LA PROTECCIÓN DE LA IMAGEN DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

ABG. LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO*

“La memoria (...), es también lazo de unión entre vivos y muertos, fragua la historia individual y colectiva, es pieza necesaria del motor que hace andar a la sociedad generación tras generación. A una República sana interesa que no se denigre o menoscabe la buena memoria de los difuntos”.

Mariano Alonso Pérez

SUMARIO:

1. A propósito del derecho a la propia imagen y su reconocimiento constitucional. 2. Derecho a la propia imagen y muerte. 3. La protección *post mortem* de la imagen en la codificación civil contemporánea. 3.1. La protección *post mortem* de la imagen en el Código civil cubano. 4. ¿Puede la persona en vida disponer las reglas de la protección *post mortem* de su propia imagen? 4.1. La imagen *post mortem* del Papa en la Constitución *Universi Dominici Gregis*. 5. La resurrección digital de las personas fallecidas. 5.1. Resurrección digital, imagen de las personas fallecidas y derechos de autor. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho civil, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Presidente del Tribunal nacional permanente de grados científicos para las ciencias jurídicas, Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho civil y familia y vicepresidente del Notariado Cubano.

1. A PROPÓSITO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Entre las novedades de la nueva Constitución cubana, proclamada el 10 de abril de 2019, está el reconocimiento entre los derechos -doctrinalmente catalogados de fundamentales- del derecho a la propia imagen, cuya autonomía, discutida en un inicio, hoy cada vez se va consolidando, regulándose como tal en algunas de las Constituciones de Iberoamérica¹, entre las que se destaca la cubana, y en algunos códigos civiles, tanto iberoamericanos como europeos, sobre todo los de factura más reciente².

El reconocimiento del derecho a la propia imagen como uno de los derechos fundamentales y a la vez derecho de la personalidad realza la protección de la persona como centro del Derecho en derredor de la cual gravita todo el ordenamiento jurídico. Es una manera de proteger la personalidad y, en el ámbito del Derecho civil, un modo de centrar la atención en las situaciones existenciales, desplazadas a lo largo de la historia hacia las de naturaleza patrimonial. Como expresa un autor

¹ Artículos 46.7 y 66.18 de la Constitución de Ecuador; artículo 2, segundo párrafo, de la Constitución de El Salvador; artículo 21.1 de la Constitución de Bolivia; artículo 60, primer párrafo, de la Constitución de Venezuela; artículo 44, primer párrafo, de la Constitución de República Dominicana; artículo 18.1 de la Constitución de España; artículo 2.7, primer párrafo, de la Constitución del Perú; artículos 25, primer párrafo, y 33, segundo párrafo, de la Constitución del Paraguay; artículos 76 y 182.2, segundo párrafo, de la Constitución de Honduras; artículo 5.V y X de la Constitución del Brasil.

² Así, en el artículo 16 del Código civil de Bolivia, artículo 15 del Código civil del Perú, artículo 53 del Código civil y comercial de Argentina, artículos 47 y 48 del Código civil de Costa Rica (reformados por la Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996) y artículo 36 del Código civil de Quebec. Y en el continente europeo destacan entre otros el artículo 10 del Código civil de Italia, el artículo 79 del Código civil de Portugal, los artículos del 84 al 90 del Código civil de la República Checa y los artículos 2:58 y 2:50 del Código civil de Hungría.

francés al estudiar el tema desde la óptica del *Code*, “[c]abe sostener, en efecto, que los juristas romanos o del Derecho antiguo no se habían en general preocupado del respeto de la personalidad (...) y que el legislador del Código civil, desprovisto de ‘precedentes’, olvidó de modo involuntario regular la protección de la personalidad. Pero cabe sostener también que, después de la Declaración de los Derechos del Hombre, pareció superflua la protección de la persona en el plano del Derecho privado: el silencio del legislador sería, según eso, deliberado”³. En efecto, los códigos decimonónicos, cuya principal inspiración fue el *Code*, fueron esencial y casi exclusivamente patrimonialistas, centrados en la propiedad, el contrato y en la herencia, mucho más que en la persona. Lo que parecía el sentido común y la lógica no funcionaron en absoluto y el péndulo giró hacia una dirección equivocada. El propio paradigma de la codificación moderna, al que se volcaron todas las miradas, apareció más como un *derecho del patrimonio* que como un *derecho de las Personas*, “y no es de extrañar que los privatistas franceses del siglo xix no se hayan apenas asomado al problema de la protección de la persona. Los derechos de la persona humana eran solamente estudiados en el ámbito del Derecho natural o de la Filosofía (...)”⁴.

El reconocimiento del derecho a la propia imagen como un derecho autónomo o independiente ha sido el resultado de un largo proceso de sedimentación doctrinal y jurisprudencial⁵. Este “surge del hecho

³ Roger Nerson, *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés*, trad. José María Castán Vázquez, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 19.

⁴ *Ibidem*, pp. 19-20.

⁵ Así, en países como Colombia, en el que no existe incluso en la Constitución de 1991 un reconocimiento del derecho a la propia imagen como derecho autónomo, la jurisprudencia nacida de la interpretación del texto constitucional por la Corte Constitucional ha dejado claro tal autonomía y su contenido esencial “a través de tres facetas: [Sentencia T-379 de 2013] (i) la autodefinición de la imagen propia: la autonomía de cada individuo para determinar desde el punto de vista estético su propia imagen o autodefinir su ser, como quiere verse y como que lo perciban los demás, la dimensión de autodefinición del ser (en cuanto a su aspecto físico, el nombre, la voz, entre otras); (...) (ii) la utilización de la imagen, que incluye dos aspectos, a) el positivo relacionado con la potestad de la persona de decidir qué parte de su imagen será difundida y qué parte no -ya sea de manera onerosa o gratuita-, pudiendo incluso autorizar a un tercero la utilización de su imagen, y b) negativo, referido a la posibilidad de prohibir la obtención, utilización o reproducción no autorizada de la imagen de una persona; y (iii) la imagen social, que comprende la caracterización que una persona logra de sí misma en la sociedad y que le permite identificarse plenamente

que el ser humano está en el mundo de forma corpórea o física, esta realidad de la persona es una de las fuentes de datos e información más importante sobre los individuos, al ser susceptible de ser captada la figura humana como cara externa de la persona, a través de distintos medios e instrumentos”⁶.

Como ha expresado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “*Con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas*” (Sentencia No. 04559 – 2019, de 15 de marzo de 2019, recaída en proceso de amparo constitucional, ponente: Magistrada Hernández López). Para la Corte Constitucional de Colombia, “[e]l valor que se le atribuye jurídicamente a la imagen de las personas está asociado a la relación que existe entre los rasgos

frente a los demás” (Sentencias T-379 de 2013 y T-090 de 1996). Según se deja sentado en la Sentencia T-546 de 11 de octubre de 2016 (Magistrado ponente: Palacio Palacio). En la Argentina, se ha dejado sentado que “*el derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece. Toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión cuando ésta es hecha sin autorización, a menos que se den circunstancias que tengan en miras un interés general que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho (CNCIV., 28/6/88. JA, 1989-I-89)*”. Y más recientemente se ha dicho que “*el reconocimiento de un derecho personalísimo a la imagen ha generado numerosas consideraciones y también controversias en la doctrina y la jurisprudencia, nacionales y extranjeras. Partiendo de la discusión relativa a su autonomía con respecto a otros derechos subjetivos, continuando con la calificación de su naturaleza y la determinación de su contenido, y concluyendo con los aspectos relativos a su disponibilidad, protección y explotación económica, este derecho ha sido objeto de un proceso de construcción conceptual, producto de la tarea de los diversos operadores jurídicos*”. Olmedo Herrera, Alberto Orlando vs. YPF S.A. y otros. Daños y perjuicios, CNCiv. Sala M; 17/11/2020; Rubinzal Online; 115914/2013 RC J 7990/20.

⁶ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, en *Revista Ius et praxis*, año 13, no. 2, pp. 245-285 (p. 260).

exteriores que concretan la individualidad del ser humano, la personalidad y la dignidad, lo cual justifica que su utilización no esté librada al arbitrio de terceros. Bajo esa comprensión se ha desarrollado la noción del derecho a la propia imagen, definido por la jurisprudencia como la libertad del sujeto de decidir en qué eventos y bajo qué condiciones otras personas tienen la posibilidad de captar, publicar, reproducir o comercializar su imagen” (Sentencia T-904 de 2013, de 3 de diciembre, Magistrada ponente: Calle Correa).

2. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y MUERTE

Hay consenso -al menos eso suele percibirse- en la doctrina de que los derechos de la personalidad o derechos personalísimos, dentro de los que se incluye el derecho a la propia imagen, al extinguirse la personalidad con la muerte, ellos igualmente se extinguen al depender su existencia de aquella. *Ergo*, fallecida una persona, y extinguirse su personalidad, decae toda vitalidad de tales derechos. Empero, ¿cabría argüir que aún fenecida la persona, y aún extinguida su personalidad, podremos borrar el pasado? Como apunta en un sugerente título de un artículo recientemente publicado el profesor de la Universidad de Buenos Aires Leiva Fernández, ¿es lo mismo estar muerto que no haber vivido?⁷ ¿Acaso los muertos aun cuando desaparecen físicamente, también se desvanecen del recuerdo de los vivos, de los afectos de los familiares y allegados, e incluso del respeto y veneración de las generaciones posteriores? ¿El transcurso de una persona por la vida, se esfuma de repente con su fenecimiento? ¿No merece protección la personalidad que un día fue? ¿No es digna de protección o interés legítimo atendible la memoria pretérita de quien un día fue persona?

Estas interrogantes nos llevan de la mano al escabroso tema de si es dable hablar o no de la memoria pretérita o de la protección de ciertos intereses legítimos, dignos de tutela, que un día fueron el contenido de los derechos de la personalidad de esta. En tal sentido, cabe

⁷ *Vid.* Luis F. P. Leiva Fernández, “La personalidad pretérita (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)”, en *Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje al académico Dr. Santos Cifuentes*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 281-316.

preguntarnos si en buena técnica jurídica es dable hablar de una protección *post mortem* de los derechos de la personalidad, entre los que se incluye el derecho a la propia imagen. ¿Qué sucede cuando tras el fallecimiento de una persona se utiliza su imagen, sin que esta en vida haya legitimado *post mortem* su uso, o en todo caso lo haya prohibido expresamente? ¿Puede vilipendiarse la imagen de una persona fallecida? ¿Es protegible? ¿Tal protección depende de que sus familiares más cercanos ejerciten una acción dirigida a su protección? ¿Qué acontece si el fallecido no tenía parientes cercanos o propincuos con interés en proteger su imagen?

Según Crovi y Rivera, “en cuanto a los muertos existe coincidencia casi generalizada en el sentido de que la personalidad concluye con la muerte”⁸. No obstante, los profesores argentinos ofrecen dos alternativas de su protección *post mortem* haciendo alusión a un “deber genérico de respeto a la memoria de los fallecidos”⁹, ya sea a través de “la protección de los derechos de sus descendientes que pueden verse afectados en su propia dignidad por la ofensa a su ascendiente”¹⁰ o por el “reconocimiento de un deber jurídico genérico de respeto a la memoria de los difuntos”¹¹, alternativa esta que permitiría, según este criterio, la protección de la memoria de quienes no procrearon en vida.

⁸ Julio César Rivera y Luis Daniel Crovi, *Derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, 1a. edición, 1a. reimpr., Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 211. No obstante, esta tesis es puesta en dudas por algún autor. Así, Cárdenas Krenz, Ronald, “¿Tienen derechos los muertos?”, en *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, volumen 1, no. 1, enero-junio, 2020, pp. 171-197, afirma: “Somos existencia y trascendencia. Con la muerte, dejamos de ser sujetos de derecho, pero igual, de diversas maneras, nuestra vida sigue proyectándose más allá de nuestra presencia física” (p. 173). A juicio del autor, la dignidad de la persona es el fundamento de sus derechos *post mortem*: “(...) no es que los muertos cuenten con derechos de por sí, sino en tanto su condición pretérita de personas; los tienen en forma limitada, restringida, sin poder ejercerlos por sí mismos, por cierto, pero derechos, al fin y al cabo, como una prolongación trascendente de su personalidad y sobre la base de una dignidad póstuma que tiene el ser humano”. En consecuencia, para el autor “[h]ablar de ‘derechos de los muertos’ no es técnicamente exacto, pues solo las personas los tienen; pero vale el término si lo que quiere decirse con él es que tenemos derechos que se ejercen luego de haber muerto. Y es que el yo no se acaba con la muerte” (p. 192). *Vid.*, asimismo, Héctor Villarreal, “Fundamento de los derechos *post mortem* de la persona y su situación en la Ciudad de México”, disponible en www.academia.edu, consultado el 14 de diciembre de 2020.

⁹ *Ibidem*, p. 211.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Idem*.

En un preclaro estudio sobre el tema, el profesor salmantino Alonso Pérez, al analizar la Ley Orgánica No. 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, deja sentado que las personas fallecidas carecen de derechos fundamentales y no pueden ser sujetos pasivos de invasión o intromisión alguna. En todo caso la norma tutela respecto del fallecido “aspectos vivientes de una personalidad extinta”¹², amén de la ofensa que, para los familiares del fallecido, el vilipendio pueda suponer. En tal sentido, objeta la tesis del profesor Lacruz Berdejo, quien expresa que “los herederos o parientes reclaman derechos del difunto que subsisten en cuanto atributos de su personalidad pretérita: el sujeto no pervive por ello, pero, aun desaparecido, queda un resto de derechos extrapatrimoniales que, en homenaje a una existencia anterior, pueden ser hechos valer en favor -sobre todo- de la buena memoria del difunto, por ciertas personas como gestores de esa buena memoria: no como derechos propios”¹³. Como ciertamente objeta el profesor Alonso Pérez, la afirmación de Lacruz Berdejo lleva en sí “aporías insalvables, a pesar de contener un sustrato verdadero”¹⁴. Para ello se objetan por el docto profesor salmantino dos razones, a mi juicio técnicamente impecables: “En primer lugar, si la personalidad es pretérita, fue, pero ya no es. Desaparecida la sustancia (...), desaparecen sus atributos. Si ha desaparecido el sujeto de derecho y se ha extinguido, por ello, su personalidad, los derechos extrapatrimoniales o son trasmisibles o, de lo contrario, terminan con su titular. No hay derechos fenecidos gestionables por parientes o herederos, como un ‘resto de ellos’. No se pueden cuidar o hacer valer relaciones jurídicas extintas, salvo que no perezcan y un nuevo titular suceda en ellas. En cuyo caso, no hay gestión de intereses ajenos, sino propios. Y en segundo lugar, ‘resto de derechos extrapatrimoniales’ y ‘buena memoria del difunto’ son categorías distintas: o los sucesores hacen valer ese resto jurídico transmisible, recibido como

¹² Mariano Alonso Pérez, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencia3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, consultado el 19 de noviembre de 2020.

¹³ José Luis Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho civil, I. Parte General. II. Personas*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 28.

¹⁴ Mariano Alonso Pérez, *ob. cit.*

suum ius a través del cauce hereditario; o las personas designadas bien testamentariamente, bien legalmente han recibido una encomienda del difunto para cuidar la defensa de su memoria, que ni está constituida por derechos extintos con la muerte, ni menos aún por los transmisibles”¹⁵. A juicio del autor -criterio con el que se está conteste-, “la *memoria defuncti* (...) pertenece al pasado (...), pero tiene la virtud de fluir hacia el presente y pervivir en él con entidad propia, incluso trasvasada a íntimos y familiares”¹⁶.

La muerte arrebató el *corpus* de la persona que un día fue, convierte ese *corpus* en cadáver, extingue la personalidad jurídica, y con ello los derechos y deberes jurídicos que tienen naturaleza personalísima, pero de esa persona quedan los recuerdos, los afectos, el cariño, la memoria que reposa entre los vivos, si bien los derechos fundamentales y civiles extrapatrimoniales de los que era titular se extinguen. Por esa razón se habla de prolongación de la memoria pretérita, más allá de la muerte de una persona, sobre la base del carácter imperecedero de la dignidad de la persona (artículo 40 de la Constitución), lo que sustenta la tesis de que los fallecidos no pueden ser tratados como cosas, sino con el respeto que merecen. Si bien, como expresa Alonso Pérez, “los difuntos ya no tienen intimidad, ni deshonor, ni buena o mala imagen (...) su memoria prolonga en otras personas su buen o mal nombre, sus recuerdos dignos o indignos invaden a los vivos y les atañen”¹⁷, “[l]a memoria de cualquier difunto es hija de la dignidad”¹⁸, “[l]a memoria es un residuo inextinguible de la dignidad humana, que perdura mientras sea lesionada, vilipendiada o injuriada”¹⁹.

De lo que vengo explicando cabe colegir que “la muerte es causa de extinción de los derechos de la personalidad”, “[l]a muerte extingue la persona, soporte de todo derecho e interés”, “[l]a libertad, el honor o la intimidad son inescindibles del ser humano, y media impedimento para afirmarlos después de fallecido, por lo cual no cabe que sea víctima de

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ídem.

ofensa ninguna”²⁰, pero con la muerte cobra existencia la memoria de la persona fallecida, pues su dignidad requiere respeto por el Derecho, deviniendo un interés legítimo, merecedor de protección jurídica²¹. Por ello le es dable a la persona en vida designar una persona que se convierte en custodio o gestor *post mortem* de su memoria, una especie de administrador *post mortem* de su patrimonio moral, que a diferencia de los derechos de la personalidad ya extintos y en consecuencia imposible de vulnerar más allá de su extinción, aquella sí que puede vilipendiarse tras el deceso de una persona.

En este orden, cabe distinguir que el daño a la memoria pretérita puede ser resarcido a favor de las personas legitimadas para ello en razón del parentesco, el matrimonio o la sucesión, amén de los daños que esas personas pueden recibir *per se, iure proprio*, con motivo de la afeción que puede suponerles a derechos fundamentales de los que son titulares, como el honor, la imagen o la intimidad personal o familiar. Como agudamente expresa el profesor Alonso Pérez: “La sede final de la memoria siempre está en los vivos, y de forma dinámica en quienes, por lazos hereditarios, parentales o de amistad salen en su defensa si es ofendida o ultrajada [22]. (...) El respeto a los difuntos, la preservación incólume de su buena memoria (...) salta a sucesores, familiares y amigos, pero nace y se regenera constantemente en la personalidad extinguida para prolongarse en los vivos. Representa (...) los elementos incorruptibles del ser humano en cuanto portadores de una dignidad

²⁰ Matilde M. Zavala de González, “La dignidad a propósito de los muertos”, en *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, volumen XII, no. 3, 2009, cita Online: AR/DOC/3959/2009.

²¹ Hasta cierto modo, es la tesis de Ronald Cárdenas Krenz, ¿Tienen derechos...?, *cit.*, p. 192. Desde el Derecho español y conforme con la filosofía de la Ley Orgánica 1/1982 a que se ha hecho referencia, sostiene Cámara Lapuente: “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 completo, por más que también puedan accionar en defensa de sus propios derechos de la personalidad afrontados por la misma intromisión ilegítima”. *Vid.* Cámara Lapuente, S., “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”, en *Revista de Derecho civil*, volumen VII, no. 5, octubre-diciembre, 2020, pp. 117-174 (p. 126), disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216, consultado el 18 de enero de 2021.

²² Mariano Alonso Pérez, *ob. cit.*

imperecedera”²³. En tal sentido hay que hilar fino para poder precisar concretamente qué es lo que se protege y por quién. La vulneración de la memoria pretérita puede llevar consigo un resarcimiento patrimonial -ahora en el plano civil y no netamente constitucional-, pero también la necesaria reparación de tal vulneración, ejercitándose una acción encaminada únicamente al cese de la conducta ominosa del agresor, aunque ello carezca de amparo constitucional, al no estarse en presencia de derechos fundamentales. Como arguye Zavala de González: “Algo muy distinto de afirmar la intimidad de un muerto es que, en virtud de cercanos lazos familiares u otros también estrechos (unión sexual, amistad íntima), una invasión en la memoria u otras huellas dejadas por aquél afecte la dignidad de supervivientes; pero entonces son éstos las víctimas, no el desaparecido”²⁴. A su juicio -criterio que comparto-, “el muerto no puede ser damnificado jurídico, sino referente material de una ofensa, la cual puede adquirir carácter de tal con motivo de ‘lo que fue antes de morir, que perdura como recuerdo o proyección en la personalidad de otros, auténticos destinatarios de la agresión’”²⁵. Atribuirle derechos a una persona fallecida no me parece técnicamente aceptable, si bien tras su fallecimiento compete la ejecución por terceros de los derechos que esta ejercitó en vida, o tenga una naturaleza especial, digamos *sui generis*, la memoria como recuerdo de quien un día fue uno más del mundo de los vivos, pues sería irracional y contra toda lógica que los fallecidos se borren de una vez y por todas, pues aún fallecidos importan y trascienden en el mundo de los vivos.

Por ese motivo comparto la tesis de que los derechos personalísimos o derechos de la personalidad como derechos subjetivos se extinguen con el fallecimiento de su titular, pero hay un interés jurídico atendible, que merece protección del Derecho para resguardar los bienes jurídicos respecto de los cuales aquellos derechos ya fenecidos tenían por objeto, así *v.gr.*, la imagen del hoy fallecido²⁶. El fallecimiento de

²³ *Ibidem*.

²⁴ Matilde M. Zavala de González, ob. cit.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Sin embargo, la confusión sigue en la actualidad y la jurisprudencia -incluida la constitucional- no allana el camino, sino que en su afán de proteger la imagen de esa persona que fue, ante la más mínima falta, como puede ser el uso de ella no autorizado, no descarta la protección *post mortem* del derecho fundamental a la imagen de una persona ya fallecida.

Así, v.gr., la Corte Constitucional de Colombia, que se caracteriza por el tecnicismo de sus fallos, en su Sentencia T-75/1994 (Magistrado ponente: Martínez Caballero), considera que el derecho *imagen*, entre otros derechos fundamentales, y la dignidad de una persona se proyectan más allá de la muerte. Y en tal orden, tomando en cuenta la jurisprudencia precedente. Asimismo, en la Sentencia T-478/2015 (Magistrada ponente: Ortiz Delgado), la Sala Quinta de Revisión de dicha Corte señaló: “(...) *en aras de proteger la dignidad, la honra, el buen nombre, la intimidad, la memoria y la imagen del fallecido, los familiares de la persona afectada, pueden interponer acciones de tutela para asegurar el respeto de tales derechos frente a las acciones de terceros*”. Por último, en su Sentencia T-628/17, de 9 de octubre (Magistrada ponente: Ortiz Delgado), al interpretar el artículo 27 de la Ley no. 87 de 1982, afirma que “*por disposición legal la muerte de las personas no convierte a la imagen en un bien de dominio público y subsiste el derecho a impedir su reproducción o explotación sin autorización*”, con lo cual se está conteste, pero aporta en la interpretación constitucional del tema que “*la faceta fundamental del derecho a la imagen, en la medida en que está íntimamente relacionada con la dignidad humana se extiende más allá de la muerte y, por ende, el juez de tutela tiene competencia para establecer la vulneración del derecho fundamental a la imagen y tomar las medidas de protección correspondientes a pesar del fallecimiento del titular del derecho*”. Lo antes expresado entra, a mi juicio, en una petición de principios, pues no es dable hablar de la vulneración de un derecho fundamental que como tal no existe tras la muerte de su titular. Cuestión diferente es que se proteja la imagen del fallecido como expresión o prolongación de lo que fue su personalidad. Es cierto que el fallecimiento no es la puerta que abre el vilipendio de esa imagen o que lleva a que se desvanezca todo esfuerzo de esa persona en vida para que lo que fue su imagen se siga protegiendo, con independencia de su notoriedad o relevancia pública. Su condición de humano y la dignidad que como tal le atañe a toda persona que fue, lo ameritan. La muerte no borra la existencia de la persona, con independencia de que los familiares estén interesados en proteger su memoria o no. Habrá siempre un interés público en guardar respeto por ella.

Algo similar sucede con las personas fallecidas y el derecho al honor. *Vid.* a tal fin, de José Ramón Verda y Beamonte, “Libertad de creación literaria y protección *post mortem* del derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril”, diario *La Ley*, año XXX, no. 7090, sección Tribuna, 12 de enero de 2009, Ref. D-9, Editorial LA LEY, La Ley 41583/2008. A juicio del autor, en el contexto español, el Tribunal Constitucional ha dejado ciertos filos que ponen a la doctrina a pensar. Así, en la Sentencia 43/2004, de 23 de marzo (*La Ley* 886/2004), “no excluyó la posibilidad de que pudiera interponerse un recurso de amparo en protección de un ‘derecho’ fundamental de la personalidad de un difunto, si bien no estimó el concreto recurso de que conoció” (p. 5). Sostiene el profesor de la Universidad de Valencia que en este caso el conflicto se produjo entre el derecho al honor y el derecho a la libertad científica, entendiendo el Tribunal Constitucional que “*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*” (p. 5).

Por su parte, en la Sentencia 51/2008, de 14 de abril, que motiva sus comentarios, “tampoco se excluye la posibilidad de interponer un recurso de amparo por lesión del ‘derecho’ al honor de una persona muerta, pero de aminorar su protección frente al ejercicio de otro derecho fundamental (en este caso, la libertad de creación literaria), hasta el punto de no estimar el recurso” (p. 5).

la persona lleva consigo que su imagen desaparezca para el futuro, pero la imagen como la persona que fue, existió, por eso ha de protegerse para el futuro la imagen pretérita, o sea, la imagen de quien fue la persona, dado que, ya fallecida, no tiene imagen en el mundo presente, en el mundo terrenal; empero, de la misma manera que se conserva el asiento de inscripción del nacimiento de una persona ya fallecida como constancia de que existió en el mundo jurídico, la imagen también es un trazo de su existencia terrenal. Es dable aclarar que cuando hablo de imagen, lo hago en el entendido de externalidad, contorno físico de la persona, no en sentido de imagen como proyección moral, ética, profesional o social del fallecido, la que también trasciende.

La protección de la imagen se extiende más allá de la muerte, de ahí que el titular en vida del derecho a la propia imagen puede, en previsión del hecho luctuoso, legitimar a una persona para que defienda cualquier hecho o acto que suponga transgredir lo que fue su imagen, o ejercitar acciones dirigidas a permitir la reproducción de dicha imagen, sea por medios analógicos o digitales.

3. LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LA IMAGEN EN LA CODIFICACIÓN CIVIL CONTEMPORÁNEA

Si bien la mayoría de los códigos civiles no regulan expresamente la protección *post mortem* de los derechos de la personalidad sobre la base de su inexistencia tras el fallecimiento de quien fuera su titular en vida, algunos se pronuncian al respecto. Llama la atención el Código civil portugués que, en su artículo 71.1., formula con alcance general: “*Los derechos de la personalidad también gozan de protección después de la muerte de su respectivo titular*”. A tal fin legítima, por razón del vínculo familiar, al cónyuge sobreviviente, a los ascendientes, a los descendientes, hermanos y sobrinos, y por razón del vínculo sucesorio, a sus herederos, a ejercitar acción dirigida a solicitar la responsabilidad civil o a solicitar las medidas adecuadas conforme con las circunstancias del caso, a los fines de evitar la consumación de la amenaza o mitigar los efectos de la ofensa ya cometida, acciones de las que en vida sería titular el ofendido, y a su muerte se le reconocen a dichas personas (cfr. artículo 71.2 en relación con el artículo 70.2). Algo similar sucede con

el Código civil del Brasil, que en su artículo 12, párrafo único, implícitamente también los reconoce al disponer en relación con el apartado 1 del mismo artículo que cuando es un muerto el que sufre las amenazas o lesiones a los derechos de la personalidad, la posibilidad de exigir el cese le compete al cónyuge supérstite o a los ascendientes, descendientes o colaterales hasta el cuarto grado. A juicio de Gustavo Tepedino, “es acertada la conclusión de que la personalidad acaba con la muerte, que se toma del art. 6 del Código Civil. Sin embargo, tras la muerte de la persona, quedan *resquicios de su personalidad*, que pueden ser protegidos por los citados *daños indirectos*. En verdad, en los casos de lesión de los derechos de la personalidad del difunto, se presentan *daños directos* -a los familiares- y también *daños indirectos o por rebote*, que atañen a los muertos y repercuten en quienes la ley considera como legitimados”²⁷. De tratarse en concreto de la imagen de los difuntos, el artículo 20, en su párrafo único, le otorga legitimación *post mortem* para su defensa al cónyuge y a los ascendientes y descendientes²⁸.

El tema ha sido arduamente debatido entre los autores brasileiros para explicar la posición del legislador. Desde una postura clásica se atribuye a los derechos de la personalidad el carácter de derechos subjetivos y, en consecuencia, la explicación de su existencia a partir de la categoría *relación jurídica*, o sea, dos sujetos dotados de personalidad relacionándose en polos distintos. Al tomar ello como premisa, se ha intentado encontrar el fundamento de los derechos de la personalidad de la persona fallecida sobre la base de varias tesis que intentan justificar la razón por la cual el Derecho los protege, por supuesto desde distintos ángulos esbozados por la doctrina brasileira, objetables, eso sí, según

²⁷ Tepedino, *cit. por* Flávio Tartuce, *Direito Civil, Lei de introdução e parte geral 1*, 15a. edição, revista, atualizada, ampliada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 270.

²⁸ Lo que ha llevado a la doctrina brasileira a analizar la manera más armónica de interpretar los artículos 12, párrafo único, y 20, párrafo único, respecto de los sujetos legitimados, mucho más amplio en los términos del artículo 12 que de los del artículo 20: el primero, con alcance general a todos los derechos de la personalidad; y el segundo, con un alcance mucho más limitado, al regular tan solo el derecho a la imagen. Así, a juicio de Tartuce, ambos preceptos se comunican entre sí, de modo que pudiera entenderse que dichas normas apenas trazan relaciones ejemplificativas de los sujetos legitimados extraordinariamente para los casos de lesión de la personalidad del fallecido. *Vid.* Tartuce, F., *Direito Civil...*, *cit.*, pp. 271-273.

el punto de mira con el que se les enfoca²⁹. A los fines de superar los escollos erigidos en la construcción dogmática de la figura, De Oliveira Naves y Freire de Sá han defendido sus argumentos sobre la base de la no necesidad en el concepto de relación jurídica de la convergencia de derechos y deberes, de modo tal que los unos sean coincidentes con los otros. En tal sentido, han sustentado la posibilidad de la existencia de deberes jurídicos sin los correspondientes derechos subjetivos. Y a tal fin han dejado dicho: “No es preciso ver reconocidos al muerto, o a su familia, derechos de la personalidad para reconocer una esfera de

²⁹ Según las sistematizan De Oliveira Naves, Bruno Torquato y Maria de Fátima Freire de Sá, “Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade”, en *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, año 44, no. 175, julio/septiembre, 2007, pp. 118-123. A juicio de estos autores, la primera de las tesis los sitúa en un derecho familiar nacido como consecuencia de la violación de la memoria de la persona fallecida; una segunda habla de la existencia de reflejos *post mortem* de los derechos de la personalidad, aunque la personalidad no exista de hecho; una tercera postula la transmisión *post mortem* de una legitimación procesal, de medidas de protección y preservación para la familia del difunto; y una cuarta preconiza la colectivización de los derechos de la personalidad que antes de la muerte de la persona estaban en titularidad del fallecido, pero que tras la muerte se colectivizan, ya que habría un interés público en impedir las ofensas a aspectos que, además de no ser subjetivos, protegen la propia noción de orden público (p. 119).

La crítica a dichas teorías no se ha hecho esperar. Según afirman los referenciados autores, conforme con la primera de dichas tesis la familia sería víctima en razón de la ofensa de la memoria del fallecido. Ahora bien, ¿cómo es posible que tal ofensa conlleve la posibilidad de la representatividad por parte de la familia para defender esa memoria? ¿Cómo justificar la existencia de un derecho subjetivo violado en razón de la ofensa a alguien que ya murió y que en consecuencia no tiene personalidad jurídica, careciendo de derechos subjetivos? Conforme con la segunda tesis, si se habla de reflejos de los derechos de la personalidad, entonces cómo es posible que existan tales reflejos si la personalidad ya se extinguió, lo cual presupone la existencia de consecuencias sin causa, sin pensar que se crearía una nueva categoría, la de “reflejos de los derechos sin derechos” o algo incluso más polémico “reflejos de derechos sin personalidad”. La tercera de las tesis reconoce a la familia *legitimatío ad processum*, lo cual implica, como mínimo, la posibilidad de existir derechos en cuestión. Ahora bien, si no existe tal posibilidad fáctica, no habrá entonces legitimación. Luego, si existe la posibilidad en el orden judicial de discutir “derechos”, es porque ellos existen y alguien debe ser el titular. Si la titularidad corresponde a la familia, se tropieza con el problema de la intransmisibilidad de los derechos de la personalidad, y si se le atribuyen a la persona fallecida, estaríamos frente al absurdo de estar hablando de derechos subjetivos cuyo sujeto ya no es más persona. La cuarta de las tesis alude a la noción de titularidad colectiva de derechos, respecto de la cual se objeta que con ella se intenta justificar, con un paternalismo típico del Estado Social, una posición funcionalista sin fundamentación alguna. La concepción de valores homogéneos desprivilegia el pluralismo jurídico caracterizador del propio Estado Democrático de Derecho (pp. 119-120).

no libertad infringida por alguien. El muerto puede ser el referencial de una posición jurídica consustanciada en el deber jurídico violado por alguien. De esa forma, no tiene sentido evaluar la personalidad del muerto, sea en su integridad, sea como mero reflejo. Para el mejor entendimiento, podríamos hacer un paralelo entre el muerto y la situación del nascituro o de los llamados entes despersonalizados. En aquellos casos cesaría cualquier posibilidad de ejercicio de la autonomía privada. Si el Derecho imputa situaciones jurídicas al nascituro o a los entes despersonalizados, lo hace jurídica y principiologicamente, en razón del ejercicio futuro de la autonomía de una persona física (nascituro) o de la realización de una actividad personificada. Por tanto, si alguien lesiona la ‘honra o la imagen del muerto’ no ofende derechos -porque estos no existen-, más viola deberes”³⁰.

A los fines de explicar las acciones defensivas ante la vulneración de la memoria pretérita, estos autores esgrimen la idea de que una situación jurídica puede contemplar la violación de deberes, con independencia de la existencia de la personalidad y de derechos correspondientes. A su juicio, “[e]l muerto no tiene personalidad, no es detentor de derechos, no se inserta en una relación jurídica intersubjetiva, no obstante, la imputación de responsabilidad a aquel que infringió una esfera de no libertad”³¹. Esta construcción explicaría la faceta defensiva *post mortem* de la imagen, pero no su estadio fisiológico, o sea, el acto mismo a cuyo tenor se sientan las pautas para el ejercicio *post mortem* de la imagen del fallecido. Claro está que los autores se asientan en los trazos legales que los artículos comentados del Código civil del Brasil establecen, ambos dirigidos al ejercicio de acciones defensivas de los derechos de la personalidad del fallecido (como literalmente hace alusión el artículo 12) o a la imagen en concreto (artículo 20). De ahí la argumentación de que “[a] la familia no le son transferidos ‘derechos de la personalidad’, más le es atribuida una esfera de libertad procesal en la defensa de la no infracción de deberes que se refieran a la ‘figura’ del muerto. Luego, lo que se tiene entonces es solamente el deferimiento de una legitimación procesal en la defensa de esa situación jurídica de de-

³⁰ *Ibidem*, p. 122.

³¹ *Idem*.

ber, en la cual el muerto está inserto, en fase de juicio de reprobabilidad objetivada normativamente”³².

Por su parte, la sección 2:50 del Código civil de Hungría regula el derecho *in memoriam* y en tal sentido legitima a los familiares, sin más distinción, o a quien haya sido nombrado heredero testamentario del fallecido a ejercitar la acción judicial correspondiente por violación de su memoria, con derecho a reclamar cualquier ventaja económica obtenida por tal violación. En caso de pluralidad de herederos, tal ventaja se distribuirá entre ellos conforme con su participación hereditaria. Téngase en cuenta que el Código civil húngaro no regula los derechos de la personalidad del fallecido al estilo del Código civil portugués, sino la memoria de este en su faceta defensiva.

El Código civil y comercial de la Argentina tampoco participa de la posición del Código civil portugués o del de Brasil, pero en ocasión de regular el derecho a la imagen en su faceta fisiológica respecto de los sujetos legitimados para autorizar la captación o reproducción de la imagen de una persona, incluye el caso de personas fallecidas (artículo 53, tercero y cuarto párrafos), en cuyo supuesto le correspondería la autorización a la persona habilitada a tal fin por el testador, o a los herederos, y de no existir acuerdo entre estos, lo decide el juez. La prohibición de reproducción no ofensiva decae con el tiempo: transcurridos veinte años, es posible sin la autorización de nadie.

3.1. La protección *post mortem* de la imagen en el Código civil cubano

Si bien el vigente Código civil cubano no regula pormenorizadamente los derechos inherentes a la personalidad, ni les da el estatuto jurídico que merecen, sí prevé su faceta defensiva: o sea, dispone las acciones conducentes a reparar su violación, ya sea el cese inmediato de la violación o la supresión de sus efectos, y la retractación pública del ofensor o la reparación de los daños y perjuicios causados (artículo 38), legitimación que se hace extensiva a sus causahabientes según el dictado literal del párrafo inicial de dicho artículo. En todo el articulado del Código no hay una mención expresa al derecho a la propia ima-

³² *Idem*.

gen, de ahí que tampoco haya mención a su protección *post mortem*. No obstante, dicha protección se inserta en la formulación general y abstracta del artículo 38, que no distingue entre unos y otros derechos personalísimos o inherentes a la personalidad. Como expresa la profesora Valdés Díaz en ocasión de comentar este artículo del Código civil: “El causahabiente adquiere la legitimación para el ejercicio de esas acciones derivadas de la facultad de exigir de su titular, en una sucesión constitutiva prevista por la norma, es decir, con base en el derecho del titular, se constituye en cabeza del sucesor la facultad de exigir con todo el contenido que luego perfila el propio legislador. No creo que se incluyan aquí supuestos de transmisión *inter vivos*, sino únicamente lo que podríamos llamar protección *post mortem* de estos derechos, concebida como tutela a su memoria, pues lo contrario equivaldría a una degradación de la dignidad humana”³³. Es objetable que el precepto limite la legitimación *post mortem* a los causahabientes, entendido en el contexto de la norma como los sucesores *mortis causa*, ya sean herederos o legatarios, y no lo haga extensivo a los familiares más propincuos del fallecido, con un interés legítimo indudable por la violación de la memoria pretérita -que no de los derechos de la personalidad- del fallecido. El empleo del término *causahabiente* pudiera generar un verdadero quebradero de cabeza, pues su sentido jurídico cerraría las puertas a los familiares, no herederos, por muy cercanos que estos sean. Solo una interpretación, conforme con la Constitución, del artículo 38 del Código civil, correctora de este, concretamente amparada en el artículo 40 de la Carta Magna, que reconoce la dignidad como fundamento y pórtico de los derechos constitucionales, y la protección a las familias con cobertura en los artículos del 81 al 89 de dicho texto constitucional, aplicando los principios, valores y reglas contenidas en ella, sería posible entonces superar el valladar que hoy día, en materia de legitimados

³³ Caridad del Carmen Valdés Díaz, “Comentarios al artículo 38”, en *Comentarios al Código civil cubano*, tomo I – Disposiciones preliminares. Relación jurídica, volumen II (artículos del 38 al 80), Editorial Félix Varela, La Habana, 2014, pp. 1-20 (p. 14). Esta posición parece que también es asumida, aunque sin abundar concretamente en lo relativo a la imagen, por Yanelys Delgado Triana, “Protección en el ordenamiento jurídico cubano a los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral”, *Tesis en opción al grado científico de Doctora en ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Reinerio Rodríguez Corría, Santa Clara, 2007, pp. 79-111 (en pdf), disponible en la biblioteca personal del autor.

post mortem para la defensa de la violación de la memoria pretérita de los fallecidos, implica la reducción de estos a los causahabientes³⁴.

En fin, el artículo 38 habilita a los causahabientes *mortis causa* el ejercicio de facultades defensivas de la imagen del fallecido como prolongación de su personalidad que le trasciende³⁵, lo cual, a mi juicio, también supone que implícitamente son ellos los legitimados para aceptar o prohibir la reproducción y publicación de la imagen del causante, siendo su asentimiento piedra angular para utilizar su imagen, siempre que esta no se haya pronunciado en vida, con expresa prohibición de tal empleo a su deceso, o en caso de admitirlo (la utilización de su imagen), ateniéndose en todo caso a las directrices otorgadas y a los límites impuestos por ella.

4. ¿PUEDE LA PERSONA EN VIDA DISPONER LAS REGLAS DE LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE SU PROPIA IMAGEN?

Pocos países como España tienen una norma *ad hoc* protectora de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Mucho ha escrito la doctrina científica respecto de la Ley Orgánica No. 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil a estos derechos, ya citada, en cuya formulación, aunque de modo, a mi juicio, errático, se pretende ofrecer una protección o tutela a estos “derechos” tras la muerte de su titular, lo que además ha sido confirmado por un sector de la doctrina científica y por no pocas sentencias del Tribunal Supremo español³⁶.

³⁴ En su interpretación del precepto, la profesora Valdés Díaz llega a afirmar, en época en que no estaba vigente la Constitución cubana de 2019: “La expresión causahabiente está utilizada aquí en sentido restringido, aunque no como sinónimo de heredero, pues pienso que no es necesario tener esa condición para entender que una persona ‘trae causa’ y está facultada para exigir respeto a la memoria de su causante”. *Vid.*, Caridad del Carmen Valdés Díaz, ob. cit., p. 14.

³⁵ Como expresa Cámara Lapuente en el entorno de la Ley Orgánica 1/1982, “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”. *Vid.* Cámara Lapuente, S., “La lesión por medios digitales...”, *cit.*, p. 126.

³⁶ Así, a guisa de ejemplo: en la Sentencia No. 329/2005 de 4 mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), *RJ* 2005\3966 (Magistrado ponente: Sierra Gil de la Cuesta), se falla un asunto en el

Entiéndase mi discrepancia no en el afán de protección en sí de la memoria pretérita, tal y como se dice en la Exposición de motivos, sino en pretender proteger derechos fundamentales que fenecen con la muerte

que se viene interesando la correspondiente indemnización por intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen de una persona fallecida. En efecto, los padres y la cónyuge del fallecido interpusieron demanda como consecuencia de la publicación sucesiva por un diario de Murcia (días 27 de junio de 1997, 1 de julio de 1997 y 5 de julio de 1997) de tres reportajes: los dos primeros relativos al fallecimiento de dicha persona, y el tercero, titulado “Navicon pretende que quince empresarios canarios traigan sus plátanos a la península por Santa Lucía”, por venir ilustrado con una foto en la que aparece el cadáver de aquél cubierto con una manta en el puerto de Cartagena. El conflicto -entendió el Tribunal Supremo- quedó circunscrito a la ponderación del derecho a la imagen y el ejercicio de la libertad de información, la cual triunfa en este caso concreto, pero, en lo que se está analizando, en momento alguno el Alto Foro niega la existencia del derecho a la propia imagen de una persona fallecida. En la Sentencia No. 823/2008 de 19 septiembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª), *RJ* 2008\5528 (Magistrado ponente: Auger Liñán), en un caso en que los demandantes interesaban la protección de los derechos fundamentales de la persona, por vulneración de los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar de su hermano, el cual había fallecido el 24 de junio de 1999 en un accidente, practicando parapente con motor en el Puerto de la Cruz (Tenerife); se solicitaba la condena de los demandados por intromisión en los derechos fundamentales del fallecido y de las actoras, al haberse publicado en primera página una fotografía del momento del rescate del cadáver de su hermano, izado por una grúa, con el torso desnudo, los brazos rígidos y abiertos y el rostro desfigurado, ilustrando un reportaje -completado en páginas interiores por otra fotografía del mismo momento- en el que se daba toda clase de datos sobre la identidad y circunstancias personales del fallecido. Para el Tribunal Supremo los derechos fundamentales que entran en colisión en el caso examinado, son, por un lado, el derecho al honor, a la intimidad familiar y a la imagen, y por otro, el de libertad de información del diario. Mi crítica va en el sentido de que el Tribunal Supremo tampoco deja suficientemente claro en la Sentencia que, respecto de las personas fallecidas, no es posible hablar de una lesión al derecho a la propia imagen. En la Sentencia No. 898/2011 de 30 noviembre del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), *RJ* 2012\1640 (Magistrado ponente: Xiol Ríos), se hace referencia al derecho fundamental a la propia imagen en el caso de una persona fallecida. El asunto versó en relación con la publicación de un reportaje sobre la aparición del cuerpo sin vida de una joven en un lugar público, insertando una fotografía del cadáver y otra en la que aparecía viva y que en síntesis puede resumirse en: hecho noticiable de interés público a través de la crónica judicial y de sucesos que deben guardar proporcionalidad; fotografía centrada y enfocada en portada de una persona privada que aporta un interés escaso a la noticia y que afecta intensamente al ámbito familiar íntimo de la fallecida, sin que pueda prevalecer el derecho a la información; desproporción al publicar junto a aquella la fotografía en vida que permite la identificación directa de sus rasgos físicos con los del cadáver descubierto; invulnerabilidad del derecho a la imagen por haber sido proporcionada dicha fotografía al medio informativo por sus familiares. Como se constata de la propia síntesis de la Sentencia, se da por sentada la existencia de un derecho a la imagen de una persona fallecida, aunque a la postre el Tribunal lo que apreció fue la vulneración del derecho a la intimidad familiar de los más próximos parientes.

del que fuera su titular. La profesora Cobas Cobiella, al estudiar la mencionada norma, pone al descubierto algunas de las contradicciones que encierra. Para ella queda claro que los derechos de la personalidad se extinguen con el fallecimiento de su titular, pero deja sentado que “aun cuando la muerte de la persona hace que pierda su esencia corporal hay aspectos y cuestiones que por su naturaleza inmaterial perduran”³⁷, en razón de que existe “una necesidad práctica de resolver de alguna forma las situaciones que se pueden producir por intromisiones en la memoria de una persona ya fallecida”³⁸. No obstante, a mi juicio, la protección a la memoria pretérita obedece a razones que van más allá de intromisiones en ella, pues el diapasón de esa tutela es mucho más abarcador y no solo se atañe a la legitimación por razón de la defensa misma de la memoria, sino en supuestos no defensivos, al solo fin de rendirle culto y respeto. Por lo tanto, la solución que en ocasiones ofrece la doctrina puede seguir vaga e imprecisa, al reconocer que sí hay una protección *post mortem* y que el Derecho necesita de acciones de tutela, pero sin dejar claro el verdadero contenido o esencia de la memoria pretérita.

La delimitación de la memoria pretérita como *corpus* que contiene la imagen del difunto, es pieza clave para entender por qué las personas en vida pueden fijar o trazar reglas relativas a la utilización o uso de su propia imagen tras su fallecimiento y disponer de ella. Ahora bien, cabría precisar que la disposición sobre la imagen de una persona para que surta efectos tras su deceso, ha sido entendida por algunos un supuesto de sucesión extrapatrimonial, en tanto otros encuentran en él un típico caso de legitimación *post mortem* conferida por la persona en vida o, en su defecto, por el legislador, que determinará un orden de prelación que no tiene por qué coincidir con el sucesorio, al situar el tema en el ámbito de la *pietas familiae* y no en el de la sucesión *mortis causa*. En fin, tampoco desde la jurisprudencia resulta nítido el objeto de protección y de disposición. Aunque descarto la posibilidad de que este sea el derecho fundamental sobre la propia imagen que se extingue con la muerte

³⁷ María Elena Cobas Cobiella, “Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, en *Revista Boliviana de Derecho*, no. 15, enero, 2013, pp. 112-129 (p. 123).

³⁸ *Ibidem*, p. 119.

de su titular, ni doctrina ni jurisprudencia al menos se pronuncian en el orden técnico como ha de ser, utilizando indistintamente los términos *memoria del fallecido* o *derecho a la imagen del fallecido* o *imagen del muerto*, con la confusión que ello supone en el orden estrictamente técnico. Prefiero en tal sentido hablar de una protección a la memoria, en la que se sitúa como una emanación de esa memoria lo que fue la imagen de la persona, que tiende a proyectarse hacia la posteridad a partir de sus innumerables fotografías, videos, filmes en los que está contenida, amén de lo que supone hoy día el desarrollo de la sociedad de la información y con ello de la era digital, dado el trazo o huella que dejamos los humanos en el ciberespacio.

Es el testamento una de las vías a través de las cuales puede la persona en vida trazar el dictado para la protección de su imagen *post mortem*. Por vía testamentaria puede el titular del derecho a la propia imagen determinar quiénes serían a la postre los que velarían por el cuidado de su imagen física como parte de su memoria, ante cualquier agresión o intromisión ilegítima, con independencia de los derechos a la intimidad familiar y personal que pudieran verse lesionados respecto de los familiares y personas allegadas al fallecido. Se trataría de una legitimación *post mortem* cuya fuente sería la propia voluntad del testador o, en su defecto, del legislador, que al estilo del ordenamiento español puede legitimar, en atención al vínculo afectivo-familiar, a los parientes más propincuos al fallecido. Pero en sede testamentaria puede el testador no solo legitimar a una o varias personas físicas o jurídicas para la protección de su imagen, sino también para el uso que de ella quiera que se haga, posibilidad de actuación que muchas veces se obvia al centrarse la atención esencialmente en la faceta defensiva. En la doctrina se citan casos de personajes famosos en la historia musical que han hecho expreso pronunciamiento sobre su imagen. Emblemático, con respecto al tema aquí en discusión, es el caso Pavarotti. En el llamado “Testamento americano”, en el cual dispone entre otras cosas la constitución de un fideicomiso en el que confluyen todos los bienes materiales e intangibles que deja en Estados Unidos, existe también una cláusula específica sobre la transmisión del derecho a administrar la comunicación de su imagen y la distribución de su nombre solo a su

esposa, excluyendo a todos los demás herederos legítimos de esto. Similar también fue el caso de John Lennon, quien atribuyó, en este caso mediante el establecimiento de un fideicomiso específico, a su esposa Yoko Ono el honor y carga de llevar adelante su pensamiento a través de sus obras, su imagen y su memoria. En tanto, Michael Jackson, dejó a sus hijos cerca de un centenar de obras aún inéditas y a su madre el derecho a utilizar su imagen para conciertos en su honor u homenajes de diversa índole³⁹.

El tema cada día gana más importancia; la era digital impone retos éticos y jurídicos al manejo y utilización de las imágenes de las personas que los usuarios de las redes sociales colocan en sus perfiles de las distintas cuentas que operan en ellos, a lo cual deben sumarse los conflictos que pudiera derivar tras el fallecimiento de los titulares de dichas cuentas.

En efecto, tras el fallecimiento de una persona, a menos que haya dispuesto ella misma en vida cómo y bajo qué circunstancias debe utilizarse la que fue su imagen física, será la persona que ella legitime la que podría utilizar su imagen o ejercitar las acciones conducentes a protegerla ante intromisiones ilegítimas. En su defecto, compete al legislador la determinación del círculo de familiares más cercanos legitimados para ello, sustentado, eso sí, en motivos más que sucesorios, de naturaleza familiar. No obstante, este criterio no es uniforme, y hay ordenamientos jurídicos que habilitan a los herederos tanto para la legitimación *post mortem* de la defensa de la memoria pretérita, como también para autorizar la utilización de la imagen de una persona ya fallecida⁴⁰.

³⁹ Según nos da cuenta Silvia Princivalle, “Il testamento artistico: la spersonalizzazione del nome e dell’immagine dei personaggi noti. Il caso Pavarotti”, en *Giustizia civile, Rivista mensile de Giurisprudenza*, fascículos 3-4, volumen LXIII, marzo-aprile, 2013, pp. 135-153 (p. 136).

⁴⁰ A modo ilustrativo, en Italia el artículo 10 del *Codice* regula el abuso de la imagen ajena, imponiendo una indemnización por los daños y perjuicios, y el cese del abuso por parte de quien exhibe o publica la imagen, salvo en los casos en que la exhibición o publicación están permitidos por la ley o con perjuicio de la dignidad y reputación de la persona o familiares. Pero, ¿qué pasa con estos derechos cuando muere la persona titular? La ley italiana (Ley No. 633/41, artículos 93 y siguientes) dispone que, tras la muerte del autor o del destinatario, se requiere el consentimiento del cónyuge o los hijos o, en su ausencia, de los padres; a falta del cónyuge, hijos y padres, los hermanos y hermanas y, en su defecto, ascendientes y

El tema merece un especial detenimiento. En la doctrina italiana Princivalli nos referencia la figura del llamado “testamento artístico”, en el que se concreta la voluntad *mortis causa*, esencialmente de personas notables, que quieren delimitar el destino, tras su fallecimiento, de su imagen y también de su nombre. A juicio de la autora, el punto que ella llama focal del tema está en que “con la muerte el nombre y la imagen de un personaje famoso no se disuelven, sino que se transforman en una nueva entidad con una relevancia económica autónoma que podría ser encomendada, gestionada y organizada por un sujeto elegido *ad hoc* por el difunto. Es el fruto de un desarrollo: el artista da su nombre, su imagen, su trayectoria profesional, pero luego estos bienes se transforman y desarrollan a su muerte, precisamente creando un nuevo derecho para el beneficiario elegido. Se crea un nuevo activo intangible, nacido del ingenio de quienes saben usar ese nombre o esa imagen de la mejor manera posible y hacerlos crecer”⁴¹. Ciertamente, la imagen o el nombre de un gran artista pueden convertirse en un activo intangible para aquella persona legitimada al fallecimiento del artista a los fines de su explotación o uso. Tómese en consideración también la faceta patrimonial que el derecho a la imagen tiene. Sobre esa base la autora aclara que “lo que queremos trasladar con un acto *mortis causa* no es el ‘derecho’ al nombre y la imagen en sí mismos que siempre han sido derechos intransmisibles, sino lo que ese nombre e imagen representan en el sentimiento colectivo. Es el derecho al uso exclusivo de lo que representan el nombre y la imagen del difunto”⁴². Se pone especial énfasis en que “(l)a imagen y el nombre de un artista sufren (tras el fallecimiento del que fuera su titular), por tanto, un cambio radical con el acontecimiento de la muerte: estos elementos ya no están vinculados a la persona sino al imaginario colectivo y al sentimiento. Es un derecho inherente a la memoria emocional de la sociedad que permanece ligado a un persona-

descendientes hasta el cuarto grado. No obstante, también se prevé que sea la persona titular de la imagen objeto de explotación quien pueda, mediante un escrito específico, prever el destino que debe tener su imagen tras su muerte (artículo 93, último apartado, de la Ley No. 633/41). En este último caso, prevalece el testamento del causante quien, por tanto, puede regular el derecho a utilizar su imagen mediante testamento para el tiempo siguiente a su fallecimiento.

⁴¹ Princivalli, S., “El testamento artístico...”, *cit.*, p. 145.

⁴² *Ibidem*, pp. 145-146.

je que ha marcado más o menos profundamente el sentido artístico de la comunidad y que sigue viviendo en sus obras, sus escritos, su imagen y su voz”⁴³. Por ello, aplicando la analogía *legis*, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 96 en relación con el artículo 93, ambos de la Ley italiana de derecho de autor⁴⁴, *prima facie*, le “parecería posible dejar con una cláusula testamentaria específica el derecho a elegir, incluso de carácter artístico, e interferir, con implicaciones presentes y futuras, en la perpetuación de la persona del fallecido a nivel humano o profesional, decidiendo las formas y métodos de comunicación y realización de hechos y manifestaciones de cualquier índole, a través de los medios de expresión actualmente disponibles o de desarrollo futuro”⁴⁵.

4.1. La imagen *post mortem* del Papa en la Constitución *Universi Dominici Gregis*

La prohibición de tomar imágenes del cuerpo de una persona fallecida puede provenir también de una disposición canónica. Así, la Constitución *Universi Dominici Gregis* de 22 de febrero de 1996 del Papa Juan Pablo II, relativa a la sede apostólica y a la elección del Romano Pontífice, lo prohíbe expresamente respecto a la figura del Papa. Su apartado 30 dispone: “*A nadie le está permitido tomar con ningún medio imágenes del Sumo Pontífice enfermo en la cama o difunto, ni registrar con ningún instrumento sus palabras para después reproducirlas. Si alguien, después de la muerte del Papa, quiere hacer fotografías para documentación, deberá pedirlo al Cardenal Camarlengo de la Santa Iglesia Romana, el cual, sin embargo, no permitirá que se hagan fotografías del Sumo Pontífice si no está revestido con los hábitos pontificales*”. Se trata de un supuesto en el que es la norma canónica la que veda todo intento de fotografiar al Papa en su lecho de

⁴³ *Idem*, p. 149.

⁴⁴ La regla del artículo 96 de la Ley de derecho de autor prevé que el retrato y, por lo tanto, la imagen de una persona no puede ser exhibida, reproducida o comercializada sin el consentimiento de ella, y que, durante el tiempo después de su muerte que la ley establece, refiriéndose expresamente al artículo 93, este “derecho de veto” al uso indiscriminado del retrato puede ser ejercido por el cónyuge, por los hijos o, en ausencia de ellos, por los padres, hermanos y hermanas. En cualquier caso, queda a salvo la voluntad del difunto, si esta resulta de un documento escrito.

⁴⁵ Silvia Princivale., ob. cit., p. 150.

muerte, hasta tanto no esté revestido con los hábitos pontificales. Aquí hay un límite incluso a la autonomía privada del Papa como persona y titular de su propia imagen, quien, en razón de su alta investidura, solo podrá ser fotografiado o tomada cualquier imagen en las circunstancias previstas en la norma, aunque su voluntad privada fuere otra⁴⁶. Por otro lado, cualquier prohibición al respecto del Sumo Pontífice dirigida a impedir que sea captada su imagen *post mortem*, incluso en sus propios funerales tendría a su vez el gran escollo del carácter notorio y célebre que tiene su figura y el interés público de la noticia de su fallecimiento, amén de que el ritual canónico lleva consigo una exposición pública, por varios días, del cadáver.

5. LA RESURRECCIÓN DIGITAL DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

Desde hace ya varios años se viene hablando de un fenómeno que mucho tiene que ver con el presente tema. Musion, una empresa de Londres dedicada a la creación de tecnología de proyección holográfica, abre el debate de lo que se dio en llamar “Digital Resurrection”, a cuyo tenor grandes estrellas del mundo del espectáculo, del cine o de la televisión se revivificarían en el entorno artístico. Se trata de un complejo proceso tecnológico que transforma la imagen grabada en holográfica al proyectarla a través de un espejo y una tela invisible al ojo humano. El primer intento de ello fue en el festival americano de Coachella, en el año 2012, donde se resucitó al rapero Tupac, fallecido en 1996, haciendo un dueto con Snoop Dogg⁴⁷. La pregunta que todos se formulan, es si ello es posible ética y jurídicamente y hasta qué punto los familiares o herederos legitimados para proteger o incluso disponer de la utilización de la imagen de las personas fallecidas están habilitados para llegar hasta ahí, cuando la persona en vida nada dispuso a tal fin, pues

⁴⁶ De ahí que, en la parte relativa a la promulgación de la Constitución de referencia, se deja explícitamente dispuesto: “*Esta debe ser inviolablemente observada por todos, no obstante, cualquier disposición al contrario, incluso si es digna de especialísima mención*”.

⁴⁷ “¿Sería rentable la resurrección digital de las personas fallecidas?”, disponible en <http://www.marketingdirecto.com/digital-general/digital/%C2%BFseria-rentable-la-resurreccion-digital-de-las-personas-fallecidas>, consultado el 07 de diciembre de 2020.

se trata o bien de colocar en filmes recientes a fallecidos en relación con los cuales no se sabe si su voluntad era participar en estos filmes o cantar a dueto con un artista determinado que muchas veces ni tan siquiera llegaron a conocer por razón de la temporalidad de sus vidas, al no haber sido coetáneos. Y ni qué decir las implicaciones que ello tiene en el campo de la propiedad intelectual, pues, por ejemplo, el filme en el que se resucita puede que incluso la temática no esté acorde con las convicciones que este tuvo en vida y, no obstante, los parientes más allegados lo aprueban sobre la base de un marcado interés económico.

Lo que también se ha dado en llamar “necrofilia cinéfila”, constituye un verdadero dilema ético que pone en evidencia las luces y sombras de los efectos digitales. No cabe duda que las imágenes que se crean a través de las computadoras (*computer-generated imagery*⁴⁸ o CGI), han permitido recrear épocas pasadas y mundos imposibles que trascienden los límites de la imaginación de los humanos, pero hay también límites éticos y jurídicos que no pueden traspasarse por respeto precisamente a la memoria de los fallecidos, por muy famosos que hayan podido ser. Desde las redes sociales se informa de la resurrección digital de grandes estrellas de la interpretación a base de píxeles e igualmente en el cine. A pesar de la opinión pública y de sus críticas certeras, se da a conocer la participación de James Dean en el largometraje *Finding Jack*, de modo que el célebre actor protagonizaría su cuarta película a más de seis décadas de su fallecimiento. Pero los antecedentes son varios: hay

⁴⁸ Al respecto, Javier André Murillo Chávez, “La problemática jurídica detrás de la resurrección mediante CGI de actores y/o actrices fallecidos/as”, en 1 Granada *FODERTICS 6.0. Los nuevos retos del derecho ante la era digital*, 2017, pp. 63-73 (p. 66), disponible en: http://works.bepress.com/javier_murillo/52/, consultado el 12 de diciembre de 2020, nos ofrece un panorama de las distintas modalidades de resurrección digital que hoy se conocen. En tal caso, el autor distingue entre los supuestos en los que se emplean imágenes de producción previa de ese actor o actriz fallecida en una nueva producción audiovisual (por ejemplo, la resurrección de los pilotos rebeldes Gold lider y Red lider en *Rogue One: A Star Wars Story*), y aquellos otros en los que no existen imágenes de producción previa. Aquí se revive a un personaje para nuevas escenas filmicas sin utilizar grabaciones previas del actor o actriz en vida, lo cual puede ser, a su vez, con intervención de actor/actriz similar, cuando se produce la resurrección de un personaje en una nueva producción audiovisual por medio de la grabación de un actor o actriz secundario/a muy parecido al fallecido/a (como las escenas del Gobernador Tarkin durante la película *Rogue One: A Star Wars Story*); o en formato animado, cuando se crea una animación 2D o 3D del personaje que interpreta el actor o actriz fallecido/a, por ejemplo, el caso del Gobernador Tarkin en algunos capítulos de *Star Wars Rebels*.

que unir a esa lista a Peter Cushing en *Rogue One: A Star Wars Story*⁴⁹; Philip Seymour Hoffman en *Los juegos del hambre: Sinsajo*, parte 2; Paul Walker en *Fast and Furious 7*; Oliver Reed en *Gladiator*; o Nancy Marchand en *Los Soprano*⁵⁰, a lo cual también habría que sumar en el mundo de la música las giras de los hologramas de Amy Winehouse, María Callas o Roy Orbison, “vuelos a la vida” gracias a la tecnología digital y el avance de los efectos especiales⁵¹. En tanto, mientras escribo este artículo se promociona el Holograma Tour de Whitney Houston por toda España⁵². Sin embargo, el caso de James Dean ha levantado más las críticas, porque, a diferencia del resto de los mencionados en los que su fallecimiento acaeció en la época en que se estaban filmando las películas⁵³, no ocurre así con él, cuya resurrección digital no tiene

⁴⁹ Peter Cushing en el papel de Moff Tarkin en *Rogue One*. Nada más este filme de Gareth Edwards, la presencia del intérprete británico fallecido hace más de veinte años marcó un antes y un después en Hollywood, un cambio no solo desde el punto de vista de los estudios, que pudieran incluir en sus *castings* a actores ya desaparecidos, como desde el punto de vista de los intérpretes, preocupados por la forma en la que proteger (o perpetuar) el uso de su imagen una vez muertos. En declaraciones a *The New York Times* la productora Kiri Hart explicó cómo utilizaron el trabajo del actor británico Guy Henry vestido como Cushing para interpretar el papel, transformando su apariencia digitalmente para convertirse en el mismo Moff Tarkin de hace cuatro décadas: un proceso similar al que utilizaron para volver a mostrar en *Rogue One* el rostro de una Carrie Fisher de 19 años (en el cuerpo de la actriz Ingvild Deila). En efecto, en esta película se utiliza la misma técnica para recrear en una escena a la joven Princesa Leia Organa, papel interpretado en 1977 por la ya fallecida Fisher.

⁵⁰ Vid. Víctor López G, “La resurrección digital de James Dean: entre la revolución técnica y la necrofilia cinéfila”, disponible en <https://www.espinof.com/actores-y-actrices/resurrección-digital-james-dean-revolución-tecnica-necrofilia-cinefila>, consultado el 08 de diciembre de 2020. Igualmente, Héctor Llanos Martínez, “La resurrección digital de James Dean”, en *El País*, 26 de noviembre de 2019, disponible en https://elpais.com/cultura/2019/11/25/actualidad/1574704933_334417.html, consultado el 08 de diciembre de 2020. Vid. también desde la perspectiva italiana, Sandro Fede, “Resurrección digital y derecho a la imagen”, disponible en <https://www.studioglefedefede.it/2016/12/28/resurrezione-digitale-diritto-allimmagine/>, consultado el 12 de diciembre de 2020.

⁵¹ “Hollywood se revuelve ante la próxima resurrección digital de James Dean”, en *El Periódico*, jueves 7 de noviembre de 2019, disponible en <https://www.elperiodico.com/es/extra/20191107/polemica-james-dean-resurreccion-digital-771822>, consultado el 11 de diciembre de 2020.

⁵² Vid. <https://www.google.com/search?q=holograma+tour&oq=holograma+tour&aqs=chrome.69i57j0i22i30.3369j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>, consultado el 15 de diciembre de 2020.

⁵³ Así aconteció con el personaje de Próximo en *Gladiator* (2000), lo que se debió a la muerte de Oliver Reed durante el rodaje; igualmente por la muerte en el set de Brandon Lee durante

justificación alguna pues las razones aducidas por uno de los directores del filme es no haber encontrado un actor a la altura del papel, de modo que el fallecido James Dean “daría vida” al personaje secundario de mayor relevancia del guión⁵⁴. Tal situación ha generado una verdadera preocupación entre actores y actrices que en lo adelante tendrán que dejar bien explícito en su testamento todo lo que se atiene a la utilización de su imagen tras su fallecimiento y sobre todo a lo que atañe a la explotación comercial. Algunos actores se han anticipado. Así, Robin Williams, fallecido en 2014, dispuso la prohibición de la explotación de su imagen para uso comercial hasta 2039⁵⁵; asimismo, descartó por completo cualquier inserción digital en películas o series de televisión u hologramas⁵⁶.

La utilización de la imagen de una persona fallecida por los familiares más cercanos sin duda requiere ciertos límites que en estas condiciones el Derecho debe imponer, sobre todo si la persona en vida no se pronunció al respecto. La explotación comercial de la imagen no debe rebasar nunca los muros de la ética y, a mi juicio, no debiera permitirse que se convirtiera en fuente de lucro para las personas que, por razón del parentesco, o en los casos en que igualmente se habilite por razón de la sucesión, estén legitimadas para ello.

5.1. Resurrección digital, imagen de las personas fallecidas y derechos de autor

Desde el punto de vista jurídico, este tema tiene ribetes interesantes, pues en el caso de la resurrección digital se entremezclan aspectos

la filmación de *The Crow* (1994) y el personaje de Brian O’Conner en *Furious Seven* (2015) por el accidente automovilístico mortal de Paul Walker.

⁵⁴ De ahí las críticas que ha provocado la noticia, provenientes de actores y actrices de Hollywood y de algunos familiares cercanos de actores y actrices fallecidos. *Vid.* “Hollywood se revuelve...”, *cit.*

⁵⁵ *Vid.* “Los actores se protegen de su resurrección digital”, en *El Día*, domingo, 22 de enero de 2017, disponible en https://www.eldia.com.bo/index.php?cat=368&pla=3&id_articulo=218323, consultado el 12 de diciembre de 2020.

⁵⁶ *Vid.* María Cánovas, “Los actores de Hollywood quieren proteger su imagen de la resurrección cinematográfica”, en *e.cartelera.es*, sábado 31 de diciembre de 2016, disponible en <https://www.ecartelera.com/noticias/36409/hollywood-pide-regular-resurreccion-digital/>, consultado el 12 de diciembre de 2020.

atinentes a la protección a la imagen de las personas fallecidas y el derecho de autor o propiedad intelectual (por ejemplo, del titular de la obra audiovisual) y para ello se ha de tener en cuenta qué modalidad de la técnica de CGI ha sido empleada. Así, como explica Murillo Chávez, si se trata de resurrección digital con imágenes de producción previa, en el caso de que sea el mismo productor el titular de los derechos de autor sobre dichas grabaciones, las imágenes podrían ser utilizadas libremente por este; de no ser el mismo productor, su utilización estaría condicionada a la cesión de los derechos de autor sobre la obra. De tratarse de una resurrección digital con un intérprete similar detrás o si se realiza en formato animado, entonces la situación se torna mucho más compleja, pues sería necesario la cesión de la imagen del artista fallecido⁵⁷, lo que estaría supeditado a la existencia de un instrumento previo a través del cual este se pronunciara en vida, y a que tal pronunciamiento no fuera prohibitivo o limitativo en el tiempo, como hizo Robin Williams, o en su defecto, a la autorización de las personas legitimadas para ello, con los límites que el Derecho debería imponer para impedir que se insertase la imagen del actor o actriz fallecida en una película que fuera en contra de su memoria pretérita, vulnerando la que fuera su proyección espiritual o moral o los principios o ideología que abrazara. De ahí que, en este sentido, pondría ciertos requerimientos o presupuestos para que las personas legitimadas para la explotación *post mortem* de la imagen de un actor o actriz fallecida, pudiesen emplearla, y no se convirtiese en una codiciada llave para la obtención de lucro.

Si se utilizara la técnica de resurrección digital a través de una producción animada, coincido con Murillo Chávez en que la cuestión se centra en la reconocibilidad, ya que se hace necesario delimitar “si estamos frente al uso del personaje protegido por derecho de autor en un contexto dinámico o frente al uso de la imagen del actor o actriz fallecido (...)”. Como acertadamente explica el autor, se está “frente al primer supuesto (...) como máximo ante un supuesto de colisión entre el derecho a la libertad de creación y propiedad intelectual, por un lado, frente al derecho a la memoria del/de la fallecido/a, por el otro (...). En este supuesto, se utiliza un personaje ficticio, no la imagen del

⁵⁷ *Vid.* Javier André Murillo Chávez, ob. cit., pp. 69-70.

actor y/o actriz fallecido /a; por lo tanto, lo que se requiere es la cesión de los derechos de autor sobre el personaje para su uso en una obra audiovisual”⁵⁸.

Todos estos supuestos, supeditado, eso sí, a que la utilización *post mortem* de la imagen del actor o actriz transcurra en un estadio fisiológico, pues de incumplirse los términos en los que se ha dispuesto su utilización, sea por vía testamentaria o por vía contractual por los legitimados *post mortem*, cabría utilizar cualquiera de los remedios que el Derecho concede ante la intromisión ilegítima en la imagen de una persona, que en el caso de personas fallecidas tiene un plus de sensibilidad, particular además que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos suele ser omiso. Tengamos en cuenta que no todos los Estados cuentan con leyes como la española, ya referenciada, sobre protección civil al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Aun así, sus normas no cobijan todos los supuestos que pudieran presentarse.

De este modo, si fue la propia persona en vida quien condicionó la utilización *post mortem* de su imagen, habría que atenerse a ello, so pena de que pueda prosperar una demanda dirigida a declarar la utilización inadecuada de la imagen y con ello la suspensión de su empleo, con la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios causados. De haberse concertado con contrato de cesión de la imagen de la persona fallecida para su explotación comercial, el incumplimiento de las obligaciones del cesionario por extravasar los límites de utilización de aquella, según lo previsto en los términos del contrato, llevaría al éxito de la acción resolutoria, como remedio contractual idóneo para lograr la desvinculación de las partes, con la consiguiente reparación de los daños e indemnización de los perjuicios, de probarse la existencia de estos.

6. CONCLUSIONES

Al pasar por la vida las personas dejan huellas indelebles. Nadie pasa inadvertido. El haber existido en un tiempo ya pretérito queda en

⁵⁸ *Ibidem*, p. 70.

los recuerdos, en los afectos, en los sentimientos de los amigos, allegados, familiares. Por la connotación pública de algunas personas en razón de su proyección científica, académica, artística o política, pasan a la posteridad, existen sin fin, perdurarán más allá del tiempo que la vida les permitió disfrutar. El recuerdo social o colectivo de su memoria los lleva a la inmortalidad. Como sentenció Cicerón, “La vida de los muertos perdura en la memoria de los vivos”.

La muerte conlleva inexorablemente a la extinción de la persona física, y con ello de su personalidad. No es posible hablar de derechos inherentes a la personalidad más allá de la muerte de una persona. Los derechos subjetivos, como lo son los inherentes a la personalidad, se extinguen con su desaparición física, lo cual supone que el respeto a la dignidad inherente a la persona que un día fue, no implique su desprotección *post mortem*. Atributos como la imagen y el honor de una persona merecen una protección jurídica, incluso después de su fallecimiento. No se trata de la protección de unos derechos inexistentes. Se protege la personalidad pretérita, la memoria del fallecido y con ello aquellos atributos que inherentes a la persona que un día fue, le trascienden, llegando a la posteridad. Compete a los familiares más propincuos, y supletoriamente a los herederos, la protección de la memoria pretérita y con ello de la imagen de la persona fallecida; en caso de ausencia de estos, el interés público de todo Estado en preservar viva la memoria de los fallecidos habilita al Ministerio fiscal a velar por ese interés legítimo de salvaguardar la historia viva de una nación a través de la tutela de la memoria, con ello de la imagen de los que un día construyeron dicha nación: protección que hoy día debe reforzarse ante la posibilidad de su vulneración de las más diversas maneras, al transitar la sociedad de un entorno analógico a un entorno digital. Las redes sociales y las cuentas en dichas redes no pueden suponer en modo alguno la permisión del uso de las imágenes de las personas fallecidas sin la autorización de las personas legitimadas para ello, e incluso conforme con las directrices trazadas en vida por aquellos.

El titular del derecho a la propia imagen puede disponer, a través de los instrumentos idóneos a tal fin (en primer orden, el testamento), el uso que pueda darse a su imagen para cuando ya no exista entre los vivos, las medidas de contención o prohibición para ello y las facultades

que tal uso llevaría consigo, previendo incluso el desarrollo venidero de los medios tecnológicos con los retos que supondrá para la imagen de personas connotadas o famosas, como los grandes artistas del cine, el teatro, la televisión y los intérpretes musicales, así como los políticos o científicos de trascendencia universal. El Derecho y la ética deben erigirse en herramientas a disposición de las personas para permitir, pero a la vez limitar, el uso *post mortem* de la imagen. Con independencia de la faceta patrimonial del derecho a la propia imagen, lo cual resulta lícito y permitido por el Derecho, su utilización no puede ni debe centrarse en el lucro desmedido de los familiares o de las personas legitimadas para la utilización y además defensa de la imagen. La imagen es la externalidad de la figura humana, su manifestación más genuina y propia, su dimensión más fiel. Es imposible hablar de persona, sin imagen. Ella, por lo tanto, aun fallecido su titular, merece el respeto que la dignidad y el decoro humanos reclaman, tanto de los que son como de los que fueron. No es descabellado entonces hablar de su tutela *post mortem*.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, Mariano, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencia3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, consultado el 19 de noviembre de 2020.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “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”, en *Revista de Derecho civil*, volumen VII, no. 5, octubre-diciembre, 2020, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216, consultado el 18 de enero de 2021.
- CÁNOVAS, María, “Los actores de Hollywood quieren proteger su imagen de la resurrección cinematográfica”, en e.cartelera.es, sábado 31 de diciembre de 2016, disponible en <https://www.ecartelera.com/noticias/36409/hollywood-pide-regular-resurreccion-digital/>, consultado el 12 de diciembre de 2020.
- CÁRDENAS KRENZ, Ronald, “¿Tienen derechos los muertos?”, en *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, volumen 1, no. 1, enero-junio, 2020.

- COBAS COBIELLA, María Elena, “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, en *Revista Boliviana de Derecho*, no. 15, enero, 2013.
- DE OLIVEIRA, Naves, TORQUATO, Bruno y FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima “Honra e imagen do morto? Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade”, en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, año 44, no. 175, julio/septiembre, 2007.
- FEDE, Sandro, “Resurrección digital y derecho a la imagen”, disponible en <https://www.studiolegalefed.it/2016/12/28/resurrezione-digitale-diritto-allimmagine/>, consultado el 12 de diciembre de 2020.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho civil, I. Parte General. II. Personas*, Bosch, Barcelona, 1990.
- LLANOS MARTÍNEZ, Héctor, “La resurrección digital de James Dean”, en *El País*, 26 de noviembre de 2019, disponible en https://elpais.com/cultura/2019/11/25/actualidad/1574704933_334417.html, consultado el 08 de diciembre de 2020.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La personalidad pretérita (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)”, en *Estudios de los derechos personalísimos*. Obra en homenaje al académico Dr. Santos Cifuentes, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2020.
- LÓPEZ G, Víctor, “La resurrección digital de James Dean: entre la revolución técnica y la necrofilia cinéfila”, disponible en <https://www.espinof.com/actores-y-actrices/resurrección-digital-james-dean-revolución-tecnica-necrofilia-cinefila>, consultado el 08 de diciembre de 2020.
- MURILLO CHÁVEZ, Javier André, “La problemática jurídica detrás de la resurrección mediante CGI de actores y/o actrices fallecidos/as”, en *Granada FODERTICS 6.0*. Los nuevos retos del derecho ante la era digital, 2017, disponible en: http://works.bepress.com/javier_murillo/52/, consultado el 12 de diciembre de 2020.
- NERSON, Roger, *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés*, trad. José María Castán Vázquez, Olejnik, Santiago de Chile,
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, en *Revista Ius et praxis*, año 13, no. 2.
- PRINCIVALLE, Silvia, “Il testamento artistico: la spersonalizzazione del nome e dell’immagine dei personaggi noti. Il caso Pavarotti”, en *Giustizia civile*, Rivista mensile de Giurisprudenza, fascículos 3-4, volumen LXIII, marzo-aprile, 2013.

- RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel *Derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, 1a. edición, 1a. reimpr., Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2016.
- TARTUCE, Flavio, *Direito Civil, Lei de introdução e parte geral I*, 15a. edição, revista, atualizada, ampliada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2019.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Comentarios al artículo 38”, en *Comentarios al Código civil cubano, tomo I – Disposiciones preliminares. Relación jurídica, volumen II (artículos del 38 al 80)*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2014.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Libertad de creación literaria y protección post mortem del derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril”, diario *La Ley*, año XXX, no. 7090, sección Tribuna, 12 de enero de 2009, Ref. D-9, Editorial LA LEY, La Ley 41583/2008.
- VILLARREAL, Héctor, “Fundamento de los derechos post mortem de la persona y su situación en la Ciudad de México”, disponible en www.academia.edu, consultado el 14 de diciembre de 2020.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “La dignidad a propósito de los muertos”, en *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, volumen XII, no. 3, 2009, cita Online: AR/DOC/3959/2009.