

LA LESIÓN POR MEDIOS DIGITALES DE LA PERSONALIDAD PRETÉRITA DEL FALLECIDO*

Vulneraciones del honor, intimidad, imagen y datos personales del difunto en redes sociales, publicaciones digitales y otros canales de difusión electrónica

Sergio Cámara Lapuente

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

TITLE: *Harming a deceased person's memory by digital means (Behaviour prejudicing the reputation, privacy, image and personal data of people after their death on social networks, in digital publications and by other electronic media)*

RESUMEN: El empleo de medios digitales para producir intromisiones ilegítimas o vulnerar el singular derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y los datos personales de personas fallecidas ha hecho proliferar las sentencias al respecto. Este ensayo persigue esclarecer las aún incipientes pautas jurisprudenciales que están tomando en consideración las especialidades de internet al aplicar normas de hace décadas (como la LO 1/1982 o la LO 2/1984) junto con otras recientes como la LO 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y el RGPD; el uso de herramientas digitales en la lesión de la memoria del difunto enfrenta a los tribunales con cuestiones como considerar si internet es un «lugar público», si el perfil en una red social de un fallecido lo convierte en persona con proyección pública, si el interés histórico o cultural puede amparar ciertas revisiones con amplia difusión digital, cómo y dónde debe publicarse una sentencia de condena, en qué medida las reproducciones en sucesivas publicaciones digitales de un acto lesivo han de incidir en la fijación de la indemnización por daño moral, quiénes son los perjudicados y los beneficiarios últimos de estas indemnizaciones, quiénes están legitimados para defender los datos personales y los contenidos digitales del difunto y hasta dónde alcanzan sus facultades, en qué medida el rastro digital de una persona limita *post mortem* la defensa de su imagen, y un largo etcétera.

ABSTRACT: *The use of digital tools to produce illegitimate intrusions or to violate the special right to reputation or honour, privacy, self-image and personal data of deceased persons has led to a proliferation of judgements in this regard. This essay seeks to clarify the still incipient case-law guidelines that are taking into consideration the specific features of the Internet when applying regulations from decades ago (such as LO 1/1982 or LO 2/1984) together with other recent ones such as LO 3/2018 on the protection of personal data and the guarantee of digital rights, and the GDPR; the use of digital tools to harm the memory of the deceased confronts the courts with questions such as whether the Internet is a "public place", whether the profile on a social network of a deceased person makes him or her a person with public projection, whether historical or cultural interest can cover certain reviews with wide digital dissemination, how and where a condemnatory judgement should be published, to what extent*

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+I DER2017-84748-R (Ministerio de Ciencia e Innovación), *Mercado único digital europeo y protección de los consumidores*, del que el autor es investigador principal. Una versión del mismo se integrará en la obra colectiva *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños (Estudios en homenaje al Profesor Roca Guillamón)*, en fase de edición.

reproductions in successive digital publications of a harmful act must have an effect on the determination of compensation for moral damages, who are the injured parties and the ultimate beneficiaries of the compensation, who are entitled to defend the personal data and digital contents of the deceased and the scope of their powers, to what extent the digital trace of a person limits post mortem the protection of his image, and a long etcetera.

PALABRAS CLAVE: derechos de la personalidad, fallecido, testador, internet, redes sociales, daños, indemnización, datos personales, derecho al olvido, derecho de rectificación, derecho al honor, intimidad, propia imagen, herencia digital, testamento digital, libertad de expresión, información falsa, Facebook, Twitter, prensa digital.

KEYWORDS: *rights of the personality, deceased, testator, Internet, social networks, torts, compensation, personal data, right to be forgotten, right of reply, honour, privacy, self-image rights, digital inheritance, digital will, freedom of expression, false information, Facebook, Twitter, digital press.*

SUMARIO: 1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. 2. ¿DAÑOS A LAS PERSONAS FALLECIDAS? LA «PERSONALIDAD PRETÉRITA» Y LA «MEMORIA DEL DIFUNTO». 3. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS: MARCO LEGAL Y CAUCES DE DEFENSA. 3.1. *Síntesis del marco legal.* 3.2. *¿Protección penal de la personalidad pretérita?* 3.3. *La protección constitucional y su evolución.* 3.4. *La protección civil de la personalidad pretérita.* 3.4.1. Normas de aplicación. 3.4.2. Ponderaciones jurisprudenciales de las reglas aplicables. a) Derecho al honor. b) Derecho a la intimidad. c) Derecho a la propia imagen. d) Derecho a la protección de datos personales. 4. INCIDENCIA DE LAS HERRAMIENTAS DE INTERNET EN LA PONDERACIÓN DE LA EXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. 4.1. *Internet en la configuración de la intromisión ilegítima.* 4.2. *Internet en la ponderación de las excepciones legales a la intromisión ilegítima.* 5. PERJUDICADOS, LEGITIMADOS Y BENEFICIARIOS. 6. PRETENSIONES DERIVADAS DE LA DEFENSA DE LA PERSONALIDAD PRETÉRITA DEL FALLECIDO. BIBLIOGRAFÍA.

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Dentro del ámbito de los *daños a los derechos de la personalidad* destacan, por razones distintas, dos temas de indudable interés: por una parte, la *protección civil de estos derechos tras el fallecimiento de su titular*¹, cuyo controvertido diseño legislativo, casi

¹ Por orden cronológico, cabe destacar los siguientes trabajos: ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «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 DÍEZ DEL CORRAL, Luis (coord.), *Historia y pensamiento. Homenaje a Luis Díez del Corral por la Universidad Complutense*, Eudermia, Madrid, 1987, I; YSÁS SOLANES, María, «La protección a la memoria del fallecido en la LO 1/1982», AA.VV., *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1988, VI; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Breves notas sobre la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen», *Diario La Ley*, 1999-1; ALONSO PÉREZ, Mariano, «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», Ponencia presentada en III Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, 2003, pp. 1-41 (disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html> [consulta: 10.7.2020]); ALONSO PÉREZ, Mariano, «La protección de la personalidad pretérita: regulación positiva», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro Homenaje al prof. Albaladejo*, Colegio de Registradores de la Propiedad-Universidad de Murcia, 2004, I, p. 117 y ss.; COBAS COBIELLA, María Elena, «Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión», *Revista Boliviana de Derecho*, 15 (2003), pp. 112-129; BODAS DAGA, María Eugenia, *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007; HUALDE SÁNCHEZ, Javier, «La

40 años después de la aprobación 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 (en adelante, LO 1/1982), sigue despertando interpretaciones dispares y una abundantísima praxis judicial, amén de complementarse con las renovadas (y en parte nuevas) facultades de ciertas personas legitimadas frente al tratamiento de los datos personales de las personas fallecidas ex Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDPyGDD o LO 3/2018); por otra parte, *la vulneración de estos derechos fundamentales* (al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la protección de los datos personales) *en el entorno digital y, en particular, en internet*² con sus múltiples herramientas y útiles. Ambos temas cuentan con numerosos y excelentes estudios³, pero hasta la fecha y hasta donde se me alcanza, su intersección no ha sido estudiada monográficamente.

La presente contribución tiene por finalidad esbozar unas primeras notas en las que se analicen y destaquen las especificidades que los nuevos contextos digitales introducen en la vigente normativa sobre protección *post mortem* de la llamada personalidad

protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Bienes de la personalidad (XIII Jornadas de la APDC)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008; OTERO CRESPO, Marta, «Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P. (coords.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1107-1130; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «La llamada “personalidad pretérita”: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 5 (2016), pp. 201-238; MINERO ALEJANDRE, Gemma, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «La protección civil *post mortem* de los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen vs. datos personales de los fallecidos y otras dimensiones de la llamada “personalidad pretérita”)», en GARCÍA AMADO, J. A. (coord.), *Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 207-364.

² V. gr., CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012; ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales», en FAYOS GARDÓ, A. (coord.), *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 61-85; GAMELLA CARBALLO, Sandra, *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías*, Sepin, Madrid, 2018; GIL VALLILENGUA, Lucía, «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 14, (diciembre 2016), pp. 161-190; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*, Reus, Madrid, 2017; NOAIN SÁNCHEZ, Amaya, *La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*, AEPD/BOE, Madrid, 2015.

³ Las notas anteriores dan muestra de ello y constituyen sólo una escueta selección de ensayos escogidos en los que pueden encontrarse ulteriores referencias.

pretérita del fallecido e identifiquen cuáles son los concretos aspectos derivados del uso de internet que en este ámbito están abordando los tribunales. Se trata, por tanto, de un estudio esencialmente jurisprudencial y por necesidad fragmentario e incompleto, pues no se pretende visitar con carácter sistemático todas las reglas existentes y sus puntos controvertidos, sino sólo rescatar del ingente magma jurisprudencial al respecto las sentencias que abordan principal o tangencialmente la incidencia de lo digital en la lesión de la *memoria defuncti*.

De esta manera, los *derechos de la personalidad* afectados quedan delimitados: la tríada de honor, intimidad e imagen más el igualmente autónomo de protección de datos personales. En cuanto a los *medios digitales propios de internet* en los que más habitualmente se constatan lesiones relacionadas con la dignidad de los fallecidos a tenor de los fallos recaídos son, obviamente, las redes sociales (con *Facebook* a la cabeza, como muestran la STS [Pleno] 91/2017, 15 febrero 2017, RJ 302, con su confirmación por la STC 27/2020, 24 febrero 2020⁴, RTC 27; o la STS 201/2019, 3 abril 2019⁵, RJ 1214; sin desdeñar los enlaces a través de *Twitter* a noticias que vulneran el honor de los fenecidos por los propios autores del reportaje periodístico: STS 384/2020, 1 julio 2020⁶, JUR 202679, o la intromisión ilegítima directa por *tuits* que imputan calumniosamente delitos a un fallecido como en la reciente y mediática SJPI nº 8 de Leganés 122/2020, de 12 noviembre 2020⁷, y los periódicos digitales (v. gr., SJPI Gijón 30/2013, 7 febrero 2013⁸, AC 1276; SAP Madrid 27 enero 2016⁹, AC 413; STS

⁴ Sobre la utilización por un periódico, en sus versiones en papel y digital, de la foto del perfil público de *Facebook* subida a la red social por la víctima de un intento de asesinato (hermano del agresor, quien acto seguido se suicidó). También constaba fotografía del fallecido, pero el litigio se entabló por el hermano que sobrevivió, por lo que el caso propiamente no versaba sobre tutela *post mortem* de la *memoria defuncti*, aunque sus consideraciones son de gran relevancia.

⁵ Mensaje de una concejal en su cuenta privada de *Facebook* celebrando el fallecimiento de un torero, a quien tildó de «asesino» por su profesión, al poco tiempo de producirse el deceso.

⁶ Artículo en la página web del periódico *ABC*, con difusión por *Twitter* del propio periodista autor del mismo, relatando que el abuelo de un conocido político (el actual Vicepresidente del Gobierno, Pablo Iglesias) había sido condenado penalmente por su participación en una «saca» durante la Guerra Civil que había ocasionado la muerte de un marqués.

⁷ Mensaje del Secretario de Comunicación de un partido político en su cuenta personal de *Twitter* mostrando su apoyo a la candidata de su partido a la alcaldía de Ávila al conocerse dos días antes una antigua condena penal de ésta, con el siguiente tenor en el mensaje: «Hace 35 años fue víctima de una violación. Su novio entonces disparó al hombre que la violó. Ella fue condenada por complicidad y pagó su deuda con la sociedad»; la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de Leganés 122/2020, 12 noviembre 2020 estimó la demanda del hermano del difunto por intromisión ilegítima contra el honor de éste, al no estimarse probada la violación en la STS que confirmó la condena por el asesinato. La misma sentencia condena solidariamente a otro conocido dirigente nacional del mismo partido por imputar al finado en rueda de prensa ese hecho delictivo no probado.

⁸ Reportaje en un diario digital (*Comercio.es*) sobre la muerte de una menor de 13 años al suministrarle la vacuna del papiloma, revelando datos personales, foto y vídeo de la fallecida; noticias que fueron enlazadas a su vez vía *Twitter* por diversos usuarios.

101/2018, 28 febrero 2018¹⁰, RJ 1740; STS 641/2019, 26 noviembre 2019¹¹, RJ 4968; STS [Pleno] 679/2019, 19 diciembre 2019¹², RJ 5259; o la citada STS 384/2020, 1 julio 2020, JUR 202679), amén de variopintos usos de las herramientas de internet con potencial vulneratorio (v. gr., empleo sin autorización del nombre de un fallecido en un nombre de dominio: SAP Girona 115/2006, 30 marzo 2006¹³, AC 1622), como también revelan los ya incontables fallos judiciales en los que la intromisión ilegítima a través de herramientas de internet se produjo en relación con *personas vivas* –que se manejarán posteriormente en el perfilado de la incidencia de internet en la protección de tales derechos, en la medida en que sean aplicables a los supuestos *post mortem*–: naturalmente, además de redes sociales¹⁴ y publicaciones digitales, en diversos foros y blogs¹⁵, mediante correo electrónico¹⁶, mensajería instantánea¹⁷, enlaces a diversas páginas¹⁸, etc.

Ciertamente, las nuevas herramientas de comunicación de la web 2.0 están generando nuevas pautas de comportamiento nocivas para valores constitucionalmente

⁹ Artículo en un Diario digital que calificó al padre del demandante como «cornudo y apaleado».

¹⁰ Difusión en el periódico *El País* (también en su versión digital) del contenido del testamento de un aristócrata y empresario; la STS casa la SAP Madrid nº 542/2016, 30 diciembre 2016, AC 2373, que sí consideraba producida la intromisión y realizaba interesantes consideraciones sobre el objeto de este ensayo.

¹¹ Reportaje en periódico digital (y en papel) de Las Palmas sobre el itinerario vital de un médico fallecido que declaró 38 años antes haber sido testigo del avistamiento de un OVNI; el Alto Tribunal estimó la demanda planteada por el hijo y la esposa del difunto y consideró vulnerados su intimidad y honor, así como el derecho a la propia imagen de la esposa (sin entrar en consideraciones sobre la imagen del fallecido que también aparecía en esa foto).

¹² Publicación en un diario digital (*El Español*) de la fotografía de un psicólogo condenado por pederastia; la fotografía mostraba al demandante con sus perros y su casa al fondo y fue tomada de su perfil público de *Facebook*.

¹³ Era una de las pretensiones (que prosperó) solicitadas por la «Fundación Gala-Salvador Dalí» al considerarse intromisión ilegítima en el derecho de imagen el uso del apellido del famoso pintor para denominar a la sociedad, al hotel y al dominio de internet [www.hotelplazadali(a).com], aunque se sustituyese después el nombre de «Dalí» por «Dalía».

¹⁴ V. gr., STS 540/2018, 28 septiembre 2018, RJ 4074 (manifestaciones en *Facebook* sobre sociedad audiovisual y su administrador relacionadas con impagos previos) y STS 297/2020, 12 junio 2020, JUR 180930 (manifestaciones en *Facebook* y *Twitter* sobre posible plagio). *Ad exemplum*, vid. también la STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek* contra *Facebook Ireland Limited*, TJCE 215, o, en otro plano, las SSTEDH 17 julio 2018, *E. E.* contra *Islandia*, TEDH 76, y 14 enero 2020, *Beizaras y Levickas* contra *Lituania*, TEDH 7.

¹⁵ V. gr., SSTS 297/2016, 5 mayo 2016 (RJ 2451), 50/2017, 27 enero 2017 (RJ 369); SAP Alicante 269/2015, 2 noviembre 2015 (JUR 127150), SAP León 160/2016, 24 mayo 2016 (JUR 160277), etc.

¹⁶ V. gr., STS 540/2018, 28 septiembre 2018 (RJ 4074). Los fallos son más abundantes en la jurisdicción penal, por revelación de vídeos e imágenes sin autorización: v. gr., SAP Asturias 372/2013, 23 septiembre 2013 (324032), SAP Las Palmas 192/2013, 16 septiembre 2013 (JUR 349131).

¹⁷ Cfr. la pionera STS (sala 2ª) 70/2020, 24 febrero 2020 (JUR 62642), primera ante el Alto Tribunal sobre delito de «*sexting*» del art. 197.7 CP.

¹⁸ V. gr., el curioso caso de la STS 232/2020, 2 junio 2020 (RJ 1567); cfr. SAP Valencia 345/2014, 9 diciembre 2014 (JUR 102514).

consagrados, que alcanzan también a la dignidad de las personas fallecidas. Los tribunales, en su labor de delimitación de lo permisible y de lo vedado, captan y alertan sobre la singularidad del fenómeno en manifestaciones como ésta, recientemente reproducida por el Tribunal Supremo¹⁹:

«Sería conveniente un ejercicio de reflexión y un esfuerzo para humanizar las nuevas formas de comunicación muchas de las cuales se amparan en un recurso tecnológico mal aprovechado y una inexistente relación personal. Intentemos humanizar esas relaciones mediante la empatía. Pensemos si unos comentarios como los que se han juzgado se harían de la misma forma si tuviésemos delante de nosotros, a la vista y a un paso de tocarla a la persona a la que hemos dirigido o ha sufrido semejantes opiniones» [en el caso, la viuda e hijos del torero fallecido].

Como certeramente apunta el Tribunal Constitucional (STC 27/2020, 24 febrero 2020, RTC 27), «aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir sin embargo —por obvio que ello resulte— que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica»; y continúa sosteniendo, en línea con los pronunciamientos del TS, que:

«el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta [...] que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de “lugar público” del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE [...]. Aunque los riesgos de intromisión hayan aumentado exponencialmente con el uso masivo de las redes sociales, para ahuyentarlos debemos seguir partiendo del mismo principio básico que rige el entorno analógico y afirmar que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen.»

Con estas premisas, este ensayo buscará, tras analizar el fundamento o base legal de la protección *post mortem* de la personalidad pretérita [2] y el marco legal en que se plasma esa protección, que los tribunales aplican ponderando los bienes jurídicos y derechos en conflicto [3], entresacar las principales resoluciones judiciales que han dado respuesta a las múltiples cuestiones que el uso de internet plantea en este ámbito [4]: tanto en cuanto a la configuración de las intromisiones ilegítimas y lesiones (¿todas

¹⁹ Se trata de las declaraciones de la SJPI Sepúlveda 157/2017, 6 noviembre 2017, en el caso de los mensajes denigratorios de *Facebook* por la muerte de un torero, según reproduce por su interés el FD 1.6 de la STS 201/2019, 3 abril 2019 (RJ 1214).

las herramientas de internet tienen el mismo potencial lesivo o la difusión que procuran algunas, de acuerdo con los usos sociales, no merecen ese reproche legal? ¿Altera la respuesta a lo anterior el eco que la acción propia tenga en redes sociales, medios electrónicos, indexación en buscadores, etc.), como a las excepciones legales de lo que se consideran intromisiones legítimas o actos tolerados (¿es internet un lugar público? ¿Y un medio de comunicación social un blog, página web o red social como lo es un periódico o una cadena de televisión? ¿Deviene personaje público o persona con proyección pública quien abrió una cuenta en una red social? ¿O a partir de cuántos seguidores, amigos o visitantes cabría llegar a esa calificación? ¿Subir imágenes o vídeos o compartir datos personales en la red supone consentir a cualquier uso ulterior que se pueda hacer de ellos? ¿Hasta qué punto el interés histórico o cultural puede amparar actuaciones con difusión digital que afecten a la memoria del difunto?). [5] ¿Quiénes son los perjudicados por las lesiones: los fallecidos, sus parientes y cónyuge, todos ellos? [5] ¿Cuáles son las pretensiones más eficaces e idóneas para defender los intereses del finado? En particular, ¿las acciones de cesación o eliminación alcanzan no sólo al medio digital empleado (*v. gr.*, un foro), sino también a las reproducciones en redes sociales, enlaces ulteriores, indexación en buscadores, etc.? ¿Dónde y cómo ha de hacerse la publicación de la sentencia de condena? ¿Qué parámetros relativos a la difusión digital sirven para fijar la indemnización por daño moral dado que es difícil borrar por entero la huella digital de un acto en internet? ¿Opera el derecho al olvido en sus varias vertientes respecto a las personas fallecidas? La lista es interminable y aún incipiente.

2. ¿DAÑOS A LAS PERSONAS FALLECIDAS? LA «PERSONALIDAD PRETÉRITA» Y LA «MEMORIA DEL DIFUNTO»

Evidentemente, como tantas veces se ha dicho, en sentido técnico estricto no es posible causar «daños» a un fallecido²⁰, pues no hay «otro» a quien perjudicar (art. 1902 CC), su personalidad se ha extinguido con la muerte (art. 32 CC), de manera que no es titular de derechos como los que se derivan de los atributos de la personalidad. Además, como es de sobra conocido, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte» (art. 659 CC) y «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones» (art. 667 CC); por ende, con la muerte se extinguen los derechos de la personalidad y los derechos patrimoniales personalísimos o vitalicios.

Con este planteamiento de larga tradición jurídica, la LO 1/1982, al desarrollar el mandato constitucional de los arts. 18.1 y 20.4 CE respecto a los derechos

²⁰ SALVADOR CODERCH, Pablo, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 36.

fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, acertó a dotar de cierta protección jurídica a los intereses extrapatrimoniales del finado (arts. 4 a 6), que el célebre pasaje de su Exposición de Motivos explica así: «*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 ser también tutelada por el Derecho»; protección que se dispensa tanto en caso de que la lesión se hubiera producido *después* del óbito, como *antes* cuando el titular no hubiera podido ejercer las acciones reconocidas en la ley.

Han sido múltiples las teorías con las que se ha tratado de compatibilizar dogmáticamente la extinción de los derechos de la personalidad con la legitimación a ciertas personas –no necesariamente los herederos– para defender esa memoria del difunto o personalidad pretérita: las teorías sobre derechos sin sujeto, la sucesión *mortis causa* en los derechos por una vía distinta de la hereditaria, el ejercicio de un derecho propio de los legitimados (intimidad familiar, honor propio y ajeno), distinto del propio del fallecido o, al menos, de un interés legítimo tanto ajeno como propio al resultar afectados por las ofensas hacia el difunto. La consideración de esos legitimados (art. 4.2 LO 1/1982, ahora también, arts. 3 y 96 LOPDyGDD) como fiduciarios²¹ que defienden un interés ajeno (la reputación o buen nombre del difunto) o como guardianes o curadores de los bienes morales que el ordenamiento considera dignos de tutela *post mortem*²² es elocuente de su papel, aunque en numerosas sentencias no quede claro, a la hora de ligar legitimación e indemnización por daño moral, cuál ha sido el bien o bienes jurídicos auténticamente dañados o en qué proporción.

Sea como fuere, pues no es del caso retomar aquí ese debate, el citado fragmento de la EM de la LO 1/1982 ha dado pie a dos construcciones dogmáticas, a las que se han ido adscribiendo los estudiosos de la materia²³, que ponen más el acento, podría decirse, respectivamente, en los vivos o en los muertos: por una parte, la tutela es de la «*memoria defuncti*», formulación que cuenta con la ventaja de respetar la idea de que la muerte ha extinguido la personalidad y todos los derechos a ella aparejados, que han quedado extinguidos: es la memoria de los vivos acerca del fallecido, sus sentimientos

²¹ SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 36-37

²² En la conocida SAT Madrid, 23 julio 1985 los hijos de un ministro difunto que reclamaban contra la revista *Interviú* en que se imputaba al finado una estafa son calificados como «guardianes de la memoria y reputación de su padre fallecido: auténticos fiduciarios».

²³ Un recuento de autores más afines a una u otra puede verse en GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La protección...», *op. cit.*, pp. 237-239

de cariño y piedad hacia él lo que realmente se protegería²⁴, de manera que los familiares más directos (o quien hubiera señalado el testador, o el Ministerio Fiscal en última instancia) velarían por preservar esa memoria, huella o reputación, cuyo daño les puede afectar personalmente. Esta concepción parece latir en la temprana e influyente STC 231/1988, 2 diciembre 1988 (RTC 231), en la que se entendió desaparecida la protección constitucional (que no civil) de la propia imagen e intimidad del torero fallecido en la enfermería de la plaza, pero se declaró existente en este plano iusfundamental el derecho a la intimidad familiar e intimidad personal de su viuda. Por otra parte, la tesis de la «personalidad pretérita»²⁵, que encaja en la «prolongación de la personalidad» de que habla la EM, explica que subsistan manifestaciones personales inherentes a la dignidad humana incluso tras el fallecimiento, con lo que se tutela un bien jurídico digno de protección (dignidad) sin operar ninguna transmisión de derechos; explica también que intervenga el Ministerio Fiscal a falta de cualquier otro legitimado/«afectado» e incluso podría servir para encajar ciertas facultades relativas al derecho de imagen que tenía el finado. Las últimas SSTC apelan a la dignidad de las personas fallecidas ex art. 10 CE sin poner en cuestión la legitimación de ciertos parientes y el cónyuge para esa defensa no sólo civil sino también constitucional²⁶; en este sentido, se ha podido llegar a decir que ese cambio de la doctrina constitucional implica un tránsito «del cuidado de la “personalidad pretérita” a la “prolongación de la personalidad” tras la muerte»²⁷.

²⁴ Paladín de esta concepción se muestra, por ejemplo, ALONSO PÉREZ, «Daños causados...», *op. cit.*, pp. 3, 5 *et passim*. En la misma línea, considera «un poco absurdo» hablar de daño moral al derecho al honor, intimidad o imagen de alguien ya fallecido DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «La protección constitucional del derecho al honor», en DE VERDA Y BEAMONTE J. R. (coord.), *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 54.

²⁵ Término ya usado en 1971 por LACRUZ, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones. I. Parte General. Sucesión Voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 49: «Hay, pues, derechos, no sólo personalísimos, sino inherentes a la persona del causante, que, sin embargo, perviven tras su fallecimiento a fin de proteger la personalidad pretérita del mismo»; y mencionaba el derecho moral de autor, ciertas acciones de filiación —«el heredero actúa como curador de los intereses morales del causante en una función personalísima y extrapatrimonial»—, el ejercicio de las acciones de calumnia o injuria que el art. 466 CP permitía interponer al heredero o el derecho de réplica.

²⁶ Sobre la dicotomía protección constitucional/protección civil, *vid. infra* 3.3.

²⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», *Diario La Ley*, nº 7675 (julio 2011), (La Ley 13921/2011), p. 7 usa ese rótulo para abordar el renovado planteamiento del TC y concluye: «derechos de la personalidad, por otra parte, que siguen siendo tales, susceptibles de protección incluso mediante recurso de amparo».

En definitiva, como bien se ha dicho en alguna ocasión²⁸, la personalidad del difunto se entiende por ley como un bien jurídicamente relevante y digno de protección más allá de la muerte de la persona, de manera que el daño que se le inflige consiste en la pérdida de la valoración objetiva de la dignidad que el fallecido mantuvo en vida; la propia ley (art. 9.4 LO 1/1982) estipula el destino de esa indemnización sin ligarlo al caudal relicto ni a los herederos. El interés jurídicamente protegido es la dignidad de la persona fallecida, para cuya defensa se establece un elenco de personas con legitimación procesal *ope legis*, que tienen sólo facultades defensivas de esa personalidad pretérita, no un propio derecho subjetivo completo²⁹, por más que también puedan accionar en defensa de sus propios derechos de la personalidad afrentados por la misma intromisión ilegítima.

Como ocurre también con la denominada «herencia digital» del causante³⁰, en alguno de los derechos de la personalidad y, con singular carácter, en el derecho a la propia imagen se encuentran entreverados aspectos patrimoniales y personales³¹. Sabido es que los primeros integrarán la sucesión hereditaria (corresponderán al heredero, salvo legado específico del testador) y los segundos no (su tutela corresponderá a quien establezca el testador y, en su defecto a las personas fijadas en la LO 1/82 y en la LOPDyGDD, señaladamente el cónyuge supérstite, ascendientes, descendientes y hermanos del fallecido); de hecho, las Leyes Orgánicas que se ocupan de desglosar el régimen de estos derechos fundamentales no abordan los aspectos patrimoniales que se pueden derivar de ellos (cfr. art. 7.6 LO 1/82), como el uso comercial por terceros de la imagen –sin mediar distorsión o demérito, sino sólo con fines lucrativos, pero sin contar con autorización de quienes han de recibir ese beneficio derivado de la imagen del difunto–. En consecuencia, si las acciones emprendidas *post mortem* sólo persiguen explotar los aspectos puramente patrimoniales del derecho a la imagen (autorización onerosa de su uso o indemnización por uso no consentido), sin existir lesión a la dignidad del fallecido por tal captación, reproducción o difusión, el ejercicio de tales

²⁸ Lo expresó cabalmente HUALDE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 141 (*vid.* también pp. 97 y 108), cuyas palabras se suscriben aquí y se parafrasean en el texto.

²⁹ En este sentido y términos, recientemente, también MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 49.

³⁰ Me remito a CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (AAMN), 59, 2019, pp. 375-432.

³¹ Por todos, entre la abundante bibliografía, *vid.* BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Bosch, Barcelona, 2008, y la excelente monografía de VENDRELL CERVANTES, Carles, *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de los derechos de imagen*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Siguen revistiendo interés las consideraciones de PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, «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”», *Actualidad Civil*, 2 (2003), pp. 495-518.

acciones debería corresponder a los herederos³² (o a todas³³ las personas designadas como beneficiarios de ese aspecto patrimonial por el causante o por la ley – abintestato–) y no a los legitimados para defender la memoria o personalidad pretérita del fallecido. Como reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, deslindando ambos aspectos, la defensa del elemento personalísimo de la imagen corresponde a su titular o a los legitimados *ex lege* para ello en su ausencia³⁴ y, a la inversa, los herederos no tienen *per se* legitimación para actuar en defensa de los aspectos personalísimos ligados al derecho a la imagen del difunto³⁵; situación, sin duda, inextricable en algunos casos en que concurra lesión a la memoria y explotación comercial no consentida. Este esquema no es otra cosa que un trasunto de la doctrina constitucional según la cual el derecho a la propia imagen en su vertiente de intereses económicos, patrimoniales o comerciales no se incluye en la tutela como derecho fundamental ante el TC (sin perjuicio de la posible indemnización por vulnerar este derecho fundamental)³⁶ y su tratamiento corresponde a la jurisdicción civil.

3. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS: MARCO LEGAL Y CAUCES DE DEFENSA

3.1. *Síntesis del marco legal*

En el caso de las personas fallecidas, la protección que dispensan varias normas a los derechos de la personalidad pretérita ha sido modulada por la propia ley o por la

³² En esta línea, ALONSO PÉREZ, «Daños causados...», *op. cit.*, pp. 17-18, aunque la cuestión no es pacífica y hay quien sugiere extender la legitimación de los arts. 4-6 LO 1/82 también a estos aspectos: *vid.* MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 135.

³³ *V. gr.*, la SAP Valencia 475/2017, 22 noviembre 2017 (JUR 71312) rechazó la legitimación activa de la viuda de uno de los artistas que integraban el «Equipo Crónica» al reclamar por un uso no consentido de dicho nombre artístico por no concurrir el resto de herederos intestados (padres del pintor difunto).

³⁴ Así, STS (Pleno) 219/2014, 8 mayo 2014 (RJ 3301), que niega legitimación activa –e indemnización– a la sociedad que explota los derechos de imagen de un cantante (vivo), codemandante, a quien sí se concede indemnización por intromisión ilegítima en su derecho de imagen. Por su parte, la SAP Guipúzcoa 2225/2004, 27 junio 2004 (JUR 293409) estimó que faltó el consentimiento de uno de los tres hijos de una persona cuya imagen se utilizó sin su consentimiento (sí con el de su hermana y de los herederos de un tercer hermano) para promocionar una marca de café.

³⁵ Paradigmática resulta la STS (Pleno) 414/2016, 20 junio 2016 (RJ 2537), que no reconoció legitimación activa a la «Fundación Gala-Salvador Dalí», designada para defender los derechos de imagen y la obra del pintor por parte del Estado español, que había sido nombrado heredero en el testamento del fallecido; como se solicitaba acción en defensa *post mortem* del derecho de imagen del fallecido, el TS aplica el art. 4.2 LO 1/82, entre los que no se encuentran los herederos y concluye (FD 3º) que «el aspecto puramente patrimonial de la imagen no está integrado en dicha memoria», por lo que rechaza las pretensiones patrimoniales de la demandante frente a la sociedad organizadora de cierta exposición sobre el pintor.

³⁶ *V. gr.*, STC 23/2010, 27 abril 2010 (RTC 23), como recuerda también la STS (Pleno) 414/2016, 20 junio 2016 (RJ 2537), FD 2.5. En la misma línea, STC 81/2001, 26 marzo 2001 (RTC 81).

jurisprudencia con perfiles propios o ciertos matices respecto al régimen legal de los derechos de la personalidad ligados al lado más espiritual de las personas vivas (honor, intimidad e imagen). Esto es así por dos factores: la *muerte* misma, que hace que la valoración del grado ofensivo de la intromisión no se haga ya por su inexistente titular sino por la *percepción de sus allegados*, lo que ha podido justificar en ocasiones una «intensidad de protección» distinta, y el *paso del tiempo* desde la defunción, que en alguna medida puede diluir «la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos»³⁷.

La protección del bien jurídico de la dignidad del fallecido, en la actualidad puede hacerse por la vía *civil* (de la que nos ocuparemos a continuación), por la vía *constitucional* (si los derechos de la personalidad, como ocurre con los cuatro objeto de análisis, merecen adicionalmente la protección reforzada que supone su catalogación como derechos fundamentales) y, en su caso, por la vía *contencioso-administrativa* (bien en caso de que la lesión proceda de una Administración Pública o bien por infracción de la normativa de protección de datos personales y su régimen administrativo sancionador, aunque esto merece matices a luz de la última doctrina de la AEPD, *vid. infra* 3.4.2.d *in fine*).

3.2. ¿Protección penal de la personalidad pretérita?

La vía penal, con la que el ordenamiento permite reaccionar a los titulares de estos derechos cuando la vulneración está tipificada como delito no existe en el vigente Código penal³⁸ para emprender *ex novo* por los herederos acciones penales *post mortem* en relación con delitos contra la intimidad y la propia imagen (arts. 197-201 CP) o contra el honor (injurias y calumnias *ex arts.* 205-216 CP) del fallecido, salvo para

³⁷ En palabras del Tribunal Constitucional, en su STC 51/2008, 14 abril 2008 (RTC 51), «con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de 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. En este sentido cabe recordar cómo en la ya mencionada STC 43/2004, de 23 de marzo (...) 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”». *Vid.* también otras manifestaciones similares de la STC en la nota 49.

³⁸ En cambio, el art. 466 CP de 1973 sí permitía «ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria trascendiere a ellos, y en todo caso el heredero» y la jurisprudencia llegó a interpretar el precepto de forma extensiva a supuestos de ofensas a personas ya fallecidas al entender protegido no sólo el honor de esas personas, sino del propio difunto; *vid.* sobre esta jurisprudencia anterior HUALDE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 96-97, n. 5.

continuar querellas por injurias o calumnias interpuestas en vida por parte del ofendido ex art. 215.1 CP o denuncias ya efectuadas por el agraviado de un delito contra la intimidad o la imagen ex art. 201.1 (*vid.* art. 276 LECrim)³⁹. Obviamente, los tribunales han visto numerosas querellas por injurias o calumnias proferidas a través de medios digitales hacia personas vivas⁴⁰ y también por denuncias contra su intimidad o imagen⁴¹. En definitiva, respecto a fallecidos que no llegaron a interponer acción penal

³⁹ Según el art. 215.1 CP, «Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal»; según el art. 201.1 CP, «para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal»; y a tenor del art. 276 LECrim, se tiene por abandonada la querella cuando por muerte del querellante no compareciere para continuar la acción ninguno de sus herederos dentro de los 30 días siguientes a la citación en que se les da conocimiento de la querella. La citada interpretación del art. 215.1 CP que excluye la posibilidad de perseguir por vía penal las injurias y calumnias relativas a un fallecido, conforme a la doctrina penalista y la jurisprudencia menor, con cita de autores y sentencias, puede verse en GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La protección...», *op. cit.*, pp. 223 y ss. En cuanto a las denuncias por descubrimiento o revelación de secretos, la STS (2ª) 437/2010, 16 abril 2010 (RJ 2551) descarta la alegación del Ministerio Fiscal de entender cumplido el requisito del art. 201.1 CP con base en la aplicación del art. 5 LO 1/1982 al caso del art. 197.1 CP en un supuesto en que la perjudicada (mujer asesinada que conocía que su pareja grababa sus conversaciones telefónicas y accedía a sus correos electrónicos) no presentó denuncia o querella; según el TS, la extensión del art. 5 LO 1/1982 al Derecho penal «contradice el silencio del legislador, que probablemente ha tenido en cuenta que en ámbitos privados familiares la protección penal de la intimidad debería limitarse a un ejercicio personalísimo de la acción». Añade la sentencia: «el Fiscal sostiene también que el derecho de denunciar se transmite a los herederos, "salvo que de forma explícita o por actos concluyentes (la víctima) haya renunciado a ella". Sin perjuicio de otras consideraciones esta salvedad es aplicable al presente caso, en el que cabe apreciar una conducta concluyente de la víctima». Por su parte, en relación con el reproche penal por el uso no consentido de la imagen de los fallecidos, el AAP Córdoba 22 julio 1999 (ARP 2444) concluye que: «la utilización de una imagen fotográfica de una persona fallecida en un anuncio publicitario, sin dar dato alguno sobre su identidad y sin que tal anuncio por su contenido pueda considerarse deshonoroso o peyorativo, difícilmente puede encuadrarse en el art. 197.2 CP que se refiere a conductas de apoderamiento, utilización o modificación, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, máxime cuando el TC con motivo del derecho a la intimidad, ha estudiado la protección de los derechos personalísimos una vez que su titular ha fallecido y en S. 231/1988 (RTC 231)» ha declarado que extinguida la personalidad por muerte (art. 32 CC) desaparece también la protección constitucional; de ahí infiere el AAP que «los hechos no son reveladores de entidad delictiva, con expresa reserva de acciones civiles».

⁴⁰ Con la consiguiente indemnización por daño moral derivada de la responsabilidad civil aneja (art. 109 CP) en caso de existir calumnia o injuria: *v. gr.*, SAP Asturias 174/2004, 20 mayo 2004 (JUR 263173) (calumnia por imputar a la querellante en un foro de internet la apropiación de fondos de una asociación: 1500 euros por daño moral); SAP Madrid 375/2011, 29 diciembre 2011 (JUR 2012/56173), en la que se condena como autora de una falta de injurias a una mujer que colgó fotografías de sí misma en su perfil de *Facebook* con una camiseta en la que se lee «Mi marido es gilipollas» (1000 euros por daños morales a su ex marido).

⁴¹ *V. gr.*, desde iniciales sentencias como la SAP Las Palmas 192/2013, 16 septiembre 2013 (JUR 349131, el acusado se apoderó sin consentimiento del vídeo sexual de la denunciante y lo difundió desde una cuenta de correo falsa) o la SAP Asturias 372/2013, 23 septiembre 2013 (JUR 324032, difusión por correo a participantes en una fiesta de fotos de la denunciante que la muestran realizando actos sexuales) a recientes SSTs como la STS (2ª) 412/2020, 20 julio 2020 (JUR 235172) (exmarido que accede al *iPhone* de

no será posible ir por esta vía tampoco respecto a acciones ofensivas propias del delito de revelación de secretos (acceso y difusión de correos o archivos telemáticos del fallecido) o por el nuevo delito de «sexting» o «revenge porn» introducido en el art. 197.7 CP en 2015 en que se difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas en su día con anuencia del finado o finada, y la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. No obstante, son de interés algunas afirmaciones de la primera sentencia del Alto Tribunal sobre este nuevo delito; la STS (2ª) 70/2020, 24 febrero 2020 (JUR 62642), en que se enjuiciaba si se subsume en el tipo penal reenviar a otra sola persona la foto de la querellante desnuda ante el espejo de su habitación que ésta envió al querellado por mensajería instantánea, afirma en el FD 2.1.2:

«la difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación de redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega queda extramuros del Derecho penal»; [sin embargo,] «la sociedad no puede permanecer indiferente a la difusión intencionada de imágenes conectadas a la intimidad y que, una vez incorporada a una red social, multiplican exponencialmente el daño generado a la intimidad de una persona que sólo concebía un destinatario para su visión»⁴².

Finalmente, en cuanto a la posible tutela penal de la *memoria defuncti*, cabe traer a colación el art. 526 CP, el cual, con una interpretación jurisprudencial acorde a los tiempos tecnológicos y dentro de los estrechos márgenes que permite al efecto el Derecho penal podría acaso servir para castigar actividades ultrajantes (v. gr. vía *hackeo* o manipulación informática)⁴³ hacia los memoriales o cuentas conmemorativas (lápidas) con las que algunas redes sociales como *Facebook* o *Instagram* permiten transformar la cuenta del usuario al comunicar su deceso; según dicho precepto, «el que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruirere, alterar o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

3.3. La protección constitucional y su evolución

su ex esposa vinculado a una ID asociada a correo electrónico cuyo administrador era el primero, lo que le permitía conocer las claves de acceso a sus servicios, el cual se descargó fotos que exhibió a terceros, accedió a correos electrónicos y formateó y borró toda la información contenida en el teléfono) o la STS (2ª) 102/2020, 10 marzo 2020 (RJ 976) en aplicación del art. 197.6 CP.

⁴² En la sentencia se consideró cumplido el requisito de difusión cuando se inició la cadena de diseminación, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. *Vid. infra*, n. 165.

⁴³ Evidentemente, otros tipos delictivos podrían encajar, en su caso, en esta actividad.

Sobre el recurso al amparo constitucional para defender las lesiones a la personalidad pretérita conviene recordar el cambio acaecido desde el planteamiento inicial negativo sentado por la STC 231/1988, 2 diciembre 1988 (RTC 231, caso «Paquirri») a su matización y respuesta en positivo en las SSTC 43/2004, 23 marzo 2004 (RTC 43, caso del reportaje sobre un consejo de guerra en la Guerra Civil) y 51/2008 14 abril 2008 (RTC 51, caso de la novela de Manuel Vicent)⁴⁴, que se mantiene hasta hoy. En la solución alcanzada en la citada STC 231/1988 pesó especialmente el siempre controvertido tema de la explotación comercial de la imagen de una persona fallecida y la disponibilidad sobre dicha imagen; la STC concluyó que con el fallecimiento del titular de los derechos de la personalidad «desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional», de manera que se mantienen las acciones de protección civil (indemnización) a favor de terceros distintos del titular, en la vía jurisdiccional ordinaria, pero fuera del ámbito de protección de los derechos fundamentales encomendada al TC⁴⁵; sin embargo, como es bien conocido, reconoció la tutela en amparo a la viuda en virtud de su propio derecho a la intimidad personal y familiar. Las SSTC 214/1991, 11 noviembre 1991 (RTC 214, caso «Friedman») ⁴⁶ y 190/1996, 25 noviembre 1996 (RTC 190, caso de una joven fallecida a la que se relacionó con el consumo de drogas)⁴⁷ abrieron la vía al recurso de amparo a cualquier persona con un «interés legítimo» para restablecer el derecho (al honor) vulnerado, más allá incluso de los legitimados para defender la memoria del difunto del art. 4.2 LO 1/82, aunque, como recuerda el propio TC, este interés se reconoce sin dificultad en estos últimos. Esta tendencia se consolidó ya con la STC 43/2004, en la que los hijos de un testigo cuyas declaraciones en un consejo de guerra pudieron ser determinantes en el fusilamiento de un político catalán recurrieron en defensa del honor de su padre, y con la STC 51/2008, en la cual la viuda interpuso acción en defensa del honor e intimidad de

⁴⁴ Puede encontrarse cumplido relato, reproducción y análisis crítico de los razonamientos de estas sentencias en los estudios sobre la materia, entre los que destacan los de HUALDE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 98-107 y 113-114; VENDRELL CERVANTES, *op. cit.*, p. 487 y ss., en especial, pp. 495-497; MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, pp. 54-62; GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La protección...», *op. cit.*, pp. 297-305.

⁴⁵ Doctrina que fue igualmente evocada en la STC 218/1991, 15 noviembre 1991 (RTC 218, caso «Sara Montiel»).

⁴⁶ En ella, el TC reconoció legitimación a una mujer judía que estuvo internada en un campo de concentración para recurrir en amparo en defensa del honor del pueblo judío ante declaraciones negatorias del exterminio por un antiguo dirigente nazi, pues consideró acreditado el interés legítimo de aquella «desde su doble condición de ciudadana de un pueblo como el judío, que sufrió un auténtico genocidio por parte del nacionalsocialismo, y de la de descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela (personas todas ellas asesinadas en el referido campo de concentración)».

⁴⁷ El TC desestimó el recurso de amparo de Televisión Española al constatar en la ponderación de derechos el carácter inveraz de la noticia sobre el consumo de drogas con base en «el demérito que la noticia suponía para una persona fallecida y para su familia».

su difunto esposo ante ciertas manifestaciones que sobre él se vertían en una novela ambientada en la transición democrática española. En ambos casos el fallo desestimó las pretensiones al entender que primaban otros derechos (libertad de expresión no vejatoria en el primero junto con libertad científico-histórica, derecho fundamental a la producción y creación literaria en el segundo), pero no se puso en cuestión en modo alguno la legitimación de los hijos y la viuda para acceder al recurso de amparo en defensa del fallecido, cuya reputación sigue siendo, según el TC, un bien jurídico digno de protección⁴⁸. Presumiblemente, el reciente reconocimiento de la tutela *post mortem* de los datos personales de las personas fallecidas en el art. 3 LOPDyGDD servirá para reforzar esta toma de posición del TC al extenderse a otro derecho fundamental como es la protección de datos personales.

En definitiva, cabe extraer dos conclusiones respecto al estadio actual de la doctrina constitucional: sí cabe la tutela constitucional de la personalidad pretérita del fallecido a través de los legitimados por la LO 1/982 que actúan *ope legis* en defensa de un bien jurídico ajeno (la dignidad del finado) y es posible también recabar la protección constitucional por las personas vivas afectadas por la misma intromisión en la medida en que sus propios derechos fundamentales al honor, intimidad e imagen se vean afectados⁴⁹. En la jurisdicción ordinaria se viene reconociendo igualmente esa doble protección de la personalidad pretérita del propio fallecido y de las personas vivas vinculadas con él afectadas por la ofensa; sirva como muestra la reciente STS 384/2020 1 julio 2020 (JUR 202679) en la que el padre del actual Vicepresidente del Gobierno, Pablo Iglesias, accionó (y triunfó) en defensa del honor de su propio padre fallecido y

⁴⁸ Como señala el FJ 6º de la STC 51/2008, «en el presente caso la legitimación para recurrir y la titularidad del derecho fundamental invocado no coinciden en una misma persona, sino que la recurrente pretende salvaguardar el honor de su marido, fallecido once años antes de la publicación del pasaje litigioso. (...) El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (...). Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o recuerdo por parte de 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».

⁴⁹ Buen ejemplo de ello es la STC 190/2013, 18 noviembre 2013 (RTC 190): el demandante acude en defensa de su propio derecho a la intimidad personal y familiar y en nombre y defensa del derecho a la intimidad de su difunta madre ante la divulgación pública de la filiación paterna del demandante; la STC 190/2013, con recuerdo de la doctrina de la STC 231/1988, afirma que «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 manera que «la divulgación pública de la posible filiación paterna del demandante pueda llegar a afectar tanto a su derecho a la intimidad, que protege del conocimiento ajeno la identidad de su padre, como a su derecho a la intimidad familiar que impide que se desvelen datos sobre aspectos íntimos de su madre fallecida».

de su honor propio y de sus familiares ante determinadas publicaciones en periódicos digitales y en *Twitter*.

3.4. *La protección civil de la personalidad pretérita*

3.4.1. Normas de aplicación

En cuanto al conjunto normativo de Derecho civil que cabe aplicar al objeto de este estudio, destaca sin duda la LO 1/1982, cuyos arts. 4 a 6 regulan específicamente la legitimación para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor la intimidad o la imagen de una persona fallecida (*infra* 5); el art. 9 establece las medidas que dotan de contenido a la tutela judicial frente a las intromisiones legítimas (*infra* 6), incluido el dogmáticamente complejo asunto de los destinatarios de la indemnización por daño moral (art. 9.4); el art. 7 enumera las que se consideran «intromisiones ilegítimas» y el art. 8 (junto con el art. 2) delimita las actuaciones lícitas en relación con esos derechos de la personalidad. En los siguientes apartados se tratará de sintetizar la ponderación que los tribunales civiles, en aplicación de la doctrina constitucional, vienen haciendo de cada uno de esos derechos al ser puestos en relación con los límites de los arts. 2 y 8 y en caso de colisión con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión e información que se despliega igualmente en el entorno digital. Conviene recordar que las medidas judiciales contempladas en el art. 9 LO 1/82, a tenor de dicha ley se aplican tal cual al supuesto de tutela civil de la personalidad pretérita, aunque ya se ha constatado cómo el TC entiende que en el ámbito del amparo pueden gozar de una intensidad menor por el paso del tiempo; paso del tiempo que, como se verá, resulta determinante también para la protección de los datos personales de los fallecidos en relación con las varias vertientes del derecho al olvido.

Precisamente el segundo grupo normativo que ha de ser objeto de especial atención en este estudio (pese a su mixtura de elementos civiles, constitucionales y administrativos), es el compuesto por la LOPDPyGDD (LO 3/2018, 5 diciembre) –y el Reglamento [UE] 2016/679, 27 abril 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD)–, en la que se establecen previsiones específicas sobre los datos personales (art. 3) y los contenidos digitales (art. 96) de las personas fallecidas, así como los nuevos «derechos digitales» al olvido en búsquedas de internet (art. 93) y en servicios de redes sociales y servicios equivalentes (art. 94), a rectificación en internet (art. 85) y a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales (art. 86). Es preciso dilucidar, ante la indeterminación legal, si todos o algunos de ellos pueden ejercitarse en defensa de la personalidad pretérita del fallecido. Y debe tenerse presente que es posible una

concurrente infracción de los derechos frente al tratamiento de datos personales y de los derechos al honor, intimidad y propia imagen (una fotografía puede tener consideración de dato personal, lo mismo que el nombre del fallecido y otras circunstancias de su persona).

En tercer lugar, existen algunas otras normas en el ordenamiento que también dotan de recurso para la protección de los derechos de la personalidad pretérita del finado. Así, en particular, y también compatible con los anteriormente citados, el derecho de rectificación que corresponde a los *herederos* del perjudicado fallecido según el art. 1.2 de la LO 2/1984, de 26 de marzo, quienes pueden exigir la modificación de «la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio». Debe tomarse en consideración que cualquier herramienta de internet puede no constituir siempre un «medio de comunicación social» en el sentido de esta y otras normas y que el nuevo art. 85 LOPDPyGDD, pese a remitirse a la LO 2/1984 no protege exactamente el mismo bien jurídico (*infra* 3.4.2.d). Otras normas con incidencia más marginal en el núcleo de este estudio son las que regulan el acceso al historial clínico de las personas fallecidas (art. 18.4 de la LO 41/2002, 14 noviembre 2002) o la protección *post mortem* del derecho moral de autor (arts. 15 y 16 TRLPI, RDL 1/1996, 12 abril 1996)⁵⁰.

3.4.2. Ponderaciones jurisprudenciales de las reglas aplicables

Procede ahora realizar una síntesis del régimen legal de protección civil del derecho al honor, intimidad, e imagen y la protección de los datos personales en general y en relación con los fallecidos, tal y como vienen siendo aplicados por los tribunales antes de resaltar las especificidades jurisprudenciales cuando la lesión se realiza por medios digitales (*infra* 4).

a) Derecho al honor

Es clásico indicar que no existe una definición legal y ni tan siquiera jurisprudencial del derecho al honor, por ser un concepto que depende de las normas y valores de cada

⁵⁰ Para un tratamiento detenido de los citados arts. de la LO 2/1984, la LO 41/2002 y el TRLPI, cabe remitir al lector a los solventes y recientes estudios de MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, pp. 65-67 y 169-207, y GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La protección...», *op. cit.*, pp. 305-308 y 331-349; y sobre el derecho moral de autor, a la monografía clásica de CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *El derecho moral de autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998.

momento⁵¹; puede hablarse, cuando menos, de una definición en sentido negativo⁵², que tiene su reflejo en el art. 7.7 LO 1/1982, al considerar que hay intromisión por «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». Es posible apreciar en la dicotomía final los dos aspectos que doctrina y jurisprudencia suelen entender que integran el derecho al honor⁵³: el inmanente, personal o subjetivo (la «estimación» que cada persona tiene de sí) y el trascendente, social u objetivo (la valoración de los demás, la «fama», o la «reputación y buen nombre» que menciona el art. 7.3); obviamente, en el caso de las personas fallecidas difícilmente podría tenerse en consideración ese primer ingrediente, aunque, como se subraya por algunos autores, la doctrina más reciente del TC da primacía realmente al aspecto objetivo (la estima de los demás), como el más propio de este derecho⁵⁴. Una nueva huella legal de la posibilidad de proteger la memoria del difunto frente a difamaciones u ofensas a su reputación puede entreverse en el art. 7.8 (introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio) cuando clasifica como intromisión ilegítima la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme «cuando ello suponga *el menoscabo de la dignidad de las víctimas*», que pueden perfectamente haber perdido la vida en la comisión del delito. En definitiva, como se puede leer en tantas resoluciones judiciales, este derecho «ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas»⁵⁵.

Dado que el derecho al honor no es un derecho absoluto, los principales conflictos se sustancian mediante la *ponderación (con parámetros constitucionales) de su colisión con el ejercicio de las libertades de información y expresión (vid. art. 20.4 CE)*, las cuales,

⁵¹ SSTC 180/1999, 11 octubre 1999 (RTC 180), 41/2001, 26 febrero 2001 (RTC 41), 52/2002, 25 febrero 2002 (RTC 52) y 51/2008, 14 abril 2008 (RTC 51).

⁵² Así lo recoge, por ejemplo, la STS 201/2019, 3 abril 2019 (RJ 1214), que menciona también como definición doctrinal «la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona».

⁵³ V. gr., SSTS 975/2008, 16 octubre 2008 (RJ 7127), 349/2010, 1 junio 2010 (RJ 2658) y 511/2012, 24 julio 2012 (RJ 8369).

⁵⁴ En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Los derechos de la personalidad», en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho Civil. I. Derecho Privado. Derecho de la persona*, 5ª ed., Colex, Madrid, 2015, p. 574, con transcripción al efecto de la STC 223/1992, 14 diciembre 1992 (RTC 223), entre otras más recientes.

⁵⁵ V. gr., STC 49/2001, 26 febrero 2001 (RTC 49) o STS 16 octubre 2008 (RJ 7127).

en un plano abstracto tienen valor prevalente, según la doctrina del TC⁵⁶, pero deben valorarse caso por caso en atención a las circunstancias acaecidas.

Los tres requisitos reiteradamente establecidos en la jurisprudencia del TS para que pueda prevalecer en el caso concreto la *libertad de información* frente al derecho al honor son la *veracidad* de la información, el *interés general o relevancia pública*, sea por la materia (interés legítimo de la opinión pública, no simple satisfacción de curiosidad ajena), por razón de las personas (personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública) o por ambas cosas, y la *proporcionalidad*, esto es, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias⁵⁷. El requisito de la «veracidad» cuenta con amplio desarrollo jurisprudencial, en el sentido no de que la información sea «verdad», certeza plena, sino en el despliegue por el informador de una razonable diligencia para contrastar la noticia con pautas profesionales, el uso de fuentes fidedignas y la obtención de un resultado al que el lector medio hubiera llegado con los mismos datos; y en ella se engasta también la doctrina del «reportaje neutral».

Por su parte, la libertad de expresión tradicionalmente se viene considerando que tiene un campo de actuación más amplio, al versar sobre la emisión de juicios, opiniones o ideas y no de mera transmisión de hechos como en la libertad informativa, por lo que siéndole de aplicación los otros dos requisitos aplicables a ésta, debe modularse el requisito de la veracidad, que en ocasiones se ha dicho que no opera como límite de la libertad de expresión; la jurisprudencia reciente matiza que, dado que no ampara la descalificación, se exige veracidad de los hechos cuando puedan desacreditar a la persona criticada, en particular, aunque no sólo, cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos⁵⁸: *v. gr.*, como señala la STS 236/2019, 23 abril 2019 (RJ 1376) en un supuesto de mensajes en *Twitter* imputando una agresión física y verbal, «carece de relevancia la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, pues ninguna de las dos justificaba la intromisión al sustentarse las opiniones o juicios de valor del demandado sobre el demandante en unos hechos no veraces que afectaban

⁵⁶ Por ejemplo, ya las SSTC 104/1986, 17 junio 1986 (RTC 104), 171/1990, 12 noviembre 1990 (RTC 171), en doctrina reiterada hasta hoy por numerosas sentencias.

⁵⁷ Por todas, recapitulación jurisprudencial de los detalles de cada requisito puede verse en la STS 170/2020, 11 marzo 2020 (RJ 760, demanda por vulneración del honor, que no prospera, presentada por un mafioso en relación con un programa de investigación de *La Sexta TV*), la cual hace suyos razonamientos de la STS 252/2019, 7 mayo 2019 (RJ 2489) «con valor de síntesis doctrinal», como señalan sentencias posteriores; *vid.* también la STS 481/2019, 20 septiembre 2019 (RJ 3611).

⁵⁸ *V. gr.*, STS 384/2020, 1 julio 2020 (JUR 202679), con cita en el mismo sentido de las SSTS 689/2019, 18 diciembre 2019 (RJ 5294), 639/2019, 26 noviembre 2019 (RJ 4878), 273/2019, 21 mayo 2019 (RJ 1971), 102/2019, 18 febrero 2019 (RJ 619).

gravemente a la consideración pública del demandante». En definitiva, la libertad de expresión no ampara la difusión de simples rumores o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura a expresiones injuriosas o innecesarias ni a insultos, aunque sí se admite, concurriendo el interés público y la verosimilitud de los hechos referidos, la crítica aunque sea desabrida, con opiniones hirientes que incluso pueden inquietar o disgustar⁵⁹.

Por último, también la *libertad científica del historiador* puede entrar en colisión con el honor de las personas fallecidas. Al respecto, son dignas de mención las palabras de la citada STC 43/2004, 23 marzo 2004 (RTC 43), sobre cierto documental acerca de un proceso ocurrido durante la Guerra Civil:

*«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 (...) se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), 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 a la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos. [...] La distancia en el tiempo diluye la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE. [...] Por todo ello, la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica».*⁶⁰

⁵⁹ V. gr., STC 79/2014, 28 mayo 2014 (RTC 79), 258/2017, 26 abril 2017 (RTC 258) y STC 23/2010, 27 abril 2010 (RTC 23)

⁶⁰ Vid. también la STS 28 enero 2004 (RJ 568), en que la hija de un fallecido no triunfa en su pretensión de considerar intromisión ilegítima las menciones en un libro de divulgación histórica sobre la historia de un pueblo acerca de la participación de su padre en el asesinato de un sacerdote. En el plano de la protección de los datos personales de los fallecidos ante revisiones históricas de acontecimientos pasados, pueden verse los informes de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) nº 012007/2019 (sobre la adecuación a esa normativa de la obra monográfica *Derecho penal franquista y homosexualidad: del pecado y la aberración sexual al estado de peligrosidad*, que el Ministerio de Justicia está interesado en publicar) y nº 0046/2019 (sobre la puesta en marcha del programa de acceso a fondos documentales y obras de la Diputación de Pontevedra, en la que se pretende autorizar el acceso universal directo y sin autorización a tales fondos en que constan datos personales de fallecidos. Por su parte, la Resolución de la AEPD RR/00717/2019, rechazó que un familiar pudiese ejercitar el derecho de supresión respecto a los datos de un miembro del Tribunal que juzgó al poeta Miguel Hernández, por

Con estas premisas, los principales litigios de lesiones por canales digitales a personas fallecidas sustanciados ante el Tribunal Supremo se han decantado por la primacía del «honor» de los fallecidos frente a las citadas libertades estimando las demandas interpuestas por sus familiares. Así ocurrió en las siguientes SSTs:

- i) Según la STS 201/2019, 3 abril 2019 (RJ 1214, al igual que en instancia y apelación), las manifestaciones en *Facebook* de una persona que se alegra del reciente fallecimiento de un torero «violentan y perturban el dolor de los familiares y la memoria del difunto, especialmente por el momento en que se profirieron y por el tono vejatorio empleado»: el personaje tiene cierta relevancia pública, las expresiones van más allá de una crítica general a la tauromaquia por la carga ofensiva del término «asesino» y, al incluir en la ponderación los usos sociales, el TS recuerda que éstos «delimitan la protección del derecho al honor, y entre los usos sociales de una sociedad civilizada se encuentra, como exigencia mínima de humanidad, el respeto al dolor de los familiares ante la muerte de un ser querido, que se ve agravado cuando públicamente se veja al fallecido»; por todo ello, el TS entiende que la prevalencia en el caso del derecho al honor cumple los requisitos de estar prevista en la ley, ser necesaria en una sociedad democrática para «la protección de la reputación o de los derechos ajenos» (art. 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales) y ser proporcionada.
- ii) En la STS 641/2019, 26 noviembre 2019 (RJ 4968, con igual criterio que en las dos instancias judiciales) se considera que el hecho noticioso de la supuesta aparición de un OVNI hace 38 años, sobre la que una persona se manifestó en prensa entonces como testigo y la actual desclasificación de la investigación por el Ministerio de Defensa, no justifican los comentarios peyorativos sobre su vida privada posterior hasta su fallecimiento empleadas en un periódico digital, pues «eran absolutamente innecesarios y gratuitos»; esta persona, médico de profesión, no era alguien con profesión de relevancia pública conectada con la noticia, y «no se puede considerar como de interés público ofrecer datos y noticias sobre su “negativa” vida privada, ni emplear, una vez fallecido, expresiones vejatorias sobre su persona».
- iii) En la STS 384/2020, 1 julio 2020 (JUR 202679, que confirma también las dos instancias anteriores) se considera infringidos los requisitos que permiten

entender la AEPD que la pretensión versaba sobre el derecho al honor del fallecido, que corresponde a los tribunales ordinarios al amparo del régimen de la LO 1/1982.

primar la libertad de información y expresión (esencialmente la veracidad, entre otras cosas, por no consultar ciertas fuentes accesibles) por parte del periodista que publicó un reportaje en la versión digital de un periódico, con adicional difusión en su propia cuenta de *Twitter*, imputando a una persona participación en el asesinato de otra durante la Guerra Civil. Según la STS, «el periodista demandado no agotó la diligencia que cabía exigirle y, por tanto, que la información transmitida como soporte de la crítica no fue veraz, siendo consecuencia de ello que las imputaciones del periodista tampoco podían ampararse en la libertad de expresión, porque la legitimidad de la crítica a determinadas ideologías por alinearse con interpretaciones sesgadas de hechos históricos (en particular, relativos al comportamiento de los dos bandos durante la Guerra Civil), no justificaba que para sustentar o argumentar esa crítica se hicieran, sin respetar el deber de veracidad, imputaciones tan graves y de tanta intensidad ofensiva como las dirigidas contra el padre del demandante».

También en la reciente SJPI nº 8 de Leganés 122/2020, de 12 noviembre 2020 el tribunal entiende que afirmar en *Twitter* que una persona ha violado a otra es una manifestación que objetivamente lesiona la dignidad de la persona a la que se le imputa, menoscabando su fama y consideración, cuando dicho acto delictivo no quedó judicialmente probado, por lo que imputar una violación a un difunto (asesinado) no está amparada por el derecho a la libertad de expresión, al ser sólo una opinión calumniosa, además de innecesaria para el mensaje que pretende difundir (apoyo a una compañera de partido político)⁶¹.

Dada la variedad de circunstancias de cada caso, no obstante, cuando se repasan las sentencias recaídas sobre la protección de la personalidad pretérita del difunto (sin concurrir elementos digitales), es habitual encontrar sentencias a favor⁶² y en contra⁶³

⁶¹ De forma interesante, la sentencia entra a considerar si cabía entender que la identidad del difunto cuyo honor se entendió lesionado había sido explícitamente revelada por el autor del tuit (y por el codemandado y también condenado autor de una rueda de prensa con similar afirmación) al no mencionar explícitamente (ninguno de los dos) el nombre y apellidos del fallecido; según la sentencia, estos datos personales eran públicos y accesibles para cualquier persona por las noticias de prensa de los días anteriores y era evidente la relación de las manifestaciones con el finado.

⁶² Primando el derecho al honor del fallecido: SAT Madrid 23 julio 1985 (difamaciones sobre supuesta estafa cometida por un ministro); STC 172/1990, 12 noviembre 1990 (RTC 172, reportaje sobre el mal carácter y alcoholismo de un piloto fallecido en accidente aéreo); STS 631/1994, 24 junio 1994 (RJ 5326, informaciones sobre la muerte de una hija por consumo de droga); SAP Madrid 15 junio 2004 (AC 1634, falsa imputación en televisión de la relación sentimental oculta de un instructor de autoescuela fallecido); STS 682/2004, 2 julio 2004 (RJ 5341, demanda del esposo e hija de una persona violentamente fallecida a la que se imputa dedicarse a la prostitución); SAP Asturias 7 julio 2004 (AC 1182, en un libro se imputaba al fallecido una paternidad extramatrimonial basada en meros rumores); SAP Tarragona 28

de la intromisión ilegítima en el honor del finado; y lo mismo cabe decir en la ponderación de honor vs libertades de expresión e información en supuestos con elementos digitales entre personas vivas⁶⁴.

febrero 2006 (AC 1945, joven que se suicidó que fue falsamente calificado en noticia periodística de asesino de su novia y otras personas); STS 5579/2009, 16 octubre 2009 (RJ 5579, la revista *Tiempo* tildaba a un aristócrata fallecido de alcohólico); STS 928/2012, 12 diciembre 2011 (RJ 2012/3523, divulgación en televisión de datos morbosos sobre un matrimonio de famosos fallecidos); STS 480/2014, 24 septiembre 2014 (RJ 4843, infracción del honor del difunto naturalista Félix Rodríguez de la Fuente en reportaje televisivo sobre supuestas artimañas para preparar escenas de animales); STS 293/2015, 20 mayo 2015 (RJ 2255, reportaje de *Inverviú* sobre un millonario fallecido tras ganar la lotería que se arruinó pronto por vida disipada); SAP Madrid 34/2016, 27 enero 2016 (AC 413, un diario digital calificó al padre fallecido de la demandada de «cornudo y apaleado»); STS 386/2016, 7 junio 2016 (RJ 2343, acusación de una actriz de haber sido violada 40 años antes por un popular personaje, padre de la demandante); STS 702/2016, 24 noviembre 2016 (RJ 5644, imputaciones sobre la vida de pareja y herencia de una popular cantante, madre de la demandante); ATS 14 diciembre 2016 (RJ 6594, manifestaciones vejatorias e injuriosas en programa televisivo de crónica social sobre abortos, adulterios y amenazas realizadas por el padre difunto de la demandante).

⁶³ Primando la libertad de información o la de expresión: STS 21/1998, 26 enero 1998 (RJ 109, insinuaciones sobre conducta defraudadora de un sacerdote fallecido con voto de pobreza); SAP Madrid 4 febrero 1998 (AC 4962, reportaje en tono jocoso sobre un responsable de industria juguetera fallecido); STS 14/2004, 28 enero 2004 (RJ 568, libro de divulgación histórica que alude a participación del padre de la demandante en un asesinato durante la Guerra Civil); STS 459/2004, 28 mayo 2004 (RJ 3977, reportaje sobre el fallecimiento del esposo de la demandante en la playa); SAP Valencia 27 octubre 2006 (AC 733, información veraz sobre la muerte de un joven por sobredosis); SAP Madrid 11 abril 2008 (JUR 179872, publicación sobre hijos extramatrimoniales del padre difunto, cuya información, aunque controvertida en su exactitud, fue recta y diligentemente obtenida); STS 761/2008, 22 julio 2008 (RJ 4494, informaciones sobre un preso que se suicidó en la cárcel); STC 50/2010, 4 octubre 2010 (RTC 50, intercambio acalorado de opiniones entre periodistas relacionando a un fallecido periodista con el golpe de Estado del 23-F); STS 75/2015, 16 febrero 2015 (JUR 186176, la divulgación de que una hermana fallecida estaba ingresada en un psiquiátrico no vulnera su honor); STS 259/2016, 20 abril 2016 (RJ 1343, prima la libertad de expresión del autor de un libro al calificar de «chaquetero» a un militar que cambió de bando en la Guerra Civil); STS 362/2016, 1 junio 2016 (RJ 2323, un periódico aludió a la supuesta muerte de un recluso, hijo del demandante, por droga); SAP Albacete 23 septiembre 2016 (AC 1659, no se infringe el honor del fallecido por manifestaciones en el proceso de liquidación de bienes y testamentaria; confirmada por ATS 29 marzo 2017); SAP Asturias 24 marzo 2017 (JUR 102781, uso de datos del padre fallecido en un memorial minero que no es peyorativo sino que busca el homenaje).

⁶⁴ Primando el derecho al honor de la persona viva ofendida: STS 471/2014, 17 septiembre 2014 (RJ 5308, manifestaciones sobre orientación sexual de un futbolista en la página web de la cadena de TV y en emisión televisiva); SAP Madrid 339/2015, 21 octubre 2015 (JUR 306133, comentarios ofensivos y reiterados en *Twitter* con imputaciones de pedofilia); STS 297/2016, 5 mayo 2016 (RJ 2451, comentarios vejatorios en la web y blog de un partido político de la Comunidad de Madrid sobre un político); SAP León 160/2016, 24 mayo 2016 (JUR 160277, manifestaciones ofensivas y sin proporcionalidad en un blog llamando «timador» a un empresario y «franquicias piratas» a su actividad); SAP Asturias 19 enero 2017 (AC 532, lesión del prestigio de una persona por disculpas en la cuenta de *Facebook* de la demandada que desvelaban una mala situación económica); SAP Madrid 24 enero 2017 (AC 266, descalificaciones en *Facebook* con intención de desprestigiar a un profesional de la moda con detalles sobre sus amoríos); STS 50/2017, 27 enero 2017 (RJ 369, descalificaciones personales desproporcionadas no amparadas en la crítica a los programas de telerrealidad hacia la directora de uno de esos programas, persona sin proyección pública); SAP Valladolid 17 noviembre 2017 (manifestaciones en *Facebook*); SAP Barcelona 27 diciembre 2017 (AC 1702, carta con insultos a través de correo electrónico a varios familiares y en su muro privado de *Facebook*); STS 156/2018, 21 marzo 2018 (RJ 1116, mensajes de desprestigio en *Twitter*

b) Derecho a la intimidad

Como afirmó la tan citada STC 231/1998 (caso «Paquirri»), en fragmento reproducido en tantas SSTC y SSTS posteriores, el derecho a la intimidad «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»; esa misma sentencia desarrolló por primera vez el concepto de «intimidad familiar», propio de cada uno de los miembros del grupo familiar, en estos términos: «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», como ocurría en el caso de la esposa del cónyuge fallecido. La LO 1/1982 contempla en el art. 7 determinadas inmisiones para conocer, grabar o reproducir aspectos íntimos de la persona mediante aparatos (apartados 1 y 2) y ciertas revelaciones o divulgaciones (apartados 3 y 4) consideradas igualmente intromisiones ilegítimas. Naturalmente, juegan los límites derivados de actuaciones en que «predomine un interés histórico, científico o cultural relevante», como puede ocurrir con la revisión histórica que afecte a personas fallecidas y también, muy particularmente, con la delimitación que en vida hiciera el difunto del «ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia» (art. 2.1). Un buen ejemplo de aplicación de estos criterios puede apreciarse

y en periódico digital por parte de su director sobre uso de ciertos fondos de personaje sin relevancia pública); SAP Granada 18 octubre 2019 (JUR 59133, reproducción de fotos y vídeos en *Facebook* y *Twitter* de un médico concreto para realizar una crítica injuriosa a la situación sanitaria de un hospital); STS 593/2019, 7 noviembre 2019 (RJ 4591, creación de una web con nombre de dominio similar que reenvía a una página porno para desprestigiar a un competidor de servicios médicos); SAP Tarragona 12 diciembre 2019 (AC 100, hija menor que imputa delito a su padre a través de cuenta en *Instagram*); STS 232/2020, 2 junio 2020 (RJ 1567, condena a un abogado por enlazar a noticias falsas sobre la condena judicial a un dentista en cuyo juicio participó el abogado).

Primando la libertad de información o la de expresión: SAP Alicante 269/2015, 2 noviembre 2015 (JUR 127150, expresiones gruesas en blog respecto a la alcaldesa de Alicante enmarcadas en la crítica a la corrupción en general); SAP Madrid 442/2016, 11 noviembre 2016 (AC 73, numerosos mensajes en *Twitter* con crítica sobre la actividad pública de un político); SAP Madrid 128/2017, 5 abril 2017 (JUR 145009, *tuits* sin expresiones injuriosas que constataban hechos veraces y ciertos sobre la asistencia a eventos sociales estando de baja laboral); SAP Badajoz 258/2017, 13 julio 2017 (RJ 227566 comentarios descalificativos recíprocos en foro de *Facebook*); STS (Pleno) 551/2017, 11 octubre 2017 (RJ 4283, crítica política a un personaje público); STS 13/2018, 12 enero 2018 (RJ 16, relevancia pública de los hechos y veracidad en la imputación de abusos sexuales en el ámbito de la gimnasia); STS 540/2018, 28 septiembre 2018 (RJ 4074, falta de intensidad ofensiva y ausencia de imputación de delito por correo electrónico y mediante *Facebook* al referirse al administrador de una empresa moroso como alguien que «no era de fiar» y uso de tono sarcástico al llamarlo «médico eminente»); STS 297/2020, 12 junio 2020 (JUR 180930, manifestaciones de poca entidad ofensiva en *Facebook* y en *Twitter* sobre un supuesto plagio).

en la mentada STS 641/2019, 26 noviembre 2019 (RJ 4968), en la que, además de entenderse vulnerado el honor del fallecido testigo del supuesto avistamiento de un OVNI se entendió producida una intromisión ilegítima en su intimidad con el reportaje en un periódico digital que se centra en los avatares de su vida privada que carecen de interés público, «máxime además cuando se refieren a una persona especialmente celosa de su intimidad [...], siendo en este aspecto especialmente celoso, el Sr. X, de revelar datos pertenecientes a su esfera privada, que reservaba para sí»⁶⁵. Por otro lado, como indica esta misma sentencia y muchas otras (v. gr., STC 25/2019, 25 febrero 2019, RTC 25), una forma de captar o presentar la misma información puede producir al mismo tiempo una intromisión ilegítima en la intimidad y en la imagen o el honor o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos.

El resultado de la colisión entre las libertades de información y expresión⁶⁶ y el derecho a la intimidad queda perfectamente ilustrado en la STS (Pleno) 91/2017, 15 febrero 2017 (RJ 302) relativa a la reproducción en un diario de Zamora de la fotografía del perfil público de *Facebook* de la víctima de un intento de asesinato por su propio hermano. La STS entendió que en el caso primaba la libertad de información respecto a la intimidad –y este aspecto no fue objeto del recurso de amparo que dio lugar a la STC 27/2020, 24 febrero 2020 (RTC 27)–, aunque no respecto al derecho de imagen; aunque apunta que «es difícil establecer pautas generales que sirvan para todos los casos, porque las circunstancias concurrentes en cada caso pueden inclinar la decisión por la prevalencia de uno u otro derecho», entiende que en el supuesto enjuiciado la gravedad en la intromisión de la intimidad al permitir la identificación de la víctima del delito⁶⁷ y algunas circunstancias personales no es intensa, el interés de la noticia es importante en el contexto de una ciudad como Zamora, la información es veraz sobre hechos graves de trascendencia penal y se acomodó a los cánones de la crónica de sucesos, sin revelar hechos de la intimidad desconectados con los hechos noticiables, por todo lo cual debe prevalecer el derecho a la información⁶⁸.

⁶⁵ Cita esta STS muchas otras (v. gr., STS 600/2019, 7 noviembre 2019, RJ 4458) relativas al deber de comprobar las pautas de comportamiento del afectado al acotar su ámbito de intimidad personal y familiar.

⁶⁶ Con los requisitos antes analizados al hilo del derecho al honor, pues son igualmente vigentes en la ponderación con los otros derechos contemplados en la LO 1/1982.

⁶⁷ Aun cuando reconoce, con cita de varias sentencias, que, en ciertas (otras) circunstancias, la divulgación no consentida de la identidad de la víctima puede suponer una intromisión ilegítima en su derecho a la identidad.

⁶⁸ Critica esa solución tanto en cuanto a la valoración de la intensidad como por entender que la identificación era innecesaria y, por tanto, debió entenderse vulnerado el derecho a la intimidad, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Uso de imagen tomada de perfil de *Facebook* para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 6 (2017), p. 7.

De nuevo, a la luz de las diversas circunstancias, existen numerosas sentencias que priman uno u otro derecho tanto en las relativas a la protección *post mortem* de la personalidad pretérita⁶⁹, como en las que enjuician intromisión en la intimidad por medios digitales respecto a personas vivas⁷⁰.

c) Derecho a la propia imagen

Como ya se expuso (*vid. supra* 1) el derecho a la propia imagen tiene característicamente un aspecto personal o moral (reflejado en el art. 7.5 LO 1/1982) y un aspecto patrimonial (con su indirecta plasmación en el art. 7.6 LO 1/1982)⁷¹ que incluye la disponibilidad sobre la explotación económica, comercial o publicitaria de la imagen, también de las personas difuntas –aunque este aspecto esté en pleno desarrollo jurisprudencial, sin anclaje preciso en una LO ocupada de las intromisiones ilegítimas en este derecho de la personalidad, que se declara irrenunciable, no en el

⁶⁹ Prima el derecho a la intimidad: STC 172/1990, 12 noviembre 1990 (RTC 172, reportaje sobre aspectos privados del comandante que pilotaba un vuelo siniestrado); SAP Cáceres 26 abril 2004 (JUR 147675, referencias al carácter de toxicómano y seropositivo del hijo y hermano fallecido); STS 676/2009, 16 octubre 2009 (RJ 5579, intimidad de un fallecido aristócrata); STS 928/2011, 12 diciembre 2011 (RJ 3523, divulgación morbosa de sucesos privados de una pareja famosa fallecida); STS 794/2013, 16 diciembre 2013 (RJ 7840, intromisión en la intimidad de la madre fallecida de dos toreros); STS 319/2014, 5 junio 2014 (RJ 3014, violación del derecho fundamental según el TC sólo del hijo y no de la madre fallecida, por lo que se indemniza a aquél por revelación en programa de televisión de la identidad del padre del demandante); STS 471/2014, 17 septiembre 2014 (RJ 5308, vulneración de la intimidad de un futbolista por comentarios sobre su orientación sexual); STS 24 noviembre 2016 (intimidad de padres famosos fallecidos).

En cambio, prima la libertad de información y expresión: STS 30 diciembre 1989 (RJ 8880, reportaje televisivo sobre el proceso penal por garrote vil de la última mujer así ajusticiada); STS 459/2004, 28 mayo 2004 (RJ 3977, identificación de fallecido con fotografía, nombre, apellidos y domicilio); STS 74/2015, 16 febrero 2015 (RJ 391, sobre revelación del internamiento psiquiátrico de una hermana fallecida); STS 101/2018, 28 febrero 2018 (RJ 1740, reportaje con información de relevancia pública al poseer notoriedad el fallecido por tener un título nobiliario y ser un empresario relevante; la revelación del contenido de su testamento no se considera intromisión ilegítima en el caso).

⁷⁰ *V. gr.*, prevalece el derecho a la intimidad en la STS (Pleno) 114/2017, 22 febrero 2017 (RJ 657) ante la difusión íntegra de conversación sobre temas personales de la Presidenta del PP catalán; en cambio no se consideró vulnerado ese derecho en la SAP Lugo 52/2017, 15 febrero 2017 (JUR 82242) con la publicación de unas imágenes de menores a su cargo por parte de la abuela en una cuenta no pública de *Facebook*; apunta la sentencia que algunos comentarios podrían haber vulnerado la intimidad de los menores si el acceso a la cuenta hubiera excedido del círculo familiar para alcanzar a un grupo indiscriminado de personas, cosa que no se consideró probada y, por ende, se entendió acorde a los usos sociales; sí se consideró vulnerada la intimidad en la STS (Pleno) 485/2016, 14 julio 2016 (3559, publicación en periódicos de actos procesales penales en que se refirieron correos electrónicos con infidelidades en la pareja).

⁷¹ Se considera intromisión ilegítima (art. 7.6) «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» y (art. 7.5) «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos».

valor económico de las autorizaciones de ese aspecto patrimonial⁷². Asimismo, es habitual hacer mérito de las dos facultades (positiva y negativa) incluidas en este derecho: la de decidir qué información gráfica formada por los rasgos físicos de una persona puede tener difusión pública y la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por cualquier persona no autorizada fuera cual fuese la finalidad perseguida por ésta⁷³. La lesión del derecho a la propia imagen puede ser aislada o vulnerar concurrentemente el derecho a la intimidad y/o el derecho al honor, como reiteradamente ha señalado el TC. Es fácil imaginar supuestos en que así sea al reproducir o publicar imágenes de personas difuntas, con o sin comentarios anexos que puedan llegar a afrentar lo que de los tres derechos queda en la memoria o personalidad pretérita del difunto. En función de cuántos derechos hayan sido vulnerados el monto de la indemnización podría variar⁷⁴.

La acción frente a la lesión del aspecto personal de la imagen, cuando resulte distorsionada, descontextualizada o tergiversada con ofensa de la *memoria defuncti*, corresponderá a los legitimados enumerados en el art. 4.2 LO 1/1982, mientras que frente a los usos comerciales por persona distinta de los herederos y sin su autorización (ni la de los legitimados del 4.2 si son distintos de los herederos cuando cumulativamente ese uso comercial suponga una afrenta al honor o la intimidad del difunto, cabe sostener) la acción corresponderá a los herederos por integrarse los aspectos patrimoniales del derecho a la propia imagen en la herencia del causante⁷⁵. Por lo demás, este aspecto patrimonial sólo será ejercitable ante los tribunales civiles, no ante el TC.

La intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del fallecido, en la medida residual amparada por la tutela de su personalidad pretérita, sólo acaecerá cuando esa persona sea *identificable o reconocible*⁷⁶ en la imagen obtenida o reproducida, por la ligazón

⁷² Vid. las sentencias citadas en la primera parte de este trabajo sobre la dicotomía personal/patrimonial en relación con los difuntos. Sobre esta idea resulta de imprescindible lectura el desarrollo de VENDRELL CERVANTES, *op. cit.*, p. 509 y ss.

⁷³ Con abundante cita de sentencias del TC que han sentado la doctrina en este punto (y en otros clásicos sobre su colisión con el derecho a la información que se mencionan aquí) vid. STC 27/2020, 24 febrero 2020 (RTC 27), FD 2º, que contiene una detallada síntesis de estas cuestiones.

⁷⁴ Por todos, DE VERDA Y BEAMONTE, «Uso de imagen...», *op. cit.*, p. 4.

⁷⁵ En una línea hasta cierto punto similar, ALONSO PÉREZ, «Daños causados...», *op. cit.*, pp. 17-19. Sobre la importante STS (Pleno) 414/2016, 20 junio 2016 (RJ 2537), vid. *supra* nota 35. Y sobre la posición al respecto del BGH en el caso «M. Dietrich», vid. PALAZÓN GARRIDO, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁶ No eran identificables los fallecidos en las fotografías enjuiciadas en las SSTS 329/2005, 4 mayo 2005 (RJ 3966) y 619/2005, 15 julio 2005 (RJ 9239); ni en la SAP Ciudad Real 24 mayo 2005 (AC 1049, fotografía en una residencia de ancianos para ilustrar la soledad de los mayores, en la que no se reconocía ni identificaba al difunto). Un supuesto peculiar fue el valorado como intromisión en la SAP

de este derecho con la identidad personal. Son actos distintos, que requieren una justificación propia (consentimiento, excepciones del art. 8.2 LO 1/1982, etc.) cada uno, la captación, la obtención, la reproducción y la publicación de dicha imagen⁷⁷, que bien pudo ser tomada en vida del fallecido o tras el óbito (*v. gr.*, tras un accidente mortal); el consentimiento en vida para un fin (un posado, una concreta publicación) por supuesto no amparará el empleo de la imagen *post mortem* para cualquier otro; precisamente esta asentada directriz fue también el fundamento de las SSTS (Pleno) 91/2017, 15 febrero 2017 (RJ 302) y 679/2019, 19 diciembre 2019 (RJ 5259) para entender vulnerado el derecho a la imagen de sendos usuarios (vivos) de *Facebook* cuando medios de prensa (digital) reprodujeron la foto de su perfil público en la red social para ilustrar crónicas de sucesos penales.

Están amparadas por la ley las intromisiones en el derecho a la propia imagen en los cinco supuestos contemplados en el art. 8 LO 1/1982: (i) actuaciones autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, (ii) predominio de un interés histórico, científico o cultural relevante, (iii) personas que ejerzan un cargo público o un profesión de notoriedad pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, (iv) caricaturas de acuerdo con el uso social, (v) información gráfica sobre un suceso público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoria. A ello debe sumarse el referido consentimiento del afectado (art. 2.2). Los aspectos específicos que aporta internet respecto a la imagen de los difuntos se examinarán en el apartado siguiente.

Por su directa relación con el objeto de este estudio, junto con la excepción relativa al predominio de interés histórico o cultural, cabe destacar el desarrollo jurisprudencial de las imágenes que ilustran informaciones sobre delitos contra la vida de las personas en las que no concurre el rasgo de la profesión de notoriedad o equivalente; es decir, los supuestos de personas anónimas que adquieren de forma sobrevenida un papel noticiable a consecuencia del delito contra la vida. Como resalta el TC, la identificación de la víctima de tal agresión viene a ser irrelevante a efectos de la información que se quiere transmitir sobre el suceso de trascendencia penal⁷⁸; así lo aplicó la STC 27/2020, 24 febrero 2020 (RTC 27) (y la STS 91/2017, 15 febrero 2017, RJ 302, de la que traía causa) respecto a la reproducción en un periódico de la foto de *Facebook* de la víctima de un delito: «prevalece el derecho a la imagen de la víctima del delito frente a las

Cáceres 26 abril 2004 (JUR 147675, derecho de imagen del difunto vulnerada al referirse a su apodo, con el que era bien conocido en la localidad).

⁷⁷ En consolidada jurisprudencia, *v. gr.*, SSTS 752/1998, 18 julio 1998 (RJ 6278) y 311/2010, 2 junio 2010 (2666).

⁷⁸ STC 185/2002, 14 octubre 2002 (RTC 185), 127/2003, 30 junio 2003 (RTC 127) y STC 27/2020, 24 febrero 2020 (RTC 27).

libertades informativas, pues la información gráfica devenía ociosa o superflua por carecer la fotografía de la víctima de interés real para la transmisión de la información» (intento de homicidio y posterior suicidio). Aunque el enfoque cambia cuando la imagen es del agresor cuya captación o reproducción se permite en algunos casos (durante la comisión del delito, en el juicio o a la entrada al tribunal) por considerarse como accesoria a la información gráfica de un suceso público de interés noticiable, pero se considera intromisión ilegítima (así STS [Pleno] 679/2019, 19 diciembre 2019, RJ 5259) cuando la imagen se obtiene de una red social como *Facebook* y carece de conexión con los hechos de los que se informa, «puesto que la formación de una opinión pública libre no exige, ni justifica, que se afecte al derecho fundamental a la propia imagen con esa gravedad y de un modo que no guarda la necesaria conexión con los hechos».

Como se puede apreciar, el balance con la libertad informativa sigue las pautas de ponderación ya vistas, moduladas por los específicos parámetros del art. 8.2 LO 1/1982. En el ámbito del objeto de este estudio, es ilustrativa la SAP Madrid 4 febrero 1998 (AC 4962) en la que se reutilizaba la imagen de un reportaje sobre un empresario publicado 10 años antes, tras su muerte y en tono jocoso; se entendió que su consentimiento de entonces no amparaba este uso posterior. En la STS 641/2019, 26 noviembre 2019 (RJ 4958) el tribunal entendió vulnerado el derecho a la propia imagen de la viuda que aparece en una foto familiar que ilustra el reportaje del testigo de un supuesto avistamiento de OVNI; curiosamente, pese a entender infringido el honor e intimidad del difunto, el Alto Tribunal no entra en consideraciones sobre el derecho a la propia imagen de éste.

En términos generales, en los fallos judiciales que han concedido protección *post mortem* frente al uso indebido de la imagen de los fallecidos predominan situaciones en que la captación se produjo mientras agonizaban o mostrando sus restos mortales tras un accidente⁷⁹. En el contexto de la reproducción de la imagen de personas vivas

⁷⁹ SAP Málaga 17 marzo 1993 (AC 264, foto de ahorcado reconocible); STS 490/2003, 23 mayo 2003 (RJ 3593, rostro agonizante del conductor de un vehículo aprisionado que falleció); STS 898/2011, 30 noviembre 2011 (RJ 1640, fotografía del cadáver de un joven y fotografía de esa persona viva que permite identificarla); SAP Madrid 36/2012, 25 enero 2012 (AC 200, foto del cadáver de un joven arrollado por un tren, con cara desfigurada y cuerpo mutilado); STS 665/2014, 12 noviembre 2014 (RJ 5908, cuerpo sin vida semidesnudo tras un incendio). Por no reconocerse la identidad del difunto en la foto, no se consideró que hubiera intromisión ilegítima en las SSTS 329/2005, 4 mayo 2005 (RJ 3966, foto del cadáver recubierto con una manta) y 619/2005, 15 julio 2005 (RJ 9239, cuerpo del fallecido ensangrentado al ser extraído del camión que conducía: fugaz, difusa y accesoria para informar de accidentes); tampoco en la STS 823/2008, 19 septiembre 2008 (RJ 5528, foto del momento del rescate de fenecido en accidente de parapente; el TS no las consideró infamantes).

con medios digitales destacan situaciones como los fotomontajes ofensivos⁸⁰ o, en ocasiones, la reproducción de fotos de menores por familiares en redes sociales⁸¹.

d) Derecho a la protección de datos personales

Los tres derechos anteriormente examinados presentan grandes conexiones con el derecho fundamental a la protección de datos personales; piénsese, en particular, en la publicación de imágenes del fallecido o en la revelación de sus datos personales de una manera que dañe su reputación o su intimidad. El concepto de dato personal del art. 4.1 RGPD en su amplitud permitiría comprender en él imágenes de una persona fallecida siempre que resulte identificable («persona física identificable», esto es, «toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente»), con lo cual, eventualmente, podrían acumularse las protecciones derivadas de la LO 1/1982 y de la LOPDyGDD 3/2018, de 5 de diciembre. El problema de base es que, como ha aclarado reiteradamente el Grupo del artículo 29 respecto a la normativa anterior y vuelve a asumir el RGPD 2016/679, de 27 de abril, los datos personales son los relativos a «seres humanos vivos», pues «los difuntos dejan de ser personas físicas para el Derecho civil»⁸². De admitirse una tutela legal de los datos personales de las personas fallecidas, la lesión mediante su tratamiento ilegítimo podría provenir o bien de terceros que hacen uso de dichos datos sin la autorización de las personas legitimadas para ello en lugar del finado, o bien por los propios legitimados extralimitando sus facultades (y/o afrentando el honor, intimidad y propia imagen en la medida protegida para la personalidad pretérita).

Pues bien, el RGPD en sus considerandos deja claro que no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas, pero los Estados miembros son competentes

⁸⁰ SAP Islas Baleares 10 abril 2008 (AC 2008/1048): calendario con la cara del demandante sobre un cuerpo de perro y comentarios ofensivos.

⁸¹ A modo de ejemplo, SAP Madrid 6 julio 2017 (AC 201), que se entiende como muestra de cariño admitida por los usos sociales; o SAP Lugo 52/2017, 15 febrero 2017 (JUR 82242, *supra*, n. 70).

⁸² GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 27, «Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales» (adoptado el 20 de junio 2007), 01248/07/ES, WP 136, Bruselas, pp. 1-29, en especial, p. 24, donde se añade que, «*sin embargo, en determinados casos los datos de los difuntos aún pueden recibir indirectamente una cierta protección*» y refiere una serie de supuestos sobre esa protección indirecta, como el tratamiento por el responsable de los datos de los muertos igual que el de los vivos por no saber si existe óbito o no; el hecho de que los datos sobre las personas fallecidas pueden contener también información sobre personas vivas; la protección por normas específicas sobre la «personalidad pretérita» (así citado en el Dictamen), incluida la confidencialidad médica y la protección al honor y la propia imagen; y la posible extensión de la protección de los datos personales de los vivos a los propios de las personas fallecidas por diversas legislaciones nacionales.

para establecer reglas al respecto⁸³. El legislador español acoge esa idea en el art. 2.3 LOPDyGDD («La ley no se aplica a los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3»). Esa declaración de principios sobre el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica plantea algunos problemas hermenéuticos y sistemáticos⁸⁴ por al menos dos factores: en primer lugar, porque a continuación diseña un régimen *ad hoc* de protección sobre los «datos de las personas fallecidas» (art. 3, con esa rúbrica), en el que se comprenden algunas facultades («acceso», «rectificación» y «supresión») cuya interpretación debe esclarecer si se corresponden con los conocidos derechos ARCO y, más en concreto, con el «derecho de acceso» (art. 13 LOPD y art. 15 RGPD), «derecho de rectificación» (art. 14 LOPD y art. 16 RGPD) y «derecho de supresión» (art. 15 LOPD y art. 17 RGPD) que corresponden a los interesados vivos, dado que, a tenor del art. 2.3 lo único que se aplica a los datos de los fallecidos en la LO es el art. 2.3 (y el RGPD no se aplica a tal supuesto, aunque los arts. 13, 14 y 15 LOPD se remiten a él para delimitar los tres derechos). Además, con la declaración inicial y la estructura de la LO, al parecer los derechos a la limitación del tratamiento, portabilidad y oposición (arts. 16, 17 y 18 LOPDyGDD) no se podrían aplicar a los datos personales de las personas fallecidas, lo cual sería una decisión de política legislativa discutible. En segundo lugar, dada la peculiar gestación y contenido resultante de la LOPDyGDD, con su novedoso título X («Garantía de los derechos digitales», arts. 79-97), parte del cual tiene carácter de ley ordinaria⁸⁵ y no orgánica, resulta igualmente dudoso esclarecer (*vid. infra*) si preceptos como los relativos al derecho de rectificación en internet (art. 85), actualización de informaciones en medios de comunicación digitales (art. 86), derecho al olvido (arts. 93 y 94), portabilidad en servicios de redes sociales (art. 95) o protección de datos de los menores en internet (art. 92) se podrían aplicar a personas mayores o menores ya fallecidas, dado que la LOPDyGDD no se aplica, según el art. 2.3, a los datos de las personas fallecidas más allá del art. 3 de la propia ley y estos preceptos no hacen excepción expresa a ese *dictum*⁸⁶.

⁸³ Considerandos 27, 158 y 160 RGPD; el primero contiene la afirmación general del texto, el segundo versa sobre el tratamiento de datos con fines de archivo y el tercero con fines de investigación histórica (e investigación para fines genealógicos), reiterando en los dos últimos que «el presente Reglamento no es de aplicación a las personas fallecidas».

⁸⁴ Adicionalmente, el art. 2.1 LOPDyGDD declara aplicable «lo dispuesto en los Títulos I a IX y en los artículos 89 a 94» a cualquier tratamiento, automatizado o no, de datos personales.

⁸⁵ En concreto, según la Disposición Final Primera, además de algunos otros títulos y disposiciones, tienen carácter de Ley ordinaria, dentro del tardíamente incorporado Título X sobre «derechos digitales», los artículos 79, 80, 81, 82, 88, 95, 96 y 97. Naturalmente, tiene carácter de Ley Orgánica el Título I, en el que se inserta el art. 3.

⁸⁶ Salvo el art. 85 LOPDyGDD por la interpretación (posible) de la remisión a la LO 2/1984 que contiene. Naturalmente, respecto de artículos citados podría hacerse una interpretación judicial extensiva a favor de las personas fallecidas (varios de los preceptos principian «toda persona», sin adjetivar, o «los usuarios», lo que remite al régimen contractual de cada servicio sobre la posible sucesión en la posición

Afirmación esta que no es del todo exacta, puesto que el art. 96 LOPDyGDD –que tiene carácter de norma de ley ordinaria–, bajo la incorrecta rúbrica de «testamento digital» establece un elenco de reglas paralelas a las del art. 3 (muy parecido, pero con leves variantes susceptibles de generar nuevas dificultades) en relación con los «contenidos» digitales «gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas».

En definitiva, los arts. 3 y 96 LOPDyGDD diseñan un régimen específico de protección de, respectivamente, los datos personales del fallecido y los contenidos digitales y perfiles personales en redes sociales y servicios equivalentes de personas fallecidas. Frente a la crítica a ese desdoblamiento legislativo y la constatación de que difícilmente existirán contenidos y perfiles del art. 96 que no lleven embebidos datos personales que hagan aplicable directamente el art. 3⁸⁷ –por más que sí puedan deslindarse teóricamente algunos concretos contenidos/datos no personales a los que aplicar sólo el art. 96⁸⁸–, existen intentos de salvar la dicotomía legal planteada por entender que se protegen bienes jurídicos distintos⁸⁹.

Los *legitimados* para una serie de facultades en relación con los datos personales y contenidos digitales del difunto –dejando a un lado algunos posibles matices diferenciales respecto al albacea y respecto a las concretas facultades en uno u otro caso– son los designados al efecto por el fallecido (personas físicas o jurídicas, albacea,

del usuario, por ejemplo a efectos de portabilidad y cabe igualmente ampararse en los amplios términos del art. 96 sobre la legitimación legal de ciertas personas para impartir instrucciones sobre «la utilización, destino o supresión» de los contenidos del difunto); todo lo cual, no cabe ocultarlo, cuenta con el mencionado valladar de su tenor literal y del art. 2.3 LOPDyGDD.

⁸⁷ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿Vida (digital) eterna o muerte digna en la nube? La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89 (2020), pp. 56-69, en especial pp. 61-62; en la misma línea, DÍAZ ALABART, Silvia, *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 10 febrero 2020, RAJL, Madrid, 2020, pp. 30-31.

⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE, «La sucesión...» (2019), *op. cit.*, pp. 398 y ss., en especial pp. 406-407 y n.72; *Id.*, «¿Vida (digital)...», *op. cit.*, pp. 62-64, con especial apoyo en la Directiva 2019/770, de 20 de mayo sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

⁸⁹ Según MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, «Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDyGDD», *Derecho privado y Constitución*, 35 (2019), pp. 169-212, p. 178 (asumiendo la distinción de TRONCOSO REIGADA, Antonio, «Artículo 1. Objeto de la ley», ARENAS RAMIRO, M., ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dirs.), *Protección de datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin, Madrid, pp. 48-52, p. 49), «el artículo 96 no es un derecho de protección de datos personales sino una garantía de los derechos personales» y de ahí, con cita de otros estudiosos de la LOPD, sostiene que no cabría el recurso de amparo por los legitimados para la defensa de los datos del difunto con base en dicho precepto, sino sólo en el art. 3. En contra, DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pp. 30-31, quien recuerda que el recurso de amparo podría proceder con fundamento en los derechos reconocidos en el art. 18 CE y la LO 1/1982.

etc.), los herederos y «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho». Los tres grupos de personas, con toda su indefinición, pueden ejercer esas facultades por imperativo legal sin ningún orden de prelación ni prioridad, salvo que el causante expresamente haya prohibido esa gestión *post mortem* de sus datos y contenidos, en cuyo caso la única autorización legal es reconocer el «derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante» para poder calcular y acceder al caudal relicto transmisible *mortis causa* que no forma parte de los derechos (morales) de la personalidad pretérita. Tanto el amplio número de legitimados –en la tramitación primero eran sólo los herederos y los designados al efecto y en el último momento se añadió el resto de personas «vinculadas» al causante como cierta réplica empeorada del régimen de la LO 1/1982–, como el ámbito de facultades, como la regla de defecto (acceso) salvo prohibición del fallecido merecen severa crítica⁹⁰.

En cuanto a las *facultades* legalmente reconocidas a estos legitimados, literalmente estriban en dirigirse al responsable o encargado de tratamiento de los datos personales del finado o a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información que gestionan sus contenidos digitales «al objeto de solicitar el *acceso* (...) y, en su caso, su *rectificación* o *supresión*» (art. 3.1); respecto a los contenidos digitales, «acceder», impartir instrucciones sobre «su utilización, destino o supresión» *ex art.* 96.1.a) y «modificación o eliminación»; adicionalmente, según el art. 96.2, esas personas legitimadas «podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de las personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes», salvo que el causante hubiese dado ya instrucciones expresas. Desde el punto de vista del objeto de este trabajo cabe fácilmente imaginar supuestos en que el ejercicio de tales facultades (*v. gr.*, *rectificación* o *supresión*), legítimas a tenor de la LOPDyGDD, por una de las personas habilitadas al efecto, pueda llegar a comportar una vulneración de la memoria del difunto a juicio de otros legitimados, herederos o parientes (de los mencionados en el art. 4 LO 1/1982). Por no mencionar qué ocurrirá en caso de discrepancia de varios legitimados sobre la decisión. Examinemos el contenido de estas facultades y otras conexas a ellas:

- i) A falta de mayor precisión legal, el «*acceso*» a los datos personales y contenidos digitales del fallecido por tan amplio número de personas, que constituye una novedad legal –pues la AEPD restringía en el marco legal anterior el tipo de datos a

⁹⁰ Me remito a la que he efectuado en las dos contribuciones citadas en las notas anteriores.

que podían acceder, además, sólo los herederos⁹¹ podría erigirse, de ser interpretado ampliamente en el sentido de un auténtico «derecho de acceso» del art. 13 LOPDyGDD y del art. 15 RGPD, en una auténtica fuente de afrenta a la intimidad (e imagen) del fallecido –e incluso de terceras personas con las que se comunicó el fallecido a través de redes sociales privadas⁹². Debe preconizarse una interpretación restrictiva de ese acceso habilitado a los legitimados, como expresamente se ha hecho en la legislación de algunos países, en el sentido de lo estrictamente necesario para defender los intereses del difunto⁹³, no para satisfacer sin trabas la curiosidad de sus allegados sin un interés legítimo. El diseño legal, no obstante, obstaculiza en la práctica esta propuesta, aunque como señala la AEPD, el derecho de acceso del art. 3 LOPDyGDD cuando menos cuenta con los límites de la intimidad del fallecido, la intimidad de terceros, el secreto de las telecomunicaciones y los límites propios del RGPD (sobre datos especialmente protegidos y proporcionalidad)⁹⁴.

- ii) La facultad de «*rectificación*» de que habla el art. 3 LOPD, con todas las cautelas en caso de infringir con su mal uso otros derechos de la personalidad, parece encontrar más fácil coincidencia plena con el llamado «derecho de rectificación» diseñado en el art. 14 LOPDyGDD y del art. 16 RGPD; ahora bien, el art. 96 no menciona el término «rectificar» al referirse a los contenidos digitales o a los «perfiles personales» en redes sociales (los legitimados pueden mantenerlos o

⁹¹ En concreto, la LOPD anterior no abordaba expresamente el régimen de los datos personales de las personas fallecidas; su Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre, permitía que las personas vinculadas al fallecido pudieran dirigirse a los responsables del tratamiento de datos para *notificarles el óbito* y solicitar la *cancelación* de los datos, sin ninguna otra facultad. Las Resoluciones de la AEPD confirmaron en doctrina constante que ni esas personas ni los herederos contaban con el «derecho de acceso» propio de la normativa de protección de datos, sino sólo y en el caso exclusivo de los herederos, con el acceso a los datos personales relacionados con su condición hereditaria (esto es, para averiguar la existencia de derechos patrimoniales transmisibles que integran la herencia y defenderlos); esta excepción a favor de los herederos queda recogida ahora tanto en el art. 3.1 *in fine* como 96.1.a *in fine* LOPDyGDD. Para un repaso detallado a estas resoluciones previas a la LOPDyGDD, me remito a MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, pp. 153-156; GUTIÉRREZ SANTIAGO, 320-324.

⁹² CÁMARA LAPUENTE, «La sucesión...», *op. cit.*, p. 422; «¿Vida (digital)...», *op. cit.*, pp. 66-67; OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil*, VI.4 (2019), pp. 89-133, en especial, pp. 120-121.

⁹³ La Resolución nº R/00133/2020 de la AEDP estimó la pretensión de una persona que ejercitaba el derecho de acceso a los datos que de su padre tenía la compañía aseguradora en la que aquél tenía suscrito unos seguros de deceso.

⁹⁴ Lo argumenta y desglosa en Agencia Española de Protección de Datos, Informe nº 010601/2019 (sobre el tratamiento de datos en el ámbito universitario), pp. 27-37; tras afirmar la existencia de una facultad más amplia de acceso que la que permitía la legislación anterior, que el art. 3 únicamente limita en caso de que el finado lo hubiera prohibido, añade cabalmente: «sin embargo, no puede admitirse que dicho acceso sea ilimitado, ya que ningún derecho lo es al poder entrar en colisión con otros derechos fundamentales», que enumera y delimita.

eliminarlos). Puede entenderse que ese derecho está amparado respecto a datos personales inexactos en la normativa europea y de ahí que no se extienda a contenidos/datos no personales del difunto. No obstante, sí parece defendible sostener, pese al silencio legal expreso, que el nuevo derecho recogido en el art. 85 («derecho de rectificación en internet») podría ejercitarse a favor del fallecido; se trata, no obstante un derecho distinto del contemplado en el art. 14 LOPDyGDD⁹⁵ (rectificar datos *inexactos*, lo cual va ligado al derecho a la información del art. 20.1.d CE), pues el art. 85, que conecta no sólo con el derecho a comunicar o recibir información veraz, sino sobre todo con la libertad de expresión, versa sobre la rectificación en redes sociales y servicios equivalentes ante la «difusión de contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y familiar en internet». Dado que el art. 85 LOPDyGDD se remite *in totum* para el «ejercicio del derecho de rectificación» a «los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación»⁹⁶; y dado que ésta (art. 1.2) contempla como legitimados para ejercer ese derecho sólo a los *herederos* del fallecido (no a parientes que no sean herederos ni a otras personas), cabría defender –y así lo suscribo– que la legitimación para ejercitar este derecho del art. 85 LOPDyGDD corresponde sólo a los herederos y no al resto de legitimados del art. 96. Aunque, una vez más, es cuestión que queda abierta a interpretación en la ley. Por su conexión con el art. 86 (y con el derecho al olvido de los arts. 93 y 94 LOPDyGDD), pese a una ausencia de remisión normativa expresa como la anterior, puede sostenerse que el «derecho a la actualización de informaciones en medios digitales», en cuanto la

⁹⁵ En este sentido, *vid.* ADSUARA VARELA, Borja, «Derechos de rectificación, supresión (olvido) y portabilidad (de los datos) y de limitación y oposición (al tratamiento)», en RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 316-317.

⁹⁶ El cual, no se olvide, es un derecho cuyo «objeto son los hechos (no las opiniones)» inexactos y perjudiciales para una persona y la función de control judicial «permite, superando la tesis del “todo o la nada”, que se pueda acordar la publicación parcial del escrito de rectificación, excluyendo las opiniones o juicios de valor, es decir, aquella parte que no se limite a los hechos», según abundantes pronunciamientos del TC y el TS que sintetiza, por ejemplo, la STS 360/2020, 24 junio 2020 (JUR 266100), de donde proceden las anteriores citas de esta nota. Sobre las dificultades de coordinación del art. 85 LOPDyGDD con la LO 2/1984, por todos, los muy recientes trabajos de CASTILLA BAREA, Margarita, «Las libertades de expresión e información frente al derecho a la protección de datos y otros derechos de la personalidad en la nueva LO 3/2018. Especial consideración del derecho de rectificación en Internet», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (coord.) *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 439-503; MARTÍNEZ CALVO, Javier, «El derecho de rectificación ante informaciones falsas o inexactas, con especial mención de las publicadas en Internet», *Revista de Derecho Civil*, VII.4 (julio-septiembre 2020), pp. 137-181.

noticia original no refleje la situación actual y perjudique al fallecido, puede ejercerse también por los herederos⁹⁷.

iii) En cuanto a la «supresión» de datos personales de las personas fallecidas autorizada *nominatim* por el art. 3 LOPDyGDD, parece encajar, con las cautelas ya expresadas, en las facultades comprendidas en el «derecho de supresión» del art. 15 LOPDyGDD y, por remisión, en el art. 17 RGPD, que regula este derecho, renombrado como «derecho al olvido»; la interpretación más juiciosa también permite colegir que las facultades de los legitimados por el art. 96 LOPDyGDD respecto a la «supresión» o «eliminación» de contenidos digitales del causante o de sus perfiles en redes sociales y servicios equivalentes, abarcan igualmente, pese a falta de remisión expresa, las dos (de las tres posibles) manifestaciones del derecho al olvido en sentido amplio⁹⁸ plasmadas en la Ley Orgánica: el «derecho al olvido en búsquedas de internet» (art. 93, que es, en realidad, un derecho a la retirada de enlaces por los buscadores)⁹⁹ y el «derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes» (art. 94); ambos versan propiamente sobre datos personales (no sobre contenidos/datos no personales) y permiten, de cumplirse los requisitos previstos¹⁰⁰, eliminar no sólo datos facilitados por el

⁹⁷ Aunque en este supuesto, sobre la legitimación activa, gozaría de buenos argumentos un elenco de legitimados más amplio si se conectara preferentemente la naturaleza del derecho garantizado en el art. 86 con el derecho al olvido (bien por el enlace del art. 3 y sus legitimados con el art. 15, bien por el enlace del art. 96 con los arts. 93 y 94). Tanto por ubicación, como por la naturaleza del derecho protegido como por las consecuencias legales diseñadas («aviso de actualización», no supresión), el art. 86 cuenta con mayor afinidad con el art. 85 y de ahí la solución propuesta en texto. Naturalmente, nada obsta, en el caso concreto, a que, si la noticia original desactualizada vulnerara los derechos de la personalidad del art. 18 CE, los legitimados del art. 4.2 LO 1/1982 (cónyuge, hijos, ascendientes y hermanos) pudieran emprender las correspondientes acciones en defensa de la memoria del difunto.

⁹⁸ Sobre esta apreciación y, en general, sobre el derecho al olvido, dada la ingente bibliografía producida, se remite al lector al excelente trabajo de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, Ignacio, «La regulación del “derecho al olvido” en los arts. 17 y 21 del RGPD y en el art. 93 de la LOPDyGDD», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 373-437, en particular, p. 395 (§ 61) y a la cabal selección bibliográfica final de ese trabajo.

⁹⁹ La doctrina que hasta la fecha se ha pronunciado acerca de si el derecho al olvido (en esta vertiente de retirada de enlaces por los buscadores) corresponde a los legitimados por los arts. 3 y 96 LOPDyGDD en relación con datos personales del fallecido lo ha hecho en sentido afirmativo: así MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 149 y ss; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, *op. cit.*, §§ 78-79 (pp. 402-403); implícitamente, OTERO CRESPO, «La sucesión...», *op. cit.*, p. 114, n. 90, quien considera excluidos «al menos nominalmente, los derechos relativos a la limitación del tratamiento, a la portabilidad y a la oposición contenidos en los arts. 16 a 18 LOPDyGDD».

¹⁰⁰ El consabido requisito de que los datos personales publicados fuesen «inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información» (art. 93.1 y 94.2).

causante¹⁰¹, sino también los difundidos sobre él por terceros en medios de comunicación digital, redes sociales y servicios equivalentes y en buscadores (buscadores a los que el TJUE considera también responsables del tratamiento y no meros intermediarios)¹⁰². La tercera manifestación del derecho al olvido, la supresión de contenidos en las páginas o sitios web que los publican, a falta de regulación expresa en la ley española, seguirá sometida a las reglas generales del art. 17 RGPD. El fundamento de estas tres manifestaciones del derecho al olvido, esto es, en esencia, que el paso del tiempo puede hacer que el tratamiento de los datos sea contrario al principio de minimización¹⁰³ (haciendo los datos inadecuados, no pertinentes o excesivos) o al principio de exactitud¹⁰⁴ (haciendo los datos inexactos o no actualizados) latía ya en algunas de las primeras sentencias sobre la protección de la *memoria defuncti* en España que entendieron precisamente, en una suerte de embrionario derecho al olvido sobre el pasado de las personas fundado en el régimen de las intromisiones ilegítimas de la LO 1/1982, que la lejanía en el tiempo de los hechos de los que se informa va debilitando el interés general en su conocimiento cuando la persona carezca de proyección pública y los hechos no tengan relevancia histórica¹⁰⁵: así aconteció en la SJIInstrucción nº 15 Madrid 23 septiembre 1986 en la que se concedió al sobrino de una mujer condenada a muerte por asesinato y ejecutada en Valencia en 1959 reparación por la reconstrucción de esa historia en una serie televisiva; y, con más claridad, en la SJIInstrucción nº 10 Madrid 15 diciembre 1986 (caso de los «Marqueses de Urquijo») en que se condenó a los demandados, autores de un libro que reabría diversas hipótesis sobre el asesinato, por la existencia de un «indiscutible derecho al olvido»¹⁰⁶.

Por último, conviene tener presente que los derechos establecidos en la LOPDyGDD cuentan con la garantía de unos procedimientos específicos (título VIII, arts. 63-69) y un régimen administrativo sancionador propio (título IX, arts. 70-78); y que constituyen infracciones tanto los actos y conductas referidas en el art. 83 RGPD, «así como las que

¹⁰¹ Esto ya se permitiría *ex art.* 3 y quedaría reiterado en el art. 94.1 y 96.2 LOPDyGDD.

¹⁰² SSTJUE 13 mayo 2014 (C 131/12, *Google Spain*, TJCE 85) y 24 septiembre 2019 (C-507/17, *GC y otros v. Google*, TJCE 201). Crítico con este enfoque, *v. gr.*, RECIO GAYO, Miguel, «Derecho al olvido: notas sobre su evolución y futuro en la Unión Europea», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, (2020), pp. 84-95, en especial, pp. 87-88.

¹⁰³ Art. 5.1.c) RGPD.

¹⁰⁴ Art. 4.1 LOPDyGDD y art. 5.1.d) RGPD.

¹⁰⁵ Como se entendió que sí era el caso en la STS 30 diciembre 1989 (RJ 8880, sobre la reconstrucción en televisión de la última ejecución de una mujer por garrote vil).

¹⁰⁶ Según la sentencia, «la segunda precisión deviene por el indiscutible derecho al olvido de forma que por muy públicas que sean las actuaciones judiciales y los hechos que en ellas se viertan, el sujeto tiene derecho a que no se reabra su herida haciéndole de esa forma revivir una segunda infelicidad».

resulten contrarias a la presente ley orgánica». Inciso este que no parece arrojar duda sobre la aplicación del régimen sancionador a todo su contenido (incluido por tanto el art. 96) y no sólo a los preceptos con rango de Ley Orgánica. Por eso, en cualquier caso, resulta aún más llamativa la posición de la Agencia Española de Protección de Datos cuando rechaza su competencia para resolver sobre supuestos relacionados con el propio art. 3 LOPDyGDD (que sí tiene carácter orgánico). En varios informes del Gabinete Jurídico de la AEPD posteriores a la LO de diciembre de 2018 se apela vagamente a que sólo se aplica a las personas fallecidas el art. 3 LOPDyGDD (ni el resto de artículos de la LO ni el RGPD serían aplicables)¹⁰⁷; pero en uno de los más completos y recientes¹⁰⁸, tras un certero estudio de los legitimados y sus facultades, y después de repasar la doctrina de la AEPD sobre los datos de las personas fallecidas *antes* de la LOPDyGDD¹⁰⁹ parece dar un salto lógico al aplicar esa doctrina anterior al escenario legal vigente, que ha cambiado tras la promulgación del art. 3 LOPDyGDD, y afirmar (a mi entender sin justificación) que «debe concluirse que *el tratamiento de datos personales de personas fallecidas excede del ámbito de competencias de la AEPD*, al tratarse de un derecho personalísimo que se extingue con la muerte de la persona, por lo que su tutela entraría en el ámbito de las relaciones familiares y el derecho sucesorio del Derecho Civil. *Cualquier cuestión que se suscite respecto al acceso a dichos datos (legitimación, posible conflicto entre familiares, límites del acceso, denegación) debería resolverse por los órganos jurisdiccionales del orden civil y en última instancia, por el Tribunal Constitucional*»¹¹⁰. Acaso con más fundamento, también excluye de las

¹⁰⁷ Así en AEPD, *Informe 0046/2019* [disponible en la web de la AEPD desde el 20.6.2020] (con referencia a otros informes como el 115/2019 y el 20/2016), se indica que «el citado artículo 3 LOPDyGDD no hace otra cosa que ampliar o extender en el tiempo algunas de las facultades que forman parte del contenido del derecho a la protección de datos y el artículo 2.2 LOPDyGDD, que recoge la inaplicación de la normativa cuando sean datos personales de una persona fallecida, supone el decaimiento de las obligaciones jurídicas (de los terceros)» y concluye que la publicación cuyo estudio se le propone –acceso a fondos documentales de la Diputación de Pontevedra– no está sometida ni al RGPD ni a la LOPDyGDD, «sin perjuicio del derecho de los herederos o *autorizados* a ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión en caso de que se den los supuestos legalmente establecidos». Y en AEPD, *Informe 12007/2019* [disponible en la web de la AEPD desde el 18.3.2019] se insiste en que a los datos personales de las personas fallecidas sólo se aplica lo dispuesto en el art. 3 LOPDyGDD.

¹⁰⁸ AEPD, *Informe 010601/2019* [disponible en la web de la AEPD desde el 24.9.2019].

¹⁰⁹ *Vid. supra*, nota 91.

¹¹⁰ AEPD, *Informe 010601/2019*, cit., p. 37. Énfasis en cursiva añadido. El informe añade en supuesto refrendo de su tesis la SAN 242/2017, 3 mayo 2017, que afirma que no cabe actuación sancionadora de la AEPD respecto al tratamiento de datos de un fallecido, pero sí inicio de un procedimiento de tutela de derechos, que no sancionador, para la cancelación de los citados datos. Cuestión distinta es que el derecho impetrado sea el relativo al honor (no la protección de datos) y corresponda dilucidarlo al amparo de la LO 1/1982 en los tribunales civiles, como resolvió la ya citada Resolución de la AEPD RR/00717/2019, al rechazar el recurso de reposición sobre la supresión de datos del tribunal que sentenció al poeta Miguel Hernández.

competencias de la AEPD el régimen de los contenidos y perfiles personales en redes sociales de las personas fallecidas «al no referirse a datos personales»¹¹¹.

4. INCIDENCIA DE LAS HERRAMIENTAS DE INTERNET EN LA PONDERACIÓN DE LA EXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

4.1. *Internet en la configuración de la intromisión ilegítima*

Poniendo el foco en la manera en que el art. 7 LO 1/1982 configura qué se consideran intromisiones ilegítimas, algunas sentencias se han centrado en profundizar en un par de aspectos más conflictivos que la obvia intromisión de ciertos comentarios ofensivos en un blog o la manipulación no consentida y deshonrosa de imágenes. Como paso previo, y dado que la jurisprudencia anterior a la consolidación de la web 2.0 versaba fundamentalmente sobre intromisiones producidas a través de medios de comunicación social tradicionales como, sobre todo, prensa y televisión, en cuyo terreno se sintonizaba la colisión entre derechos fundamentales, planea la cuestión de si las redes sociales pueden calificarse como un medio de comunicación social equiparable, en el que no sólo se ejerce la libertad de expresión sino también, en su caso, la libertad de información (el llamado «periodismo ciudadano»)¹¹². La respuesta depende del haz normativo desde el que se enjuicie, pero no parece determinante a efectos de valorar el carácter legítimo o ilegítimo de la intromisión en la mayoría de los supuestos¹¹³. En efecto, si se examina la normativa sobre servicios de comunicación audiovisual puede verse la rápida evolución que se ha producido desde la exclusión de las versiones electrónicas de periódicos o revistas en 2010 a la inclusión en 2018 de servicios de medios sociales en que se facilita el intercambio a través de una plataforma de vídeos generados por los usuarios¹¹⁴, con su trascendencia de cara a la responsabilidad editorial o no del prestador del servicio y el régimen de las comunicaciones comerciales; si se vuelve la vista hacia la LOPDyGDD y su nuevo título

¹¹¹ *Ibidem*, p. 18. Y cita en su apoyo el art. 2 LOPDyGDD para excluir su competencia, pues alega que la tutela que puede dispensar la AEPD se aplica «sólo a los tratamientos de datos regulados en los arts. 89 a 94».

¹¹² Sobre ello, véanse, por ejemplo, las consideraciones de GIL VALLILENGUA, *op. cit.*, pp. 172-174.

¹¹³ Naturalmente, esta afirmación merece diversos matices que no se harán ahora, por ejemplo, a la hora de aplicar los estándares de diligencia y profesionalidad en el contraste de la información que corresponde según el TS y el TC a periodistas profesionales en medios profesionales de difusión y la que podría entenderse aplicable a aficionados que transmiten información a través de sus redes sociales.

¹¹⁴ Cfr. considerando 28 de la Directiva 2010/13/UE de 10 marzo 2010 de servicios de comunicación audiovisual (transpuesta en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual) y la nueva definición de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» de su art. 1.a.bis y los considerandos 4 a 6 de la Directiva 2018/1808 de 14 noviembre 2018, que modifica aquella, según su propio título, «habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado».

sobre «derechos digitales», cabe detectar cierta equiparación entre las «redes sociales o servicios equivalentes» y los «medios de comunicación digitales» a efectos de rectificación y actualización de la información¹¹⁵, etc.

La primera cuestión que abordan las sentencias al hilo de la posible calificación de la intromisión como ilegítima es la manera en que encajan estos medios digitales en las nociones de «divulgación» o «publicación»; respecto al derecho a la intimidad, el art. 7.3 LO 1/1982 se refiere a la «*divulgación* de hechos relativos a la vida privada» 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»; y en relación con el derecho a la propia imagen, el art. 7.5 alude a la «*captación, reproducción o publicación*» de la imagen de una persona y el art. 7.6 de su «*utilización*» para fines publicitarios o comerciales. Algunas sentencias trazan al efecto una distinción entre divulgación/publicación/reproducción mediante correo electrónico (no intrusivo en algunos casos) y la realización de mismas acciones a través de una cuenta en una red social (con distinción entre perfiles públicos y privados). En relación con lo primero, la STS 540/2018, 28 septiembre 2018 (RJ 4074) abordó el supuesto en que un acreedor dirigía correos electrónicos al administrador de una sociedad audiovisual que no le pagaba y manifestaba aquel en su cuenta de *Facebook* que esa empresa «no era de fiar»; el Alto Tribunal descarta que exista intromisión contra el honor en ambos casos pero por razones distintas¹¹⁶: en el primer caso, «es también relevante que haya existido una total ausencia de publicidad, al tratarse de un correo electrónico remitido por el demandado al demandante, en respuesta a otro que éste remitió a aquél», en el que no le atribuye la comisión de un delito sino que contiene una crítica acerba en un contexto de enfrentamiento con uso de un lenguaje hiperbólico y efectista; en caso de las manifestaciones públicas en *Facebook*, el tono sarcástico puede ser molesto pero carece de entidad ofensiva suficiente a juicio del tribunal. Distinto es el supuesto del envío de manifestaciones claramente injuriosas e insultos difundidos a través del correo electrónico a varias personas, como ocurría en la

¹¹⁵ Así sucede, por ejemplo, en el art. 85 a efectos del nuevo derecho de rectificación «en Internet», cuyo apartado 2 principia con la locución «los responsables de redes sociales y servicios equivalentes» (adoptarán protocolos adecuados para el ejercicio del derecho) y continúa en el subapartado siguiente aludiendo como tales responsables de atender a la solicitud de rectificación a «los medios de comunicación digitales» (término igualmente empleado desde su título en el art. siguiente, el art. 86 («derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales»); en cambio, a efectos de derecho al olvido «en búsquedas de internet» (art. 93), esto es, retirada de enlaces en buscadores, el legislador emplea el término más genérico de «información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace».

¹¹⁶ Según el FD 3.1: «ha de diferenciarse entre las manifestaciones vertidas por el demandado en un correo electrónico dirigido al demandante y las publicadas en su cuenta de *Facebook*». El caso procede de la SAP Ourense 168/2017, 15 mayo 2017 (JUR 161041).

SAP Barcelona 685/2017, 27 diciembre 2017 (AC 1702), que condenó al demandado por intromisión en el derecho al honor de su hermano ante un envío de una carta de este tipo por correo a ocho familiares, reproduciendo su contenido también en el muro de *Facebook* del demandado. En relación con este segundo aspecto, propio de la difusión en redes sociales, diversos fallos distinguen entre las publicaciones en perfiles abiertos de *Facebook* que cualquier persona puede leer y en perfiles cerrados a los que accede un número muy limitado de personas, normalmente el círculo más íntimo de familiares¹¹⁷, de cara a entenderse producida o no la «difusión» que requieren los citados artículos. En general, los tribunales entienden que difundir esos hechos, comentarios o imágenes en una red social (como *Twitter*, por ejemplo) implica consciencia de la mayor extensión de la difusión entre los seguidores de esa cuenta¹¹⁸. Ahora bien, el factor de que la publicación de un comentario o imagen en una página web, red social o plataforma haya tenido muchas o pocas visitas reales no incide en la calificación del carácter ilegítimo de la intromisión¹¹⁹, una vez cumplido el requisito de «difusión» o «publicación», sino que es tenido en cuenta a efectos de la indemnización por daño moral (art. 9.3 LO 1/1982) y otras medidas de reparación.

La segunda cuestión de tratamiento asiduo en la práctica del foro estriba en la adaptación de los términos en que se producen las intromisiones ilegítimas en el derecho del honor según el art. 7.7 LO 1/1982 («a través de *acciones o expresiones*») al entorno de internet. La jurisprudencia ya venía recordando una y otra vez que el precepto no abarca sólo manifestaciones escritas u orales y aplica esa doctrina a creativas actuaciones con potencial ofensivo: así, ha considerado atentatorio al honor de una persona que dirige un centro de servicios médicos la creación por un competidor de una página con nombre de dominio similar que genera confusión y

¹¹⁷ *V. gr.*, es común apelar a esta escasa difusión en cuentas o perfiles privados con un número muy restringido de familiares o amigos para considerar, junto con otros factores (ausencia de comentarios despectivos, fotografía inocua desde el plano de la intimidad, etc.), que no se produjo vulneración de los derechos del menor cuando algunos familiares publican fotos de ellos en sus cuentas privadas: así, SAP Lugo 52/2017, 15 febrero 2017 (JUR 82242, *supra*, n. 70) y SAP Madrid 6 julio 2017 (AC 1201). En la SAP Badajoz 258/2017, 13 julio 2017 (RJ 227566) las descalificaciones recíprocas se produjeron en un foro de *Facebook* cerrado al público en general, en el que se participaba por invitación, a altas horas de la madrugada y con pocos participantes.

¹¹⁸ Por ejemplo, así se dice respecto a *Twitter* en la SAP Madrid 21 octubre 2015, que descarta de esta forma que la probada vulneración del honor pueda considerarse como una mera disputa privada. *Vid.* también, en relación con la repercusión pública de comentarios en la misma red social en las JPI nº 22 de Sevilla de 24 noviembre 2014 y JPI nº 40 de Madrid 27 julio 2016, citadas las tres en GAMELLA CARBALLO, *op. cit.*, pp. 181-185.

¹¹⁹ *Vid.* STS 593/2019, 7 noviembre 2019 (RJ 4591) y SAP Castellón 178/2015, 25 junio 2015 (AC 1428). *V. gr.*, en la SAP Barcelona 685/2017, 27 diciembre 2017 (AC 1702) la existencia de 238 amigos en el perfil de *Facebook* del demandado se consideró suficiente para entender producida la difusión difamatoria, con independencia de cuántos hubiesen leído efectivamente la carta.

redirige a los visitantes a una página pornográfica¹²⁰; o la ubicación en el estado de la cuenta de *WhatsApp* de una leyenda descalificatoria que resulta injuriosa hacia un tercero («no te fíes de Juan Francisco» referida a un médico)¹²¹; o la generación de enlaces en la página web propia hacia noticias que menoscaban la fama de otra persona, sabiendo quien así obra que la información es falaz¹²²; etc.

4.2. Internet en la ponderación de las excepciones legales a la intromisión ilegítima

En este punto conviene distinguir entre el consentimiento (y los usos sociales) como presupuesto legitimador de la intromisión en los derechos de la personalidad (art. 2.2 LO 1/1982) y las concretas excepciones que permiten considerar como legítima una intromisión en el derecho a la propia imagen (art. 8.2 LO 1/1982). En cuanto a lo primero, es de interés constatar cómo los tribunales van modelando la protección de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen según la doctrina de los propios actos de la persona («para sí misma o su familia») y adaptando qué toleran los «usos sociales»¹²³ (art. 2.1) y qué no¹²⁴, en particular en manifestaciones proferidas en las redes sociales. Pero, sobre todo, se mantiene la constante jurisprudencia acerca de que el consentimiento «expreso» (en el sentido de inequívoco) concedido para un concreto acto –v. gr., captación de la imagen–, no incluye permiso para otras actuaciones distintas –como publicarla o editarla; en este sentido, y en relación con fallecidos, el consentimiento otorgado por el titular del derecho de la personalidad en vida para una publicación no abarca ni la publicación en medios distintos, ni para reportajes *post mortem* ni para fines distintos de los en su día acordados¹²⁵. Desde la normativa de

¹²⁰ STS 593/2019, 7 noviembre 2019 (RJ 4591): el competidor cambió el mismo nombre de dominio original acabado en «.com» por uno acabado en «.es»; la sentencia repasa otras del Alto Tribunal en las que se adopta esa concepción amplia de qué actos pueden resultar atentatorios al honor (composiciones fotográficas, imágenes publicitarias que sugieren dedicación a la prostitución, etc.).

¹²¹ SJPI nº 1 de Moncada 30 diciembre 2015 (citada por GAMELLA CARBALLO, *op. cit.*, pp. 185-186): tanto por la frase con intención de desprestigio como por el lugar en que fue escrita, inadecuado para este tipo de frases. La sentencia recoge otras de varias audiencias con actuaciones ilegítimas a través de redes sociales (SAP Madrid 17 mayo 2013, SAP Cádiz 4 junio 2015, SAP Castellón 25 junio 2015). *Vid.* también la ya citada SAP Madrid 375/2011, 29 diciembre 2011 (JUR 2012/56173), con fotos de una usuaria de *Facebook* en su perfil con camisetas denigratorias sobre su ex marido.

¹²² STS 232/2020, 2 junio 2020 (RJ 1567).

¹²³ *V. gr.*, *vid.* las ya citadas sentencias que apelan al cariño de los familiares como uso social que puede legitimar la reproducción de imágenes de menores en perfiles o estados de redes sociales y de mensajería telemática.

¹²⁴ *V. gr.*, apela la STS 201/2019, 3 abril 2019 (RJ 1214) como uso social «el respeto al dolor de los familiares», para considerar vulnerada la memoria de un torero difunto.

¹²⁵ *V. gr.*, respecto al reuso de la imagen de un fallecido al que en su día se hizo un reportaje, SAP Madrid 4 febrero 1998 (AC 4962). Respecto a personas vivas, por ejemplo, SSTS 18 julio 1998 (RJ 6278) y 608/2004, 17 junio; en medios distintos de los consentidos, STS 24 diciembre 2004 o, en el mismo, para

protección de datos personales se puede llegar a la misma protección por la vía de los principios de limitación de la finalidad y de minimización (art. 5 RGPD), así como mediante los requisitos reforzados de prestación del consentimiento del art. 7 RGPD, respecto a consentimientos emitidos en vida por el interesado. Como bien ha señalado la sala 2ª del TS, «quien remite a una persona en la que confía una foto de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad»¹²⁶. También la sala civil del TS ha adoptado un certero y garantista enfoque acerca del consentimiento a la intromisión derivada de los actos propios de los usuarios de redes sociales al subir fotos propias en ese entorno digital; según el Alto Tribunal (SSTS 746/2016, 21 diciembre 2016 [RJ 5997], 91/2017, 15 febrero 2017 [RJ 302] y 697/2019, 19 diciembre 2019 [RJ 5259], en doctrina refrendada por la STC 27/2020, 24 febrero [RTC 27]):

«Que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya “subido” una fotografía suya que sea accesible al público en general, *no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet*. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación».¹²⁷

Como recuerda ese *corpus* jurisprudencial, el consentimiento para que el público en general pueda ver una foto propia no conlleva a autorización para publicarla o divulgarla de forma distinta; el consentimiento no puede ser general, sino para cada acto concreto y debe ser inequívoco, sin poderse entender que constituya un «acto propio» que elimine tal protección; los terceros siguen necesitando el consentimiento expreso del titular para poder publicar su imagen.

Si ahora examinamos las excepciones específicas a la consideración de ilegítima de una intromisión en el derecho de imagen, cabe apreciar la misma aproximación favorable a

finés distintos, sin contar con autorización: SSTS 3 diciembre 2008 y 2 junio 2010. Recuerda las variables prohibidas también la STC 27/2020, 24 febrero 2020 (RTC 27), FD 4º.

¹²⁶ STS (2ª) 70/2020, 24 febrero 2020 (JUR 62642), que sigue afirmando: «Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisgoneo colectivo».

¹²⁷ FD 5.3 de la STS 91/2017, 15 febrero 2017 (RJ 302). En la STS 746/2016, 21 diciembre 2016 (RJ 5997) se considera que incluso aunque por hipótesis la concernida hubiera subido fotos suyas en *top less* a la red social (cosa que no se probó) ello no autorizaría su reutilización en un *sketch* televisivo de humor, pues no presupondría su consentimiento *ad hoc*.

la defensa de este derecho frente a terceros en internet por parte de la jurisprudencia, en particular, en torno al tan alegado art. 8.2.a) LO 1/1982 y sus conceptos de «profesión de notoriedad o proyección pública» (usualmente interpretado en sentido amplio a la luz de los usos sociales) y de captación de la imagen «en lugares abiertos al público». Los tribunales vienen entendiendo que el mero hecho de tener abierta una cuenta pública en *Facebook* sin restringir las personas que pueden acceder a ella no supone *per se* que ese usuario se convierta en persona con la proyección pública requerida en el citado precepto (STS 746/2016, 21 diciembre 2016 [RJ 5997])¹²⁸. Tampoco el acceso público y sin restricciones a imágenes o datos personales de un usuario de internet¹²⁹ comporta que concurra el requisito de que la captación se haya producido en un «lugar público»: como se recordaba al inicio de este ensayo, con transcripción al efecto de la STC 27/2020, 24 febrero 2020 (RTC 27), «el entorno digital no es equiparable al concepto de “lugar público” del que habla la Ley Orgánica 1/1982», dado que al exhibir el usuario una imagen para que puedan observarla otros «tan sólo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.)», cuyo fin es la interrelación social con otros usuarios, lo que no implica consentir en su tratamiento indiscriminado por terceros¹³⁰.

Resta por plantear la cuestión de si las personas legitimadas para defender *post mortem* las incumbencias patrimoniales y morales del causante podrían prestar el consentimiento del que hablan el art. 2.2 LO 1/1982 y el art. 7 RGPD para considerar legítima la intromisión o el tratamiento de datos personales. Aunque la doctrina parece dividida al respecto¹³¹, resulta cabal distinguir en la respuesta entre la tutela de la personalidad pretérita del fallecido, respecto de la cual los legitimados (en el art. 4.2 LO 1/1982 y en los arts. 3 y 96 LOPDyGDD) sólo podrían realizar actos defensivos o conservatorios, pero no autorizar nuevas intromisiones¹³², y las autorizaciones

¹²⁸ Como señala la sentencia, «el hecho de que tuviera una página en la red social *Facebook*, como millones de personas, o de que fuera una bailarina más o menos conocida en su zona de residencia no la convertía en un personaje público que, conforme al art. 8.2 a) de la LO 1/1982, pudiera aparecer sin su consentimiento en un programa de televisión de ámbito nacional y máxima audiencia. En suma, la demandante era una completa desconocida para el gran público de “El Intermedio”».

¹²⁹ Para una explicación socio-filosófica del cambio de paradigma desde la «copresencia» característica de la reunión física en un lugar común a la llamada «presencia mediada» en un nuevo espacio de «lo público sin lugar» caracterizado por la hipervisibilidad, *vid.* NOAIN SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 191 y ss.

¹³⁰ En el mismo sentido, la STS 91/2017, 15 febrero 2017 [RJ 302], de la que la STC trae causa, y la STS 697/2019, 19 diciembre 2019 [RJ 5259].

¹³¹ Al respecto, *vid.* la amplia referencia doctrinal que aporta GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La protección...», *op. cit.*, pp. 292-297 sobre esa división que, como apuntamos en texto, no parece irreconciliable.

¹³² Según el tenor del art. 4 LO 1/1982, a las personas ahí enumeradas les corresponde «el ejercicio de las acciones de protección civil», están «legitimados para recabar la protección» (apartados 1 y 2) y, más aún, si el titular del derecho lesionado pudo haber ejercitado las acciones, estas personas carecerán de acción (*vid.* art. 6). En cuanto al art. 3 LOPDyGDD, las personas a quienes la ley encomienda velar por el

relacionadas con la vertiente patrimonial señaladamente del derecho de imagen, que sí podrán realizarse por los *herederos* del causante (sin perjuicio de las acciones del amplio elenco de legitimados para defender la *memoria defuncti*, en caso de que éstos entiendan que ese uso comercial menoscabe de alguna forma la dignidad del fallecido)¹³³.

5. PERJUDICADOS, LEGITIMADOS Y BENEFICIARIOS

Precisamente, la cuestión anterior obliga a realizar algunas precisiones sobre los sujetos involucrados cuando las lesiones objeto de análisis de producen. Ciñéndonos ahora a la protección civil que dispensa la LO 1/1982¹³⁴, es claro que la ley prima la autonomía de la voluntad al atribuir el ejercicio de acciones en primer lugar a la persona (física o jurídica) que el finado hubiese designado en su testamento (art. 4.1); sin embargo, el examen de quiénes son los demandantes en los litigios sobre esta materia revela que en la praxis apenas se hace uso de esta posibilidad¹³⁵. Por lo tanto, lo habitual es que las acciones en defensa de la personalidad pretérita las emprendan los *legitimados ex lege* que, a falta de la designación anterior, con enumeración cerrada y sin prelación entre ellos, se cifran en el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento¹³⁶; aunque el tenor legal es diáfano, en ocasiones se ha impugnado sin éxito la legitimación de esas personas¹³⁷. Sólo «a falta de todos ellos», actuará el Ministerio Fiscal, de oficio o a

tratamiento de los datos personales del fallecido sólo pueden solicitar el «acceso», «rectificación» o «supresión» de los datos, no la autorización de nuevos tratamientos con fines distintos –máxime con el argumento de que el RGPD no se aplica a las personas fallecidas y el art. 3 LOPDyGDD sólo contempla esas tres facultades–. Cfr. STS 898/2011, 30 noviembre 2011 (RJ 1640), en la que se consideró vulnerado el derecho a la intimidad familiar (solicitado por la madre y hermana de la fallecida) por la publicación de la foto del cadáver, pero en cambio no por la publicación de la foto de la fallecida en escena en que estaba viva facilitada por sus familiares al medio informativo.

¹³³ Sobre quién ha de consentir tales usos a tenor de distintas sentencias ya citadas, *vid. supra* 2 y 3.3.

¹³⁴ Sobre las personas legitimadas para actuar para obtener la protección de los datos personales y contenidos digitales del fallecido, *vid. supra* el examen realizado (apartado 3.4.2.d).

¹³⁵ En las sentencias analizadas no se ha encontrado esta situación; lo ponen de relieve también HUALDE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 121; MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 97; GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La protección...», *op. cit.*, p. 246. Se hace eco de esa habitual omisión la SJPI nº 8 de Leganés 122/2020 de 12 noviembre 2020: «es un hecho notorio que no es una designación usual en un testamento entre personas que no tienen notoriedad pública» (sentencia que, por lo demás, admite la legitimación del hermano del difunto pese a no aportarse a los autos el testamento del fallecido, ni certificado del Registro de Actos de Última Voluntad).

¹³⁶ Para un examen jurisprudencial minucioso y particularmente completo acerca de las sentencias recaídas según el familiar que ejercita la acción, de forma individual o conjunta con otros, me remito al excelente trabajo de GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La protección...», *op. cit.*, pp. 254-277.

¹³⁷ *V. gr.*, de indudable legitimación por el derecho de los padres del difunto «a que prevalezca la verdad» lo califica la STS 631/1994, 24 junio 1994 (RJ 5326); recientemente, confirma la impugnada legitimación de la hija del difunto el ATS 14 diciembre 2016 (RJ 6594). Cfr. la STS 74/2015, 16 febrero

instancia de parte interesada, si no hubieran transcurrido más de 80 años desde el fallecimiento (art. 4.3); conviene reparar en que el Ministerio Fiscal cuenta con habilitación para actuar sólo si faltan las personas anteriores, pero no si existen y no emprenden las correspondientes acciones¹³⁸. La Ley Orgánica, como ya destaca su Exposición de Motivos, distingue en su art. 6 entre la lesión *después* del fallecimiento, en cuyo caso pueden actuar las personas anteriormente enumeradas y en ese orden excluyente, y la lesión *antes* del óbito sin que el titular del derecho lesionado pudiera ejercer las acciones reconocidas en la ley, pues en caso contrario existe una presunción de que los actos no merecieron consideración de ser lesivos a los ojos del perjudicado; la acción entablada por el perjudicado en vida sí será transmisible (art. 6.4), porque, como resume ese preámbulo, «en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización».

En este punto es oportuno introducir en el discurso la noción de «*beneficiarios*» como algo distinto de los potenciales «perjudicados» por la lesión. El art. 9.4 LO 1/1982 precisa que en los supuestos del art. 6, esto es, lesiones *en vida* del causante que se ejercitan o continúan *post mortem*, «la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado»; de manera que se produce la poco lógica situación de que los legitimados para ejercer la acción no son los herederos, sino las citadas personas del art. 4, pero de prosperar las acciones, quienes se beneficiarán de la indemnización no serán necesariamente los familiares que accionaron sino las personas a quienes el testador o la ley designaron como herederos¹³⁹.

En cambio, en caso de lesión *post mortem defuncti*, legitimados y receptores de la indemnización pueden coincidir, a tenor de la solución dispensada el art. 9.4 LO 1/1982, que establece que corresponderá «a las personas a 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*». Dejando de lado los muchos matices que merece la regla, incluida la anfibológica mención de los causahabientes¹⁴⁰ o la posibilidad procesalmente controvertida de conceder indemnización a alguno de los parientes

2015 (RJ 391), que admite la legitimación de la hermana de una discapacitada que había sido denegada por la SAP A Coruña 27 marzo 2013 (por entender que ésta pudo ejercer en vida la acción).

¹³⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). Capítulo XXII», en REGLERO CAMPOS, L. F., BUSTO LAGO, J. M. (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (versión electrónica), apartado IV.1.c (circa nota 137).

¹³⁹ Para la conocida crítica a esta solución —que incluye la crítica, que comparto, a que no sean los herederos precisamente los legitimados para el ejercicio de estas acciones—, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, *ibidem*, apartado III.3.3.4. *Vid.* también ALONSO PÉREZ, «Daños causados...», *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁰ Que ha dividido a la doctrina entre quienes entienden que son causahabientes del legitimado y quienes creen que lo son del difunto perjudicado.

mencionados en el precepto sin estar personados en el proceso¹⁴¹, interesa destacar la idea de quién o quiénes resultan «*perjudicados*» por la lesión. Es obvio que si, como ya se expuso, el bien protegido es la dignidad del difunto, en sentido lato –a falta de personalidad jurídica–, éste será el perjudicado, de modo que es posible asignar la partida de la indemnización por el perjuicio (que se presume, según el art. 9.3 LO 1/1982) a medidas reparadoras del daño causado al difunto¹⁴² o bien se repartirá entre los parientes o cónyuge «afectados» como expresa ese precepto (e incluso algún fallo guiado por la lógica sucesoria ha ordenado integrar en la herencia del fallecido lo correspondiente al perjuicio a él irrogado)¹⁴³. Pero también es posible y usual que la sentencia establezca que la indemnización se concede para reparar tanto la memoria del difunto como el honor, intimidad o imagen de los propios familiares, incluso con cuantías diferenciadas¹⁴⁴, y también se han solicitado y concedido pretensiones relativas sólo al propio derecho de la personalidad del pariente o cónyuge vivo sin impetrar indemnización específica en relación con el difunto¹⁴⁵.

6. PRETENSIONES DERIVADAS DE LA DEFENSA DE LA PERSONALIDAD PRETÉRITA DEL FALLECIDO

A tenor de las normas analizadas (LO 1/1982, LO 2/1984, LOPDyGDD, RGPD) existe una amplia panoplia de acciones civiles para tutelar la memoria del difunto, que admite

¹⁴¹ *Vid.* la SAP Cáceres 138/2004 (JUR 263173), la cual revocó la indemnización asignada en instancia al hijo del fallecido por no estar personado en el proceso ni representado por los demandantes (madre y hermano del causante); en línea con la sentencia y denunciando las incongruencias procesales del régimen sustantivo, HUALDE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 142-143; en contra del resultado de la sentencia, que considera errado, GUTIÉRREZ SANTIAGO, «La protección...», *op. cit.*, p. 289, n. 162.

¹⁴² Hay autores, como SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, pp. 35-36), que proponen incluso que el límite indemnizatorio se sitúe en lo estrictamente necesario para costear las medidas de restauración de la reputación del finado.

¹⁴³ Así, en el ATS 14 diciembre 2016 (RJ 6594), en el que se inadmitió el recurso de casación contra la SAP Madrid 36/2015, 9 febrero 2015 (AC 328), que había confirmado la indemnización establecida en instancia, que distinguía las partidas de 40000 + 100000 euros a la hija del padre difunto sobre el que recayeron las manifestaciones consideradas injuriosas y de 20000 + 50000 euros como indemnización para el difunto, que se entenderá comprendida en su herencia.

¹⁴⁴ *V. gr.* STS 631/1994, 24 junio 1994 (RJ 5326); STS 794/2013, 16 diciembre 2013 (RJ 7840), que cifró la indemnización por intromisión en la intimidad de la madre fallecida en 40000 euros y la intromisión en la propia de los hijos toreros en otros 40000; ATS 14 diciembre 2016 (RJ 6594), citado en la nota anterior; *vid.* también la STS 201/2019, 3 abril 2019 (RJ 1214), FD 4.8.

¹⁴⁵ A modo de ejemplo, la segunda STS sobre el «caso Paquirri», STS 10 abril 1989 (RJ 3260) que concedió indemnización sólo para su viuda tras el pronunciamiento de la STC 231/1988; en la SAP Madrid 189/2008, 11 abril 2008 (JUR 179872) la hija del difunto al que se imputaba la existencia de hijos extramatrimoniales solicitó sólo intromisión en su propio honor (lo que le fue denegado por la posible veracidad de la información); la STS 319/2014, 5 junio 2014 (RJ 3301), siguiendo el criterio del TC, que no reconoció violación del derecho fundamental de la madre fallecida, pero sí del hijo, rebajó la indemnización de la Audiencia de 300000 euros para ambas personas a 200000 sólo para el hijo.

numerosas clasificaciones y que, en cualquier caso, comprende acciones cautelares¹⁴⁶ y de condena, de cesación y eliminación (en el propio medio digital, en buscadores, etc.), de réplica y rectificación¹⁴⁷, de publicación de la sentencia, de indemnización del daño moral e incluso de apropiación del lucro obtenido con la intromisión ilegítima. Dejando ahora a un lado las específicas facultades de los legitimados para proteger los datos personales y contenidos digitales del fallecido, que en sustancia estriban en acceder, rectificar y eliminarlos (arts. 3 y 96 LOPDyGDD)¹⁴⁸, nos centraremos en algunas de las pretensiones más características y aplicadas de la LO 1/1982, recogidas en su art. 9, que resulta íntegramente aplicable en la defensa de la personalidad pretérita habida cuenta de la falta de precisiones o recortes al respecto en sus arts. 4 a 6 (sobre los legitimados para ejercer las acciones). Ahora bien, como señala la SAP Madrid 542/2016, 30 diciembre 2016 (AC 2373)¹⁴⁹, «la tutela judicial no se agota en las previsiones expresamente enumeradas en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 por cuanto en el mismo se permite adoptar, sin carácter de *numerus clausus*, cualquier otra medida tendente a poner fin a la intromisión ilegítima, entre la que se comprende la decretada en relación con la desaparición de la noticia de los archivos digitales»; e incluso es posible aplicar el derecho al olvido, pues «la retirada en los buscadores generales de la noticia cuando ha infringido el derecho a la intimidad, con el consiguiente cese de su difusión, es una consecuencia accesoria a la condena y responde a la petición deducida por el demandante, correspondiendo a los demandados garantizar la eliminación de tales enlaces en la red empleando para ello cuantos medios sean necesarios a tal fin».

a) En cuanto a las medidas de *cesación*, con los límites propios del principio dispositivo en el proceso civil en función de quién sea demandado, cabría distinguir entre la cesación de la intromisión ilegítima y remoción o eliminación de los contenidos ilícitos respecto a la fuente original en que se publicaron (página web, foro, blog, periódico digital, red social o servicio equivalente, etc.) y respecto a las réplicas que de ese acto lesivo se hicieron en otros medios (además del elenco anterior, y teniendo en cuenta la ponderación de derechos concurrentes a la libertad de información y expresión,

¹⁴⁶ V. gr., no se concedió la medida cautelar solicitada de cerrar un grupo en *Facebook* («Salvemos al Padre Abel»), pues el demandante había consentido libremente en el uso de imágenes por el resto del grupo, entre otros argumentos.

¹⁴⁷ Recuérdese que junto con el tradicional derecho de rectificación de la LO 2/1984, la LOPDyGDD de 2018 ha establecido el genuino derecho de rectificación en internet (art. 85) y de actualización de informaciones en medios de comunicación digitales (art. 86), examinados *supra* (4.4.2.d).

¹⁴⁸ Para su examen, *supra* 4.4.2.d.

¹⁴⁹ Que fue casada por la STS 101/2018, 28 febrero 2018 (RJ 1740), no por las medidas en sí, sino porque el TS consideró que no existió intromisión en el derecho a la intimidad del aristócrata y empresario fallecido cuyo testamento se divulgó en *El País*.

incluido el reportaje neutral, cabe mencionar los enlaces web y los buscadores). Conviene también distinguir entre la *responsabilidad propia del usuario* que comete la intromisión ilegítima con sus comentarios difamatorios, reproducciones no consentidas de imágenes ajenas o revelaciones atentatorias contra la intimidad del fallecido y su familia¹⁵⁰ y la *responsabilidad por hecho ajeno que, a la luz de la normativa sobre los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, corresponde a las plataformas de intermediación que alojan esos contenidos cuando no actuaron con la diligencia debida para retirarlos ante la notificación¹⁵¹ de los legitimados para la defensa de la personalidad pretérita. Naturalmente, una correcta redacción de los *petita* de la demanda, identificando bien los derechos que se ejercitan y su soporte legal, así como las personas sobre las que se pretende la acción de condena (el usuario, la red social o sitio web, el buscador)¹⁵² conseguirá una mejor tutela inhibitoria, tan difícil de conseguir en el entorno digital por las réplicas, reenvíos, copias en diversos servidores y otros actos que generan el conocido carácter casi imperecedero de la información en la red.

b) En relación con 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*» (art. 9.2.a LO 1/1982), surgen cuando menos tres problemas sobre dónde, cómo y

¹⁵⁰ También cabe pensar en la responsabilidad propia de quien comparte mensajes y enlaces y «retuitea» o contribuye a difundir el acto de intromisión ilegítima: al respecto, *vid.* HERRERA DE LAS HERAS, *op. cit.*, p. 73 y ss., que aborda también la posible responsabilidad de los *community managers* y los llamados *informers* anónimos (p. 69 y ss.).

¹⁵¹ *Vid.* arts. 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE 8 junio 2000 sobre comercio electrónico (y arts. 13 a 17 de la Ley 34/2002 11 julio 2002 [LSSI]). Puede comprobarse el estado de la jurisprudencia europea al respecto en la STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek* (TJCE 215), precisamente en un supuesto de difamaciones a través de *Facebook*. Para una revisión crítica del régimen de los intermediarios de alojamiento de contenidos en la Directiva de comercio electrónico y su comparación con el nuevo régimen del art. 17 de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor, por todos, ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El Derecho privado ante el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 343-383. Puede cotejarse el texto de las principales sentencias recaídas en los tribunales españoles sobre esta materia en el blog de PEGUERA POCH, Miguel, *Responsabilidad en internet*, disponible en <https://responsabilidadinternet.wordpress.com/casos-civiles/> (última consulta: 25.7.2020).

¹⁵² Por ejemplo, en la SAP Ourense 168/2017, 15 mayo 2017 (JUR 161041) –confirmada por la STS 540/2018 (RJ 4074)– se expresa que no se entra a valorar en apelación la posible difusión por *Twitter* (la demanda era sobre comentarios en *Facebook*) por el silencio de la demanda al respecto. El fallo de la significativa STS (Pleno) 91/2017, 15 febrero 2017 (RJ 302) condena, entre otras cosas, a *La Opinión de Zamora S. L.* «a retirar la fotografía del demandante [tomada de *Facebook*] de la notica a que se refiere esta demanda, de cuantos ejemplares de la publicación se hallaran en los archivos del periódico y a no volver a publicarla en ningún soporte»; la noticia se había publicado en la edición en papel y en la digital. La SJPI nº 8 de Leganés 122/2020, de 12 noviembre 2020 condena a eliminar el tuit difamatorio, en caso de no haberlo hecho ya.

cuánto tiempo ha de realizarse esa publicación en entornos digitales. En primer lugar, parece evidente que la sentencia deberá publicarse en la misma fuente en que se cometió la intromisión ilegítima, sea un periódico digital¹⁵³, una cuenta de *Twitter*¹⁵⁴, una cuenta o muro de *Facebook*¹⁵⁵ o de *Instagram*¹⁵⁶, en la página web propia del infractor¹⁵⁷, en un grupo de difusión de *WhatsApp*, *Telegram* u otros servicios de mensajería instantánea, o incluso en el estado de *WhatsApp*¹⁵⁸, si la intromisión ilegítima tuvo lugar por ese medio. Más incierto es que la sentencia haya de publicarse en cuentas o páginas que se limitaron a reproducir o reenviar el acto de intromisión ilegítima¹⁵⁹, lo cual debe dictaminarse *ad casum* principalmente a la luz de su contraste con los derechos de información y expresión y el juego del principio de veracidad y diligencia en el contraste de la información. La *forma* de publicar la sentencia viene acomodándose por los tribunales al canon establecido por el art. 9.2.a) LO 1/1982, esto es, puede ser total o parcial con miras a conseguir la misma difusión que la intromisión; de manera que es usual ordenar la publicación de un resumen o extracto de la sentencia¹⁶⁰, en lugar de la parte dispositiva del fallo, o incluso la propia sentencia

¹⁵³ Así, *v. gr.*, SAP Madrid 542/2016, 30 diciembre 2016 (AC 2373, posteriormente revocada en casación), STS 91/2017, 15 febrero 2017 (RJ 302), STS 641/2019, 26 noviembre 2019 (RJ 4968), STS 679/2019, 19 diciembre 2019 (RJ 5259) o STS 384/2020, 1 julio 2020 (JUR 202679).

¹⁵⁴ STS 384/2020, 1 julio 2020 (JUR 202679). Cfr. *infra* los detalles de la SJPI nº 8 de Leganés 122/2020 de 12 noviembre 2020.

¹⁵⁵ Al margen de muchas otras ya citadas donde se accedió a esta pretensión condenatoria, en la STS 540/2018, 28 septiembre 2018 (RJ 4074), en la que no se consideró que concurriera intromisión contra el honor del demandante, se solicitaba publicar 7 días seguidos el fallo en el muro de *Facebook* del demandado.

¹⁵⁶ Cfr. SAP Tarragona 327/2019, 12 diciembre 2019 (AC 100), glosada en nota posterior.

¹⁵⁷ STS 593/2019, 7 noviembre 2019 (RJ 4591), en la que se condenó a publicar un resumen de la sentencia en la web creada *ex profeso* para perjudicar a un competidor (y se aclara que la publicación del resumen y no de la sentencia, cambiando así el criterio de la Audiencia, no supone que la estimación de la demanda deje de ser total).

¹⁵⁸ Así, en la citada SJPI nº 1 de Moncada 30 diciembre 2015, en la que se condenó a que en ese mismo estado de *WhatsApp* apareciese durante 60 días la frase «Mediante sentencia de fecha 30-12-2015, G.M.P fue condenada por la intromisión ilegítima en el honor de F.S.O.». Cfr. sobre un supuesto cercano la STS (5ª) 54/2016, 10 mayo 2016 (RJ 2469).

¹⁵⁹ La demanda origen del pleito resuelto por la SAP Tarragona 327/2019, 12 diciembre 2019 (AC 100) solicitaba la publicación de la sentencia durante 90 días en la cuenta de *Instagram* de la menor demandada (por injurias hacia su padre) y en la cuenta de un *influencer*; la sentencia entiende que sí se produjo la intromisión ilegítima –y condena por ello a una indemnización de 1000 euros a la progenitora– pero descarta la publicación porque al ser menor de edad podría ser una medida perjudicial para ella, de manera que se trata de salvaguardar también su interés; en este último sentido también la STS 409/2014, 14 julio 2014 (RJ 4529) y SAP Madrid 5/2015, 2 marzo 2015 (AC 353). Por su parte, la STS 384/2020, 1 julio 2020 (JUR 202679) condenó a la publicación de la sentencia en la versión papel y digital de *ABC* y en la cuenta de *Twitter* del periodista, pero confirmó la sentencia de instancia que descartó su publicación en otros medios, «por no haber sido empleados para difundir la información ofensiva», según la SJPI.

¹⁶⁰ Entre los casos más recientes, objeto de este estudio, puede verse este proceder por vía de resumen en las SSTS 91/2017, 15 febrero 2017 (RJ 302) y 593/2019, 7 noviembre 2019 (RJ 4591).

dispone en ocasiones qué partes concretas de ella deben reproducirse, como ocurre para acomodarse a la limitación de espacio del medio de difusión (como ocurre con los mensajes de *Twitter*)¹⁶¹; la sencillez de enlazar en la actualidad a bases de datos abiertas con el contenido íntegro de la sentencia sin duda habría de facilitar la combinación de la publicación del resumen con vínculo electrónico al texto íntegro. En cuanto al *tiempo que la sentencia debe mantenerse publicada*, dado que la periodicidad de las ediciones escritas no tiene el mismo significado en las publicaciones digitales, fácilmente recuperables de forma ácrona en cualquier momento posterior a la publicación original, y dado que tampoco las visitas a los perfiles de las redes sociales de los usuarios infractores son necesariamente regulares, ese tiempo de publicación en las páginas web, perfiles, estados o tabloneros/muros digitales infractores es variable y adaptado a las circunstancias generadas por la infracción y puede ir de días a meses¹⁶². Por último, aunque literalmente la publicación de la sentencia es una medida expresamente contemplada en el art. 9.2.a) para el restablecimiento del perjudicado ante intromisiones en su *honor*, diversos fallos han ampliado su aplicación a otras intromisiones ilegítimas (v. gr., intimidad)¹⁶³.

c) De los diversos aspectos dignos de reseña¹⁶⁴ en cuanto a la *indemnización por daño moral*, basada en un perjuicio que se presume siempre que se acredite la intromisión ilegítima, interesa en particular glosar los parámetros con que los tribunales ajustan la cuantía a las directrices que contiene el art. 9.3 LO 1/1982. Según éste, la indemnización «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». Los tribunales han tomado en consideración estas pautas:

- *La difusión propia en el canal digital de comunicación del infractor* (su página web, el periódico digital en que publica, la propia cuenta en redes sociales como *Facebook*, *Twitter* o *Instagram*, etc.). Con la premisa de que cualquier

¹⁶¹ Así, el fallo de la SJPI nº 8 de Leganés 122/2020 de 12 noviembre 2020 toma en consideración (FD 7º) la limitación a 144 caracteres de los *tuits* y condena al infractor «a publicar en su cuenta de la red social *Twitter* un mensaje con el siguiente contenido “Sentencia condenatoria por vulneración del derecho al honor de D. M. L. R.» con un enlace al encabezamiento y el fallo de esta resolución, manteniendo dicha publicación durante al menos tres meses», habida cuenta de los muchos meses que el infractor mantuvo publicado el mensaje incluso tras la interposición de la demanda. Adicionalmente, adopta la previsión de que, si a la fecha de cumplimiento no fuera posible la publicación por haber desaparecido la red social o haber eliminado su cuenta el demandado, deberá publicar el encabezado y fallo de la sentencia en dos periódicos de ámbito nacional.

¹⁶² En la selección de las notas anteriores puede verse algunos ejemplos de lapsos de publicación solicitados y concedidos.

¹⁶³ En este sentido, SAP Madrid 542/2016, 30 diciembre 2016 (AC 2373).

¹⁶⁴ Vid. el apartado 5 sobre los perjudicados y los beneficiarios y las remisiones ahí contenidas.

manifestación vertida en internet «multiplica exponencialmente», *de facto* o como posibilidad, el daño a los derechos de la personalidad¹⁶⁵ y que la reproducción puede producirse en cualquier momento y lugar¹⁶⁶, los tribunales han valorado para cuantificar la indemnización bien el *número de visitas* a la concreta entrada en ese medio de comunicación digital¹⁶⁷, bien el *número de «amigos» o seguidores* del infractor en la red social en que se produjo la intromisión¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Lo resalta la STS (2ª) 70/2020, 24 febrero 2020 (JUR 62642), la cual, consciente de ese riesgo llega a considerar dentro del tipo penal del art. 197.7 CP cumplida la acción de «difundir» cuando sin autorización de la afectada «se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona».

¹⁶⁶ Ya la STS 10 abril 1989 (RJ 3260), en la segunda sentencia del Alto Tribunal sobre el «caso Paquirri», hacía hincapié en ese aspecto respecto a las 55 cintas de vídeo que comercializó la sociedad demandada (y deslindaba de cara a la cuantía de la indemnización la difusión importante que alcanzaron las imágenes al ser también retransmitidas por RTVE, lo cual no se tuvo en consideración a efectos de la responsabilidad de la demandada). La jurisprudencia reciente ha resaltado el rasgo de la ubicuidad y multiplicación de los accesos propiciados por los motores de búsqueda: así, SSTJUE 13 mayo 2014 (C-131/12, *Google Spain*, TJCE 85), § 80; STS 15 de octubre de 2015 (RJ 4417), FD 7.4; STC 58/2018 4 junio 2018 (RTC 58), las dos últimas sobre las hemerotecas digitales de los propios periódicos y la relación entre sus buscadores internos y los generalistas. Como señala GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (*op. cit.*, p. 6, § 17), «el peligro potencial que supone para la intimidad de la persona la actividad de los motores de búsqueda es mayor que el que representa el editor de una página web».

¹⁶⁷ *V. gr.*, la SAP Castellón 178/2015, 25 junio 2015 (AC 1428) consideró que existía intromisión ilegítima en el honor por manifestaciones en un foro, pero redujo la indemnización a 2000 euros por la escasa difusión entre las pocas personas de ese foro, sin trascender a terceros. También la STS 593/2019, 7 noviembre 2019 (RJ 4591) entendió que las escasas entradas en la página web infractora, que no llegó a estar indexada en los buscadores, avalaba la que considera escasa pero correcta indemnización concedida por el JPI (3000 euros).

¹⁶⁸ *V. gr.*, la SAP Asturias 19 enero 2017 (AC 532) entendió que la lesión al honor por un usuario de *Facebook* a cuya cuenta accedían regularmente 400 personas era un factor que, junto con la moderada gravedad de los hechos, avalaba una indemnización de 1200 euros; la SAP Barcelona 685/2017, 27 diciembre 2017 (AC 1702) tomó en consideración los 238 «amigos» en *Facebook* de la cuenta del infractor como una de las circunstancias consideradas al elevar a 4000 euros la indemnización concedida por la lesión al honor del demandante. La SJPI nº 8 de Leganés 122/2020 de 12 noviembre 2020 tiene en cuenta que el mensaje difamatorio en *Twitter* no sólo fue reproducido en un programa de televisión y se mantuvo mucho tiempo en una red con millones de usuarios en la que 1349 usuarios lo habían reproducido y acumuló 2335 «me gusta», lo cual, sumado a la muy superior difusión de las declaraciones en rueda de prensa del otro condenado solidariamente (reproducidas en prensa en papel y digital y en programas de televisión), hace cifrar la indemnización en 80.000 euros (frente a los 300.000 solicitados por el hermano del difunto).

- *La difusión ajena cuando se produce un reflejo en otros medios de comunicación (digitales o analógicos) de las acciones o manifestaciones o cuando se reenvían o «retuitean» masivamente*¹⁶⁹.
- *El tiempo durante el que el acto de intromisión ilegítima estuvo disponible en el ámbito virtual, por ejemplo, antes de ser retirado un comentario o fotografía de una red social*¹⁷⁰. Como ya se ha glosado en otros pasajes de este ensayo, el factor tiempo, en relación con los difuntos y la posible operatividad del derecho al olvido, también desempeña un importante papel en la dilución, por una parte, del interés público de ciertas noticias acaecidas hace mucho tiempo y, por otra, del factor reputacional como obstáculo a la indagación histórica.

Por último, a la siempre difícil tarea de cuantificar el daño moral se suma la dificultad de determinar con exactitud el alcance de la difusión digital, esto es, el número de destinatarios que llegaron a conocer la actividad lesiva y el montante de beneficios obtenidos, en su caso, por el infractor¹⁷¹, de manera que sólo una diligente actividad probatoria del demandante y una prudente consideración del juzgador de circunstancias, gravedad y difusión conducirán a una indemnización adecuada al caso concreto¹⁷².

¹⁶⁹ La STS 641/2019, 26 noviembre 2019 (RJ 4968) tuvo en cuenta no sólo la publicación en el principal diario digital de Las Palmas, sino la difusión en la página web de otros dos periódicos. La STS 232/2020, 2 junio 2020 (RJ 1567) sólo valora en la indemnización la difusión conseguida desde la web de un abogado que enlazó a una noticia falaz publicada por una asociación odontológica (que él mismo representaba), no por la difusión desde la propia asociación, ni por la reproducción de la noticia en *ABC* y en numerosos diarios digitales; no se dio por probado que fuese él quien elaboró la noticia difundida por la asociación de la que traía causa la vulneración del honor de un dentista. Cfr. en nota anterior las consideraciones de la STS 10 abril 1989 (RJ 3260) sobre difusión en otros medios distintos de los del infractor.

¹⁷⁰ En este sentido, la SAP Barcelona 685/2017, 27 diciembre 2017 (AC 1702, «el tiempo durante el cual el mensaje estuvo colgado en *Facebook* es, sin duda, un dato relevante, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo»; en el caso no se consiguió probar que fueran más de unas horas) y la SAP Badajoz 258/2017, 13 julio 2017 (RJ 227566, el contenido se borró a las pocas horas por la administradora del foro y el demandado se retractó en él).

¹⁷¹ Hace mérito de esa dificultad la SAP Madrid 542/2016, 30 diciembre 2016 (AC 2373).

¹⁷² Excluidas en la actualidad las indemnizaciones simbólicas, como recalca, entre otras, la STS 232/2020, 2 junio 2020 (RJ 1567). Cfr. el euro a que condenó la SAP Guipúzcoa 2225/2004, 27 junio 2004 (JUR 293409) por reproducción no consentida de una imagen del fallecido padre de la demandante en la publicidad de un producto.

BIBLIOGRAFÍA

ADSUARA VARELA, Borja, «Derechos de rectificación, supresión (olvido) y portabilidad (de los datos) y de limitación y oposición (al tratamiento)», en RALLO LOMBARTE, A. (dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 313-352.

ALONSO PÉREZ, Mariano:

— «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», Ponencia presentada en III Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, 2003, pp. 1-41 (disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html> [Consulta: 10 julio 2020]).

— «La protección de la personalidad pretérita: regulación positiva», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro Homenaje al prof. Albaladejo*, Colegio de Registradores de la Propiedad-Universidad de Murcia, 2004, I, pp. 117-138.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El Derecho privado ante el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 343-383.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Bosch, Barcelona, 2008.

BODAS DAGA, María Eugenia, *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Barcelona, Bosch, 2007.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Breves notas sobre la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen», *Diario La Ley* (1999-1), pp. 1577-1586.

CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *El derecho moral de autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio:

— «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, 59 (2019), pp. 375-432 (también disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf [Consulta: 10 septiembre 2020]).

— «¿Vida (digital) eterna o muerte digna en la nube? La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89 (2020), pp. 56-69.

CASTILLA BAREA, Margarita, «Las libertades de expresión e información frente al derecho a la protección de datos y otros derechos de la personalidad en la nueva LO 3/2018. Especial consideración del derecho de rectificación en Internet», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 439-503.

COBAS COBIELLA, María Elena, «Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión», *Revista Boliviana de Derecho*, 15 (2003), pp. 112-129.

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón:

— «La protección constitucional del derecho al honor», en DE VERDA BEAMONTE, J. R. (coord.), *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

— «Uso de imagen tomada de perfil de *Facebook* para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 6 (2017), pp. 1-12.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», *Diario La Ley*, nº 7675 (julio 2011) (La Ley 13921/2011).

DÍAZ ALABART, Silvia, *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 10 febrero 2020, RAJL Madrid, 2020.

DURÁN RIVACOBIA, Ramón, «Herencia y testamento digitales», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 239-305.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales», en FAYOS GARDÓ, A. (coord.), *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 61-85.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «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 DÍEZ DEL CORRAL, L. (coord.), *Historia y pensamiento. Homenaje a Luis Díez del Corral por la Universidad Complutense*, Eudermia, Madrid, 1987, I, pp. 225-240.

GAMELLA CARBALLO, Sandra, *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías*, Sepin, Madrid, 2018.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, Ignacio, «La regulación del “derecho al olvido” en los arts. 17 y 21 del RGPD y en el art. 93 de la LOPDGDD», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 373-437.

GIL VALLILENGUA, Lucía, «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 14 (diciembre 2016), pp. 161-190.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar:

— «La llamada “personalidad pretérita”: datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 5 (2016), pp. 201-238.

— «La protección civil *post mortem* de los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen vs. datos personales de los fallecidos y otras dimensiones de la llamada “personalidad pretérita”)», en GARCÍA AMADO, J. A. (coord.), *Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 207-364.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*, Reus, Madrid, 2017.

HUALDE SÁNCHEZ, Javier, «La protección *post mortem* de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Bienes de la personalidad (XIII Jornadas de la APDC)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 2008, pp. 93-150.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones. I. Parte General. Sucesión Voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, «El derecho de rectificación ante informaciones falsas o inexactas, con especial mención de las publicadas en Internet», *Revista de Derecho Civil*, VII.4 (julio-septiembre 2020), pp. 137-181.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Los derechos de la personalidad», en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho Civil. I. Derecho Privado. Derecho de la persona*, 5ª ed., Colex, Madrid, 2015, pp. 557-593.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria, «Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *Derecho privado y Constitución*, 35 (2019), pp. 169-212.

MINERO ALEJANDRE, Gemma, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

NOAIN SÁNCHEZ, Amaya, *La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*, AEPD/BOE, Madrid, 2015.

OTERO CRESPO, Marta:

— «Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GARCÍA RUBIO, M. P. (coords.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1107-1130.

— «La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil*, VI.4 (2019), pp. 89-133.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, «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”», *Actualidad Civil*, 2 (2003), pp. 495-518.

PEGUERA POCH, Miguel, *Responsabilidad en internet*, disponible en <https://responsabilidadinternet.wordpress.com/casos-civiles/> (Consulta: 25 julio 2020).

RECIO GAYO, Miguel, «Derecho al olvido: notas sobre su evolución y futuro en la Unión Europea», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89 (2020), pp. 84-95.

SALVADOR CODERCH, Pablo, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987.

TRONCOSO REIGADA, Antonio, «Artículo 1. Objeto de la ley», ARENAS RAMIRO, M., ORTEGA GIMÉNEZ, A. (dirs.), *Protección de datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin, Madrid, pp. 48-52.

VENDRELL CERVANTES, Carles, *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de los derechos de imagen*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

YSÁS SOLANES, María, «La protección a la memoria del fallecido en la LO 1/1982», AA.VV., *Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1988, VI.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). Capítulo XXII», en REGLERO CAMPOS, L. F., BUSTO LAGO, J. M. (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (versión electrónica).

Fecha de recepción: 04.10.2020

Fecha de aceptación: 04.12.2020