⁹⁷¹, los legitimados sólo

⁹⁶⁸ IGARTÚA ARREGUI, F., “Comentario a la STS 11 de abril 1987”, en *CCCJ*, 7, pág. 4567; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 435.

⁹⁶⁹ Como señala ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 291: “(...) la jurisprudencia se ha mostrado indiferente en el sentido de que se ha limitado a aplicar el contenido del art. 9.5 (...)”.

⁹⁷⁰ ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...cit.*, pág. 292; ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 32. Por otra parte, BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 249 considera que el momento en el que se inicia el cómputo puede ser tanto desde la fecha en que conoció la intromisión ilegítima como desde la fecha en que pudo ejercitar las acciones. En la jurisprudencia, la STS 3837/2008, de 17 de julio afirma que: “La doctrina jurisprudencial no asume una respuesta concluyente en este particular, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto”. La STS 8213/2011, de 30 de noviembre estudia el cómputo del plazo de los cuatro años teniendo en cuenta el caso concreto pero siempre bajo la idea de que comienza desde que el legitimado tuvo conocimiento de la intromisión, el problema era determinar en qué momento tuvo dicho conocimiento.

⁹⁷¹ Añadido nuestro.

podrán ejercitar dichas acciones si aquellos conocen la lesión, (al igual que indica el art. 1968. 2 del CC) porque “poder y conocer son simultáneos”⁹⁷².

En conclusión, el artículo 9. 5 de la LO 1/1982 establece un plazo de caducidad de cuatro años para ejercitar las acciones previstas en dicha LO, que no se puede interrumpir⁹⁷³ y el cómputo comienza desde que el legitimado tuvo conocimiento de la intromisión y, por tanto, de ejercitarlas.

Uno de los problemas más habituales en cuanto a la caducidad, en la práctica jurídica radica en las intromisiones en el honor o en la intimidad que sean constitutivas de delito. En estos casos y conforme a la LO 1/1982, en concreto el art. 1.2⁹⁷⁴, va a tener preferencia la vía penal frente a la vía civil⁹⁷⁵.

⁹⁷² ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 32.

⁹⁷³ Opina ALONSO PÉREZ, M., “Daños...”, *cit.*, pág. 32 que puede que existan situaciones complicadas, fortuitas o impeditivas que impiden poder ejercitar las acciones a los legitimados a pesar de conocer la lesión. En estos casos, el perjudicado por la lesión tendrá que demostrar esas circunstancias que han impedido ejercitar las acciones desde el conocimiento de la intromisión. En sentido contrario ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, pág. 885, que considera que no es posible alegar “causas impeditivas interruptoras del plazo, pues el carácter de caducidad lo rechaza según doctrina y jurisprudencia”.

⁹⁷⁴ Dicho artículo establece que: “El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito. Y la propia Exposición de Motivos de la LO a este respecto afirma que: “(...) Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el Derecho al Honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, Título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar que son objeto de una protección de esa naturaleza (...) Por ello en los casos que exista la Protección Penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la Responsabilidad Civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta Ley establece”.

⁹⁷⁵ En relación a la preferencia entre la vía penal y la vía civil y las relaciones entre ellas: MUÑOZ MACHADO, S., “Mitos...”, *cit.*, págs. 13 y ss., considera que si tenemos en cuenta dicha afirmación la LO 1/1982 puede ser inutilizable en la práctica puesto que en la mayoría de las ocasiones las intromisiones al honor, son constitutivas de los delitos de calumnias e injurias. El hecho de establecer esa preferencia proviene de la creencia de que la vía penal da más protección que la civil. Idea que para el autor y que nosotros compartimos es inexacta porque como el mismo afirma: “Los mecanismos penales lo que aseguran es una mayor reparación para el deshonrado. Las satisfacciones que a éste le importa obtener no radican en que se prive o no de libertad al informador desmedido, sino que la lesión sufrida se repare mediante rectificaciones o, en su caso, indemnizaciones, de las que el ofendido puede lucrarse personalmente (...) Los jueces civiles (...) han hallado un camino insatisfactorio (...) Si los hechos son constitutivos de un delito perseguible de oficio, la vía penal será preferente y excluyente (...) la preferencia de la vía penal hay que modularla en atención a las particularidades de los delitos de injurias y calumnias. Siendo estos perseguibles a instancia de parte, queda a la libre elección del perjudicado acudir a la vía penal o civil (...)”. Considerael

autor que este remedio crea unas diferencias que no se establecen en la propia LO 1/1982 y que si se acude al juez civil a través de la consiguiente acción civil porque el legitimado no quiere ir a la vía penal “no hay razón para que el juez acepte una excepción de incompetencia de jurisdicción”. Opinión con la que estamos de acuerdo. Esta situación entre las relaciones y diferencias establecidas entre la vía penal y civil la vemos, por ejemplo, en la STC 77/2002, de 8 de abril que dispone que: “En el caso de que los hechos presuntamente lesivos del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen fuesen aparentemente delictivos, la interpretación de este precepto en combinación con las reglas ordinarias de la Ley de enjuiciamiento criminal (arts. 110 a 117) llevó a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a distinguir según que se tratase de delitos que, por afectar a funcionarios públicos o autoridades, fuesen perseguibles de oficio o, por el contrario, fuesen perseguibles a instancia del ofendido mediante denuncia o querrela según los casos, por no ser los perjudicados afectados en consideración a ninguna condición pública. En el primer supuesto el Tribunal Supremo entendió que la apariencia delictiva de los hechos determinaba, a tenor del art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que hubiera de conocer la jurisdicción penal con preferencia absoluta. Esta línea jurisprudencial, que se inicia con la STS de 11 de noviembre de 1988 y continúa con las de 27 de enero, 7 y 23 de febrero, 17 de marzo, 14 de abril, 22 de junio, 6 y 14 de julio, y 11 de octubre de 1989, 4 de octubre y 14 de noviembre de 1991, dio lugar a estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción o a la desestimación de los recursos de casación que se deducían por su estimación en las sentencias de instancia. En este estado jurisprudencial se dicta la STC 241/1991, de 16 de diciembre (recurso de amparo deducido precisamente contra la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989), en la cual se realizan dos afirmaciones de capital importancia. De una parte que no es discriminatoria la existencia de un doble régimen de preferencia de la jurisdicción penal y la civil según que se trate de hechos que, de entenderse delictivos, sean perseguibles de oficio o a instancia de parte. De otro lado que nada obsta a que el funcionario o la autoridad personalmente afectados por los hechos pueda, concluido el proceso penal, continuar con el ejercicio de la acción civil de protección de su derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen establecida en la Ley Orgánica 1/1982 que resultó suspendida por la tramitación de la causa penal. Ahora bien, tras estas afirmaciones, su aplicación al caso concreto llevó a este Tribunal a estimar el recurso de amparo por cuanto la incompetencia de la jurisdicción civil a favor de la penal no se basó, en el caso allí resuelto, en ninguna de las dos causas legalmente previstas para ello, a saber, la pendencia de un proceso penal sobre los mismos hechos y la necesidad de que la jurisdicción civil fundamentase su resolución exclusivamente en la existencia de un delito (arts. 114 LECrim y 362 LEC respectivamente). A partir de esta Sentencia constitucional la jurisdicción ordinaria acomoda sus resoluciones a ella en los supuestos en los que los hechos pretendidamente lesivos del derecho al honor pueden ser constitutivos de delito público, de lo que son buena muestra las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992, 26 de enero de 1993, 6 de febrero y 12 de marzo de 1996, y, últimamente, la de 4 de junio de 2001. En cambio, en el segundo supuesto (hechos lesivos del derecho fundamental que constituyen delito perseguible a instancia de parte) la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido, en una línea constante, al particular ofendido la posibilidad de optar por la protección de su derecho a través de la jurisdicción civil o de la penal, de suerte que en ningún caso existiría una preferencia de la jurisdicción penal que hiciese apreciable la incompetencia de la jurisdicción civil. Ejercitada la opción por una u otra jurisdicción el ejercicio de la acción se somete al régimen jurídico establecido para cada una de ellas. De ello son exponente las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986, 23 de marzo y 22 de octubre de 1987, 11 de octubre y 6 de diciembre de 1988, 11 de abril de 1989, 13 de julio de 1992 y 14 de marzo de 1996. En consecuencia, en lo que se refiere a la primera de las especialidades de las que arranca el Tribunal Supremo en la Sentencia aquí recurrida en amparo, cabe afirmar que, tratándose de hechos que de ser constitutivos de delito serían perseguibles sólo a instancia de parte, siempre ha reconocido el derecho de opción por la protección a través de la jurisdicción penal o la civil. A esta jurisprudencia constante se acomodó también en la resolución aquí impugnada, haciéndolo explícito en el fundamento jurídico tercero, párrafos quinto, duodécimo, decimotercero y decimosexto, sin que, de otra parte, la existencia de tal opción haya sido

Pues bien, los conflictos anteriormente mencionados nacen cuando al optar por la vía penal pasan más de cuatro años desde el conocimiento por el legitimado de la intromisión, pero se pretende aún así interponer las acciones previstas en la LO 1/1982.

En este sentido, la STS 2387/2009, de 29 de abril, aclara en relación a la caducidad y las intromisiones con carácter delictivo que: “Como quiera, por tanto, que la materia de que se trata está necesitada de una cierta clarificación, la doctrina de esta Sala se fija en el siguiente sentido, siempre en relación con actuaciones penales previas al proceso civil por delitos perseguibles sólo a instancia de parte: 1º) El plazo de cuatro años establecido en el art. 9.5 de la LO 1/82 es de caducidad, como claramente expresa el propio precepto, y por tanto no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos. Se reitera, en consecuencia, la jurisprudencia de esta Sala al respecto que en su momento fue declarada conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional. 2º) Si la acción civil fundada en la LO 1/82 se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción. Se rectifica, por tanto, el criterio aplicado por algunas sentencias de esta Sala, ya reseñadas, y se concide así con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2006, de 17 de julio. 3º) En cambio, si la demanda civil fundada en la LO 1/82 se interpone después de vencido el referido plazo de cuatro años, procederá apreciar su caducidad aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos. 4º) Por tanto, si dichas actuaciones penales finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/82 habrá caducado. 5º) Finalmente, si hubiera mediado reserva expresa de la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal y éste hubiera terminado por sentencia condenatoria, entonces la acción civil ejercitable por el perjudicado, haya transcurrido o no el plazo de cuatro

cuestionada en sí misma, sino en las consecuencias que de su ejercicio ante la jurisdicción penal se pudieran derivar en orden a la subsistencia de la acción civil”.

años, no será ya la fundada en la LO 1/82, por más que sus criterios sean aplicables para fijar la indemnización (art. 1.2), sino la nacida del delito o falta declarada por la jurisdicción penal; es decir, la contemplada en el art. 1092 CC , que en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 1968-2º del mismo Cuerpo legal para la acción de responsabilidad civil por injuria o calumnia. Se ratifica también, en consecuencia, la jurisprudencia de esta Sala contenida en las ya citadas sentencias de 14 de julio y 30 de diciembre de 2004 (recs. casación 3070/99 y 5035/00 respectivamente). Los anteriores postulados responden a una interpretación conjunta y sistemática de los arts. 1.2 y 9.5 de la LO 1/82, 106 párrafo segundo, 110 párrafo primero, 111, 112, 114, 116 y 117 LECrim. y 1092 y 1968-2º CC, siendo clave, de entre todos ellos, el párrafo segundo del art. 112 de la LECrim ., que introduce una excepción al régimen general de los arts. 111 y 114 porque para los llamados delitos privados, es decir los perseguibles sólo "en virtud de querrela particular", impone la finalización del proceso penal por el ejercicio separado de la acción civil derivada de los mismos hechos, ya que este ejercicio sí extingue "desde luego", por ministerio de la ley, la acción penal. Al resultar, así, que por el ejercicio de la acción penal no se extingue la acción civil pero por el ejercicio de la civil sí se extingue la penal, una consecuencia lógica del ordenamiento jurídico será que, pendientes unas actuaciones penales por hechos encuadrables en la LO 1/82, la posibilidad de interponer una demanda civil fundada en esta ley orgánica no permanezca abierta indefinidamente, pues el perjudicado tiene siempre la posibilidad de presentarla antes de que transcurran cuatro años sin más que asumir la consecuencia de que se extinga la acción penal derivada de los mismos hechos”.

Para finalizar, debemos tener en cuenta un matiz importante en relación a la caducidad, el cómputo y la *memoria defuncti*. En primer lugar, si hay varios legitimados para defender dicha memoria y a tenor, como vimos en el capítulo precedente, del artículo 5 de la LO 1/1982, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones para su defensa. Aquí viene el problema, pues la duda es en qué

momento empezará a computarse el plazo de caducidad de la acción ya que unos pueden conocer la intromisión en un momento y otros mucho más tarde, incluso pasado el plazo de los cuatro años. El *dies a quo* es desde que el que va a interponer la acción tuvo el conocimiento aunque para otro legitimado la acción haya caducado. Eso sí, siempre que pruebe que desde que tuvo el conocimiento de la lesión a la memoria o del procedimiento iniciado por otro legitimado no han pasado cuatro años⁹⁷⁶. De la misma manera que si la intromisión se hubiera producido en vida del titular del derecho y no la conoció o no pudo ejercitar la acción correspondiente en defensa de su derecho vulnerado. En este caso, el plazo también es desde que tuvo conocimiento.

Otro de los matices a tener en cuenta en relación al art. 9.5 de la LO y la *memoria defuncti* es el límite de tiempo previsto para la legitimación que ya comentamos en el capítulo III del presente trabajo. Es decir, el tiempo de protección establecido en la LO para defender la memoria y que es necesario volver a mencionar esta vez para estudiar su nexo con dicho artículo.

La LO, como ya vimos, establece distinciones entre los propios legitimados. El tiempo para proteger la memoria del difunto en caso del Ministerio Fiscal y del designado en testamento si es que se trata de una persona jurídica es de ochenta años desde el fallecimiento del mismo. En el caso del designado en testamento, si es persona física y del cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, no hay un plazo de tiempo preciso, la LO les permite defender la memoria del difunto siempre que vivieran al tiempo del fallecimiento. Lo que a nuestro juicio también permitiría al concebido y no nacido defender la memoria del que fue⁹⁷⁷.

⁹⁷⁶ GONZÁLEZ POVEDA, P., “Cuestiones procedimentales”, en VVAA, *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 336; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 249; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Protección...”, *cit.*, págs. 129 y ss.

⁹⁷⁷ El artículo 29 del CC establece que: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

La combinación de los artículos 9. 5 y 4 de la LO 1/1982 supone que los legitimados podrán ejercitar las acciones en defensa de la *memoria defuncti* en el plazo de cuatro años desde que tuvieron conocimiento de la lesión a la misma siempre que no hayan pasado más de ochenta años desde el fallecimiento de la persona para el caso de que los legitimados sean el Ministerio Fiscal o una persona jurídica designada en testamento⁹⁷⁸. Por otro lado, para la persona física designada en testamento, el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, tendrán un plazo de cuatro años desde que tuvieron conocimiento de la intromisión a la memoria siempre y cuando vivieran al tiempo del fallecimiento de la persona⁹⁷⁹ cuya memoria pretenden proteger mediante las acciones previstas en la LO 1/1982.

⁹⁷⁸ Lo que significa como indica ROVIRA SUEIRO, M^a, E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 292, que si la lesión a la memoria se produce cuando cumplen setenta y nueve años de la muerte del finado, sí se podrán ejercitar las acciones previstas en la LO pero se tendrán que ejercitar en el plazo de un año puesto que si no se hace en ese momento nos excederíamos del tiempo de ochenta años en el que se puede proteger a la memoria.

⁹⁷⁹ Entre otros, ESPÍN CÁNOVAS, D., “La defensa...”, *cit.*, págs. 885 y ss; HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor...*, *cit.*, pág. 259; ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 292; BODAS DAGA, M^a. E., *La defensa...*, *cit.*, pág. 247.

CONCLUSIONES

I. La muerte genera importantes consecuencias jurídicas. La concreción del momento en que ésta se produce y despliega sus efectos jurídicos es el primer escalón del análisis jurídico privado. Es decisivo comprobar si la muerte tuvo lugar antes o después de que se produjesen ofensas a la memoria del difunto. En el caso de que sean anteriores a la muerte, se tiene que verificar si antes de ese fatal momento, el fallecido pudo o no ejercitar las acciones en defensa de su honor, intimidad o imagen. En el caso de poder defenderse y haberlo hecho, las personas comprendidas en el artículo 4 de la LO 1/1982 no tendrán legitimación para defender su memoria. Por el contrario, si el difunto no pudo defenderse, estas personas sí tendrán legitimación.

II. Tras la muerte, se producen dos efectos principales: la extinción física de la persona, el cuerpo se transforma en cadáver, y la extinción de la personalidad civil. Este último efecto supone que el difunto ya no es titular de derechos y obligaciones, por lo que se abre la sucesión de los derechos y obligaciones transmisibles. La extinción de la personalidad conlleva también la desaparición de los derechos de la personalidad, ya que estos derechos no se pueden transmitir por ser inherentes a la persona. Por último, este efecto de la extinción de la personalidad abre el camino a la protección de la personalidad pretérita.

III. La protección de la personalidad pretérita puede hacerse mediante varias vías:

a. A través del artículo 526 del vigente Código Penal.

b. Mediante los remedios que proporciona la L.O 2/1984, relativa a la rectificación de hechos falsos o inexactos que afecten a la persona fallecida.

- c. A través de las acciones de filiación previstas en el Código Civil
- d. Con arreglo a los artículos 15 y 16 de la L.P.I que tutelan el derecho moral del autor tras su muerte.
- e. A través de los artículos 4, 5 y 6 de la LO 1/1982
- f. Por vía constitucional.

IV. La *memoria defuncti* no es un derecho fundamental, pues sólo las personas vivas son titulares de derechos fundamentales. En principio, no podemos recurrir a la tutela constitucional para protegerla. Sí se podrá acudir al Tribunal Constitucional cuando, a través de una lesión a la misma, resulten afectados personal o familiarmente los designados, allegados, o familiares, los cuales en virtud de defender un derecho propio, sí podrán acudir a esta vía. En este sentido se considera que la *memoria defuncti* limita el ejercicio de estos derechos. Ahora bien, cuando la lesión afecta sólo a la memoria del fallecido sin extenderse a terceros, goza de una menor protección con respecto al honor, a la intimidad o a la imagen de la persona viva, ya que al entrar en conflicto con el derecho a la libertad de expresión y de información no se podrá acudir al amparo constitucional. La desprotección de la *memoria defuncti* queda pues patente. Una vía, aún no consolidada por la jurisprudencia, para poder acudir al amparo ante el TC para defender la *memoria defuncti*, puede ser invocar el interés legítimo, referido en el artículo 162. 1. b de la CE, utilizando como argumento la dignidad humana, reconocida en el artículo 10.1 de la C.E, ya que la memoria sobrevive en razón de la dignidad de la persona que fue.

V. La LO 1/1982 defiende la personalidad pretérita a través de la tutela de la *memoria defuncti*. El difunto no es titular de derechos y obligaciones, no tiene derecho al honor, ni a la intimidad ni a la imagen. No puede dañarse a un muerto. Sin embargo, la *memoria defuncti* sobrevive a la extinción física de la persona, está inexorablemente unida a la dignidad de la persona que fue, ya que

nunca muere del todo, y en razón de ella surge el sentimiento de respeto a la persona fallecida, a su memoria. Es prolongación de la personalidad. Sobrevive a la muerte, debe ser respetada y protegida jurídicamente ante las ofensas producidas a lo que en vida era el derecho al honor, la intimidad o la imagen, y que ahora se ha convertido en *memoria defuncti*. Es el buen nombre, la buena reputación del fallecido, buena imagen, recuerdos, escritos, datos, sus acciones, creencias que perduran en el recuerdo de sus familiares y amigos.

VI. Este reconocimiento a la *memoria defuncti* se hace vivo, se materializa en los vivos, es decir, dicha memoria vive en las personas legitimadas para protegerla. Esta exigencia de proteger la memoria del difunto se establece en los artículos 4, 5 y 6 de dicha LO al determinar quiénes son las personas legitimadas para ejercitar esa defensa frente ataques de terceros. El legislador rompe el sistema tradicional de encomendar al heredero la tutela del patrimonio moral del causante y otorga libertad a la voluntad del difunto para determinar qué personas considera que mejor van a defender su memoria. Por tanto, la primera persona legitimada para defender la *memoria defuncti* es la que el fallecido designe expresamente a tal efecto en testamento. En su defecto, estarán legitimados el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos del difunto que viviesen al tiempo de su fallecimiento. En defecto de estos, será el Ministerio Fiscal. Tanto la persona física designada en testamento como los enumerados en el art. 4. 2 pueden proteger la *memoria defuncti* durante toda su vida siempre que vivieran en el momento del fallecimiento. La persona jurídica designada en testamento y el Ministerio Fiscal tienen como límite ochenta años desde el fallecimiento de la persona. Los legitimados tienen un plazo de cuatro años desde que conocieron la intromisión para defender la *memoria defuncti*.

VII. El ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información puede lesionar la *memoria defuncti*, que opera como un límite al

ejercicio de tales derechos. Son los tribunales ordinarios los encargados de ponderar en cada caso cuál de los dos valores debe prevalecer, igual que sucede en el caso de las personas vivas.

VIII. La difamación, la divulgación de datos íntimos, la distorsión de la imagen del fallecido puede dañar su *memoria defuncti*. El daño a la misma sólo será moral. Una ofensa puede lesionar exclusivamente la *memoria defuncti* y también puede ocasionar un daño a los derechos al honor, a la intimidad o a la imagen de familiares o allegados del difunto. Son acciones distintas e independientes. En el primer caso, se defiende la buena memoria del fallecido. En el segundo, se defiende un derecho propio.

IX. En la LO 1/1982, por primera vez, se reconoció expresamente la existencia de daños morales y la posibilidad de daños a la *memoria defuncti*. También dicha LO introdujo una presunción del daño. Esta presunción se refiere a daños morales, tiene carácter subjetivo y es *iuris tantum*.

X. Para exonerar de responsabilidad civil, el causante del daño tiene que probar que existen causas que eliminan la ilicitud de su conducta. En primer lugar, tiene que probar que su conducta encaja con las causas que la LO 1/1982 contempla como exonerantes de intromisión, como por ejemplo que cuando captó la imagen de una persona pública ya fallecida fue en un lugar público y, posteriormente tiene que probar los requisitos exigidos en la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión e información con la *memoria defuncti*. Pero para nosotros el hecho de que los tribunales no apliquen estrictamente lo que significa el interés público y de que utilicen el criterio de la veracidad sobre la base de la buena diligencia profesional (lo que implica que podamos estar ante informaciones objetivamente falsas y que, por tanto, no cumplen con el fin

del derecho a la información) implica que puede existir un daño a la *memoria defuncti* y puede ser posible adoptar alguna medida de protección.

XI. La propia LO 1/1982 prevé la posibilidad de prevenir el daño a la *memoria defuncti*, es decir, la tutela inhibitoria del daño, a través de la acción de cesación, de la acción de abstención que se puede adoptar con carácter de urgencia o de manera definitiva, y también entendemos que puede ser a través de la rectificación porque la divulgación de una información inexacta puede generar al aludido el temor de la causación de un perjuicio.

XII. Si hay daño antijurídico hay que repararlo. Se puede reparar de manera específica, a través de la difusión de la sentencia condenatoria y a través de la declaración de la intromisión sufrida a la *memoria defuncti*. Y si la reparación específica no es suficiente para reparar aquélla acudiremos a la reparación resarcitoria.

XIII. La reparación resarcitoria es la vía más usada pese a no ser la más conveniente para reparar la *memoria defuncti*. Para calcular el importe de la indemnización, valorar el daño, la LO 1/1982 ofrece unas pautas cifradas en las circunstancias del caso y en la gravedad de la lesión. El destino de la indemnización sólo deberá utilizarse para cubrir los gastos del proceso y los necesarios para restaurar la memoria del difunto pero el importe sobrante irá a los legitimados por el art. 4. 2 de la LO 1/1982 si la lesión se produjo en la memoria o a los herederos si la lesión se produjo en vida y no pudo, pero quiso defenderse el fallecido.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

STS de 6 de diciembre de 1912.

STS de 13 de noviembre de 1916.

S.T.S. de 14 de diciembre de 1917.

STS de 7 de noviembre de 1919.

STS de 12 de marzo de 1928.

STS 816/1930, de 31 de marzo.

STS 721/1945, de 25 de junio.

STS 1607/1948, de 4 de diciembre.

STS 1025/1950, de 13 de junio.

STS 1133/1957, de 21 de enero.

STS 1497/1959, de 28 de febrero.

STS 557/1962, de 7 de febrero.

STS 5005/1964, de 4 de noviembre.

STS 2047/1977, de 11 de mayo.

STS 748/1981, de 18 de febrero.

STC 19/83, de 14 de marzo.

STS 1500/1984, de 3 de febrero.

JII. n. 5 de Madrid, de 13 de junio de 1985.

STS 3953/1985, 4 de julio.

SAT de Madrid, de 23 de julio de 1985.

STS 6015/1986, de 28 de octubre.

STS 6205/1986, de 4 de noviembre.

SAT de Granada, de 18 de marzo de 1987.

STS 2703/1987, de 11 de abril.

STS 6713/1987, 5 de octubre.

STS 1603/1988, de 7 de marzo.

STS 2573/1988, 30 de marzo.

STS 7488/1988, de 14 de octubre.

STS 3880/1988, de 5 de mayo.

STS 5729/1988, de 19 de julio.

STC 231/1988, de 2 de diciembre.

STS 4777/1989, de 22 de junio.

STS 8817/1989, de 11 de diciembre.

STS 26/1990, de 26 de enero.

STS 2537/1990, de 16 de marzo.

STC 172/1990, de 12 de noviembre.

STC 214/1991, de 11 de noviembre.

STS 6697/1991, de 29 de noviembre.

STS 8499/1992, de 17 de noviembre.

STC 123/1993, de 19 de abril.

STS 350/1993, de 2 de febrero

STS 8635/1994, de 21 de diciembre.

STS 11366/1995, de 15 de julio.

STC 190/1996, de 25 de noviembre.

STS 5978/1997, de 9 de octubre.

SAP de Valladolid de 27 de enero de 1998.

STS 1581/1999, de 8 de marzo.

STS 7658/1999 de 30 de noviembre.

STS 1608/2000, de 29 de febrero.

SAP de Badajoz, núm. 73/2000 (Sección 3ª), de 17 de abril.

STS 6362/2000, de 31 de julio.

STC 81/2001, de 26 de marzo.

STC 77/2002, de 8 de abril.

STS 7795/2002, de 22 de noviembre.

STS 7859/2002, de 25 de noviembre.

STS 2898/2003, de 28 de abril.

STS 3489/2003, de 23 de mayo.

STC 43/2004, de 23 de marzo.

STC 61/2004, de 19 de abril

SAP de Cáceres de 26 de abril de 2004.

STS 3684/2004, de 28 de mayo.

STS 4600/2004, de 29 de junio.

STS 5072/2004, de 12 de julio.

Auto AP de Madrid, núm. 57/2005 (sección 11ª), 20 abril.

STS 4836/2005, de 15 de julio.

STS 329/2005, de 4 de mayo.

STS 808/2005, de 18 de octubre.

STS 1366/2006, de 7 de marzo.

SAP de Madrid, sección 13, 382/2007, de 27 de junio.

STC 51/2008, de 14 de abril.

STS 3837/2008, de 17 de julio.

STS 4840/2008, 19 de septiembre.

STS 6274/2008, de 18 de noviembre.

STS 1532/2009, de 25 de febrero.

STS 2387/2009, de 29 de abril.

STS 6229/2009, de 16 de octubre.

STS 2899/2011, de 25 de abril.

STS 7348/2010, de 3 de noviembre.

STS 7547/2010, de 16 de diciembre.

STS 7705/2010, de 30 de diciembre.

STS 327/2011, del 31 de enero.

STS 2498/2011, de 21 de marzo.

STS 5815/2011, de 18 de julio.

STS 5754/2011, de 20 de julio.

STS 7069/2011, de 10 de octubre.

STS 8213/2011, de 30 de noviembre.

STS 9265/2011, de 7 de diciembre.

BIBLIOGRAFIA

AGUSTÍN CALVO, G., «La valoración judicial en la indemnización por daño moral», *RGD*, 1995.

ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, vol. I, Bosh, Barcelona, 1985.

—, *Derecho civil*, tomo I, vol. II, Barcelona, 1985.

—, *Derecho civil*, II, Bosch, Barcelona, 2002.

ALONSO PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España”, en *ADC*, 1983.

—, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html#_ftn1.

ALVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones de Derecho romano III. Personas físicas y colectivas en el Derecho romano*, Madrid, 1977.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966.

ARAMBURU Y MACHADO, M., *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*, Madrid, 1894.

ARGÜELLO, L. R., *Manual de Derecho romano, Historia e Instituciones*, Astrea, Buenos Aires, 1981.

ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, tomo I, parte general, decimosexta edición, Madrid, 1981.

ATIENZA NAVARRO, M^a. L., “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y*

familiar y a la propia imagen, coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007

AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997

BACIGALUPO, E., *Delitos contra el honor*, Dykinson, 2000

BAÑEGUIL ESPINOSA, M. A., “Los derechos de la personalidad”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, vol. II, Civitas, 2003

BELLÓN MOLINA, F. A., «La condena a indemnizar los perjuicios causados en la LO 1/1982. Especial referencia al daño moral», *AC*, 1998-2

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción jurídica de los derechos de la personalidad”, en *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1976

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo S.A, Madrid, 1976

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 96

BLONDEL, P., *La transmisión a cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux a caractère personnel*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969

BODAS DAGA, M^a. E. *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007

BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988

BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983.

BONNECASE, J., *Elementos del Derecho civil*, tomo I, Porrúa, México, 1945.

BORREL MACIÁ, A., *Responsabilidad derivada de culpa extracontractual civil*, Bosch, Barcelona, 1942.

—, *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosh, Barcelona, 1954.

BUSNELLI, F. D., «Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona», *RCDP*, 1987-1.

BUSTO LAGO, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.

CABANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*, Aranzadi, 1987.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículos 17 a 41 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 3, RDP, Madrid, 1993.

CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, Tirant Lo Blanch, 1998.

—, “Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen”, en *La Ley*, 1999-1.

CARBONNIER, J., *Derecho civil*, t. II, vol. II, trad. ZORRILLA RUÍZ, Bosch, Barcelona, 1971.

CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Teoría y práctica de los delitos contra los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos: el peso de una negativa influencia histórica”, en *La Ley*, núm. 6666”.

CARRILLO, M., *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Thomson-Aranzadi, 2003.

CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos de la personalidad”, en *R.G.L.J.*, julio-agosto, 1952, tomo XXIV.

—, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, Madrid, 1961.

—, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., “La protección al honor en el Derecho español”, *R.G.L.J.*, tomo 2, 1957.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., “La persona, el estado civil y el registro civil. Parte primera. La persona en general”, en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, vol. II, Civitas, 2003.

CAVANILLAS MUGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

COLOMBET, C., *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, tercera edic., Unesco/Cindoc, traducción Petite Almeida, 1997.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996.

CUCARELLA GALIANA, L. A., *Rectificación, tribunales y medios de comunicación*, La Ley, Madrid, 2008.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La protección de la personalidad en el Derecho Privado”, en *RDN*, 1974.

—, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

—, “Caducidad y autonomía privada: Especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes”, en *La Ley*, núm. 4, 1986.

—, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

DE ASÍS GARCÍA SERRANO, F., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, en *ADC*, tomo XXV, enero-marzo, 1972.

DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, tomo II, vol. I, Madrid, 1952.

—, «La indemnización por causa de muerte», *ADC*, 1956.

—, “Los llamados derechos de la personalidad”, en *ADC*, núm. XI, 1959.

—, *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1970.

—, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

DE COSSÍO, A., “Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho privado”, en *RDP*, tomo XXVI, Madrid, 1942.

—, «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español», *ADC*, 1966.

—, *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993.

DE COULANGES, F., *La ciudad antigua*, Madrid, 1984.

DE CUPIS, A., *I Diritti della personalità*, Giuffré, Milano 1950.

—, “La persona humana en el Derecho Privado”, en *RDP*., 1957.

—, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1966.

—, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. II, Milano, 1970.

DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929.

DE LA VÁLGOMA, M., “Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *ADH*, 1983.

DE LAS HERAS, G. R., *La consideración del cadáver en Derecho romano: su posible repercusión en la actualidad*, Bomarzo, Albacete, 1987.

DEL CARPIO FIESTAS, V., “La protección de la memoria del fallecido por su pareja de hecho”, en *AC*.

DI BENEDETTO, F., “La morte”, en *Le persone*, vol. I, Utet, Torino, 2000.

Diccionario de la lengua española. Real academia de la lengua, 22.ª edición.

DÍEZ DÍAZ, J., ¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?, en *RGLJ*, 1963.

DÍEZ-PICAZO, L., “El sentido histórico del Derecho civil”, en *RGLJ*, 1959.

—, *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, I, Madrid, 1966.

—, Comentario a la STS. 6 de diciembre de 1912, en *EJC.*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1973

—, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, Madrid, 1973

—, “Artículos 1 al 41”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, tomo I, Revista de Derecho Privado, Jaén, 1978

—, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999

—, *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.

—, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, t. V, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

DÍEZ-PICAZO, L Y GUILLON, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, 2003

ESPIN CÁNOVAS, D., “La defensa post mortem de la vida reservada en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Cánovas*, Centro de Estudios Registrales, t. I, 1988.

—, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991

ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, 1989

FARIÑAS MATONI, L. M^a., *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.

FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, La Ley, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ ALBOR, A., «El daño moral en los delitos contra el honor», *RGLJ*, 1967.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “Privacy y Publicity en el Derecho norteamericano”, en *Homenaje al profesor Alonso Otero*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981.

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929.

—, *Le Persone Giuridiche*, tomo II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2^a edición, Torino, 1956.

GALINDO GARFIAS, I., *Derecho civil*, Porrúa, México, 1973.

GANGI, C., *Persone fisiche e persone giuridiche*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1948.

GARCÍA AMIGO, M., *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, parte general, Madrid, 1979.

GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003.

GARCÍA GARNICA, M^a. C., “Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y a la propia imagen y su trascendencia jurídica”, en *Libro Homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo I, Madrid, 1852.

GARCÍA SERRANO, F., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *ADC*, 1972

GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Imagen. (Derecho a la propia)”, en *NEJ*, t. XI. F.Seix, Barcelona, 1962.

“El derecho a la propia imagen hoy”, en *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, Consejo General del Notariado, vol. VI, Madrid, 1988.

GÓMEZ POMAR, F., «Daño moral», *InDret* 1/2000, www.indret.com.

GONZÁLEZ POVEDA, P., “Cuestiones procedimentales”, en *VVAA*, Honor, Intimidad y Propia Imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, *CGPJ*, Madrid, 1.

GORDILLO CAÑAS, A., *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987.

GRIMALT SERVERA, P., *La Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, 2007.

GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección jurídica del honor post mortem en Derecho Romano y en Derecho Civil*, Comares, Granada, 2002.

GUTIÉRREZ GOÑI, L., *Derecho de rectificación y libertad de información*, Bosh, 2003.

HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990.

HUALDE SÁNCHEZ, J. J., PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C., GIL RODRÍGUEZ, J., *Manual de Derecho civil*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1995.

HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “La protección post mortem de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido”, *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2008.

IGARTÚA ARREGUI, F., Comentario a la Sentencia de 28 de octubre de 1986, Cuadernos CCJC, núm. 12, 1987.

—, “La protección del honor y la intimidad”, en *PJ*, nº 5, 1987.

—, “Comentario a la STS 11 de abril 1987”, en *CCJC*, 7, 1988.

—, “La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona. Comentario de la sentencia 231/1988 de 2 de diciembre”, en *La Ley* 1, febrero, 1990.

—, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991.

IHERING, R., «Del interés en los contratos», en *Estudios Jurídicos*, trad. GONZÁLEZ POSADA, A., Heliasta, Buenos Aires, 1974.

LACRUZ, J. L., Y CONTINUADORES, *Elementos de Derecho civil*, tomo I, Bosh, Barcelona, 2004.

LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, trad. Esp. y notas de SANTOS BRIZ, t. I, edic., RDP, Madrid, 1958.

LASARTE, C., *Principios de derecho civil*. Derecho de sucesiones, tomo 7, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., 4ª edición, Madrid - Barcelona, 2005.

—, *Principios derecho civil*, tomo I, Marcial Pons, 2006.

LETE DEL RIO, J. M., *Derecho de la persona*, Tecnos, 1986.

LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad Civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium S. A., 1ª edic., Madrid, 1988.

—, “Reflexiones en torno a la veracidad informativa en relación con el derecho al honor”, en *Retos de la Sociedad de la información. Estudios de comunicación en honor de la Dra. María Teresa Aubach Guiu*, Salamanca, 1997.

—, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999.

—, “La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de daños), en *Revista Práctica de Derecho de daños*, núm. 7., julio 2003.

—, “Formas de reparación del daño (I)”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, nº 80, Marzo 2010.

—, “Formas de reparación del daño (II), en *Revista Práctica Derecho de Daños*, núm. 81, abril 2010.

—, *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, 2010.

LÓPEZ JACOISE, J. J., “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, en *ADC.*, 1986.

—, “Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. IV, 1988.

MACÍAS CASTILLO, A., *La responsabilidad civil derivada de las inmisiones molestas*, La Ley, Madrid, 2003.

—, “Calificación errónea del bien jurídico protegido: confusión del derecho a la intimidad con el derecho al honor. Análisis de la STS 17 de junio de 2004”, *AC*, núm. 19, noviembre 2004.

—, “Colisión entre la libertad de expresión y derecho al honor”, en *AC*, núm. 15, septiembre 2005.

—, “Intromisión ilegítima en la imagen y en el honor de mujer no maltratada que se presenta en programa televisivo como tal. Análisis de la STS 14 de julio de 2005”, en *AC*, núm. 20, noviembre, 2005.

—, “El derecho a la información y el reportaje con cámara oculta”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, nº 31, 2005.

—, “El precio de la intimidad (Reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 LO 1/1982)”, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coord. Eugenio Llamas Pombo, Vol. 2, 2006.

—, “Derecho al honor y libertad de expresión e información”, en *AC*, núm. 18, octubre 2006.

—, “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, en *DLL*, núm. 6913, 2008.

—, “La reparación del daño moral de autor”, en *El Derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, La Ley, Madrid, 2008.

—, “Las medidas cautelares y la protección de la propia imagen: el caso de Telma Ortíz”, en *Revista Comunicación y Pluralismo*, 09, dir. MARTÍNEZ VALLVEY, F., Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2010.

MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1993.

MARTIN CASALS, M. Y SALVADOR CODERCH, P., “Comentario a la STS de 18 de abril de 1989”, en *CCJC*, 1989.

MARTIN CASALS, M., “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor”, en *El mercado de las ideas*, SALVADOR CODERCH, P., Director, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990.

—, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en *Centenario del Código civil*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993.

MARTY Y RAYNAUD, *Droit civil*, II, vol. I, Paris, 1962.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. Y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I, trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, L., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

MOLINER NAVARRO, R., “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”, en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, coord. DE VERDA Y BEAMONDE, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, tomo 1, revisada y puesta al día por MARÍN PEREZ, P., edic. 6ª, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949.

MUÑOZ MACHADO, S., “Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación”, en *PJ*, tomo I, marzo 1986..

—, *Libertad de presa y procesos por difamación*, Barcelona, 1988.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho al honor en la evolución jurídica posterior al Código civil”, en *Centenario del Código civil*, tomo II, Centro de estudios Ramón Areces, 1990.

—, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991.

ONDEI, E., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Editrice Torinese, 1965.

ORGAZ, A., *El daño resarcible*, M. Lerner, Córdoba, 1980.

PALAZÓN GARRIDO, M. L., “La protección post mortem del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999: caso “Marlene Dietrich”), *AC.*, núm. 20, mayo 2003.

—, “Libertad de creación y protección del Derecho moral post mortem actoris: el caso de Los Miserables”, *AC.*, núm. 5, 2009.

PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

PANTALEÓN PRIETO, F., «Diálogos sobre la indemnización por causa de muerte», *ADC*, 1983.

—, “La constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10. Septiembre-Diciembre, 1996.

—, “La constitución, el honor y unos abrigos”, en Tomo de Jurisprudencia, II, *La Ley*, 1996.

PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, 2003.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. 4ª, vol. I, Madrid, 1965.

PLAZA PENADÉS, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant Lo Blanch, 1996.

PUIG BRUTAU, J Y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo 1, Bosch, Barcelona, 1979.

PUIG BRUTAU, J., *Caducidad y Prescripción extintiva*, Bosch, Barcelona, 1996.

PUIG PEÑA, F., *Introducción al Derecho civil español común y foral*, Bosch, Barcelona, 1942

RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

RAMOS MÉNDEZ, F., *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Hispano Europea, Barcelona, 1974.

REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, 2ª edic., Madrid, 2005.

RESCIGNO, P., “La fine della vita umana”, en *Revista di diritto civile*, num. VI, Cedam-Padova, 1982.

RICO-PÉREZ, F., “Protección civil de la dignidad personal”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, 1989.

RODRIGUEZ GARCIA, C. J., “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 1989”, en *AC*, núm. 33, 1990.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E., “El contenido no patrimonial de la herencia: los derechos al honor, intimidad e imagen del difunto”, en *RDP*, Thomson-Aranzadi, 2004.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. Y BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

ROJO AJURIA, L., “La tutela civil del Derecho a la intimidad”, en *ADC*, 1986, I.

—, «La tutela civil del honor y la intimidad», *AC*, 1988-1.

—, *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública según Ley 5 de mayo de 1982*, Colex, 1987.

ROVIRA SUEIRO, M^a. E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999.

RUIZ Y TOMÁS, P., *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*, edit., Reus, Madrid, 1931.

SALVADOR, P., *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1987

—, *El mercado de las ideas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990.

—, *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑERA PALOU, M^a. T., *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, tomo II, Establecimiento tipográfico “sucesores de Rivadeneyra”, 1911.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*. Montecorvo. 4 edición, Madrid, 1986.

SCONAMIGLIO, R., «Il danno morale», *RDC*, 1957.

—, “Appunti sulla nozione di danno”, *RDC*, 1969.

SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la persona*, La Ley, 1992.

SOLS GARCÍA, P., “Un caso realmente de comoriencia”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, tomo IV, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

SPAEMANN, R., A., *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”, en título original Personem. Versuche über den Unterschied zwischen “etwas” und “jemand”*, Stuttgart, 1996.

URIAS, J., *Lecciones de Derecho de la Información*, Tecnos, Madrid, 2003

VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en *Tratado de responsabilidad civil*, dir. Reglero Campos, F., 2ª edic. Aranzadi, 2003.

VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2000.

VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, S.A., 1984.

YSÁS SOLANES, M., “La protección a la memoria del fallecido en la L.O 1/82”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, 1988.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contactual extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

—, “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen”, en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. Reglero Campos, tomo III, parte especial segunda, Thomson-Aranzadi, 2008.